Fundación Internacional de Ciencias Penales

Foro FICP 2023-1

(Tribuna y Boletín de la FICP)

ForFICP
(abreviatura)

ISSN: 2340-2210
www.ficp.es

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 Máster 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) 6

1. Tribuna de debate 6

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá 6

El 'caso residencias' y los límites del derecho penal

2. Estudios 9

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña 9

El concepto de acción en Derecho penal

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña 9

Obediencia debida justificante tras la nueva legislación extrapenal y obediencia no debida exculpante o atenuante

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Javier Boix Reig 83

Notas sobre las crisis del proceso final por delito fiscal

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carlos María Romeo Casabona 98

La atribución de responsabilidad penal por los hechos cometidos por sistemas autónomos inteligentes, robots y tecnologías conexas

Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón 111

Dolo y psicología de sentido común

Prof. Dr. Juan Luis Modolell González 121

Valores constitucionales y bien jurídico penal

Prof. Dr. Dr. h.c. Mario Caterini 134

Il 'probabilismo' per sciogliere i dubbi interpretativi nel diritto penale: riflessioni storico-comparate

María Dolores Pardeza Nieto 152

Aproximación a las penas privativas de derechos. Clases de inhabilitaciones: en especial, la inhabilitación absoluta y especial

Montserrat Vilà Roura 160

La acumulación de condenas

II. LEGISLACIÓN Y RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD 175

1. España 175

LO 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. 175

LO 3/2023, de 28 de marzo, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de maltrato animal. 222

LO 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. 230

Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2023, de 22 de marzo de 2023, en relación con la LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. 241
Voto concurrente que formula la Magistrada D.ª María Luisa Balaguer Callejón 353
Voto particular que formula el Magistrado D. Enrique Arnaldo Alcubilla 360
Voto particular que formula la Magistrada D.ª Concepción Espejel Jorquera..... 374
2. Colombia 398
Ley 2292 de 2023, de 8 de marzo 398
III. NOTICIAS DE LA FICP 407
1. Cambio del domicilio de la FICP 407
2. Congresos, seminarios y cursos 407
(i) XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal..... 407
(ii) XXII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal 408
(iii) Expociencia UNILEÓN 2023 408
(iv) Seminario de docencia e investigación DP-ULE 408
2. Publicaciones de la FICP 409
(i) Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario 409
(ii) Libro-Homenaje a Claus Roxin..... 409
(iii) *Liber-Amicorum* a Jürgen Wolter..... 410
(iv) Actas de Congresos y Seminarios con ISSN..... 411
3. Otras publicaciones sobre los patronos de la FICP 412
(i) Libro homenaje a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo* 412
IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP 413
1. Distinciones, galardones; grados académicos 413
(i) Acto de incorporación como Miembros Honorarios a la Academia Argentina de Ciencias Penales de los Profs. Dres. Zambrano Pasquel, Demetrio Crespo y Polaino Navarrete 413
(ii) Obtención de una plaza de Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona por el Prof. Dr. Sergi Cardenal Montraveta..... 414
(iii) Obtención del Doctorado por la Prof. Dra. Cristina López López 415
2. Publicaciones recientes de los miembros de la FICP 417
(i) Miembros del Patronato 417
(ii) Socios 422
3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP..... 434

I. TRIBUNA
(para los miembros de la FICP)

1. Tribuna de debate

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

Catedrático de Derecho Penal, Univ. Autónoma de Madrid, España.
Patrono de la FICP.

~El 'caso residencias' y los límites del Derecho penal*~

En el juzgado de instrucción número 9 de la madrileña Plaza de Castilla se sigue una investigación penal para dilucidar si puede haber responsabilidades penales derivadas de la gestión de las residencias en la Comunidad de Madrid en la primera ola de la pandemia por el coronavirus.

La cuestión que está en el centro de la instrucción es la de determinar si algún responsable del sistema sociosanitario de Madrid puede ser imputado por delitos de homicidio con base en el protocolo de actuación aprobado por la consejería de Sanidad, que disponía que, en principio —parece que se hizo alguna excepción con residentes provistos de seguros privados—, determinados colectivos de pacientes (personas ancianas por encima de un determinado rango de edad, determinados discapacitados psíquicos) debían ser excluidos de la hospitalización y permanecer en sus residencias, que deberían ser medicalizadas. Como es sabido, más de un veinte por ciento de los residentes en las instituciones de cuidados de la Comunidad de Madrid murieron, en condiciones terribles, en la gran mayoría de los casos, sin poder pisar un hospital en ningún momento, en residencias que carecían de todo —la "medicalización" se quedó en un mero eslogan del Gobierno regional—, incluso de oxígeno o de opiáceos para aliviar la situación de los enfermos. El entonces director general de coordinación sanitaria ha confirmado la existencia de tal protocolo, y ha afirmado que lo conocía el consejero de Sanidad, y, por lo tanto, el Gobierno. Lo mismo ha hecho quien fuera entonces consejero de Políticas Sociales, responsable de las residencias. Para acabar de ponerle la guinda al griterío público, en un nuevo arranque de frivolidad pendenciera y de intromisión en la actividad del Poder Judicial, la presidenta de la Comunidad ha llegado a pedir la imputación de este último. De un consejero de su Gobierno.

* Este artículo de opinión fue publicado con fecha de 12 de abril de 2023 en El País.

Esperpentos aparte, ¿qué puede aportar el Derecho penal a estos terribles hechos? ¿Habrá responsabilidades?

El primer punto de partida es constatar que tal protocolo era y es contrario a Derecho. La selección por categorías de personas, con carácter previo y general para determinar quién podía disfrutar de asistencia médica está proscrita en nuestro ordenamiento. Es cierto que el triaje, esto es, la decisión de aplicar recursos escasos, puede quedar cubierto por el artículo 20.5 del Código Penal, que regula el estado de necesidad como causa de justificación, en cuanto que modalidad de la llamada "colisión de deberes". En efecto, la médico que tiene que tomar la terrible decisión de usar un respirador cuando hay varios pacientes que lo necesitan, debe optar por maximizar las posibilidades de salvamento, aplicando el recurso a quien tiene mayores posibilidades de sobrevivir. Pero esto presupone un análisis caso por caso, individualizado, persona por persona, y no cubre este tipo de decisiones de "triaje *ex ante* preventivo".

Sin embargo, el proceso penal se enfrenta a grandes dificultades. Cabe sintetizarlas en dos áreas: por un lado, los problemas derivados del hecho de que estamos ante decisiones tomadas en una organización compleja como es un Gobierno. El análisis jurídico-penal, orientado al establecimiento de responsabilidades individuales, se enfrenta al Escila de una responsabilidad objetiva, incompatible con el principio de culpabilidad (que responda un cabeza de turco, el director general, el consejero o la presidenta del Gobierno, sencillamente por estar en la cúspide, sin más), y el Caribdis de lo que se llama "irresponsabilidad organizada" (en términos populares: entre todos la mataron, y ella solita se murió), esto es, que la responsabilidad se pierda en los recovecos de la organización. Ambas opciones son incompatibles con el Derecho penal de un Estado de Derecho.

Pero aun si fuera posible establecer en el proceso quién tomó qué decisión y cuándo, quién es el responsable del protocolo criminal en cuestión, hay más problemas. Hay delitos en nuestro ordenamiento en los que basta con demostrar, de acuerdo con la formulación de la Ley, que se ha generado un peligro (por ejemplo, en los delitos de conducción bajo la influencia de sustancias psicoactivas, o en los delitos contra el medio ambiente). Sin embargo, no hay un delito de estas características aplicable al caso. Por ello, aquí se trata de determinar si alguien ha cometido uno o miles de delitos de homicidio imprudente, esto es, si ha matado por imprudencia grave a personas concretas, como establece el artículo 142 del Código Penal. Esto puede suceder impidiéndole acceder a un curso causal que lo hubiera salvado, como cuando alguien retira a un náufrago un salvavidas. Sin embargo, ¿cómo se demuestra que, de haberse actuado correctamente, la persona se hubiera salvado? El homicidio imprudente no castiga la tentativa, sino sólo la conducta que efectivamente causa la muerte. Nuestros tribunales suelen exigir una "probabilidad rayana en la certeza" de que la acción mandada por la norma hubiera evitado el resultado lesivo, aunque en alguna ocasión se hayan contentado con que se demuestre que se hicieron las cosas

mal, que "se elevara el riesgo" (como en el caso Madrid Arena, en el que el Tribunal Supremo condenó al exconcejal del PP Viñals, médico encargado de la instalación imprudentemente gestionada por el concesionario, por negarse a atender a las muchachas gravemente heridas por la avalancha humana producida). Parece imposible demostrar en un informe forense que un anciano concreto hubiera sobrevivido a la enfermedad si hubiera sido ingresado. Muy difícil condenar.

Lo que está claro, en todo caso, es que la posición, defendida por algunas fuerzas políticas desde hace años —de nuevo: *Spain is different*—, de que sólo una condena penal firme genera responsabilidad política, es sencillamente demencial. Es posible que, en Derecho, una sanidad pública pauperizada para lucro de intereses privados, o un protocolo incalificable para que no murieran personas en los hospitales (ensuciando la estadística), sino entre enormes sufrimientos en sus residencias, no sean constitutivos de homicidio. Pero el Derecho penal no es el único modo de exigir responsabilidad a quienes gestionan mal la cosa pública.

* * * * * *

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.

~ La acción o conducta humana como primer elemento y fundamento de todo delito*~

Sumario.

I. ¿La acción como elemento autónomo del delito?
II. Acción en sentido estricto y en sentido amplio
1. Acción incluyendo el resultado y acción como distinta al resultado
2. Acción como actividad y pasividad y acción como distinta a la pasividad
III. El concepto de acción o conducta
1. ¿Concepto ontológico o normativo?
2. El concepto causal de la acción
3. El concepto final de la acción
a) Evolución del concepto final de acción
b) Polémica en torno al finalismo. Valoración crítica
4. El concepto social de la acción
a) Del concepto objetivo-final al concepto social de acción o conducta
b) Valoración crítica del concepto social
5. Otros conceptos de acción
a) El concepto de "acción típica" y el de acción culpable
b) El concepto negativo de acción
c) El concepto intencional de acción
d) Conceptos significativos y adscriptivos de acción
e) El concepto personal de acción: manifestación de personalidad al exterior.
1) El concepto personal de acción de ROXIN
2) Concepciones próximas al concepto personal
3) Valoración
6. Toma de posición. Acción o conducta como manifestación activa o pasiva de voluntad humana al exterior: concepto personal-humano de acción
a) Coincidencia con las concepciones usuales y científicas: manifestación externa activa o pasiva de voluntad, no simplemente de personalidad
b) Control de la voluntad humana
c) Rechazo del control por la voluntad por las peculiaridades de los actos automatizados, o por impulsos defensivos o pasionales. Respuesta
d) Rechazo del control por la voluntad por los problemas de la conducta imprudente u omisiva. Respuesta
e) Denominación: no concepto causal, sino concepto personal-humano de acción.
f) Carácter predominantemente ontológico y no normativo

Hace años publiqué ya de modo relativamente sintético en mi manual en 1996 y algo más amplio al año siguiente en un artículo sobre la acción o conducta como fundamento del delito mis reflexiones sobre este tema[1]. Ahora me parece muy

* El presente trabajo es un anticipo del Cap. 10 de mi Tratado de DP, PG, en preparación.

[1] En mi Curso de DP, PG I, 1996, cap. 10, 245-273, y en mi artículo La acción o conducta como fundamento del delito, LH-Casabó, II, 1997, 143 ss., anticipé ya una gran parte de lo que a continuación

conveniente recordarlas y ampliarlas en una versión actualizada y más completa.

I. ¿LA ACCIÓN COMO ELEMENTO AUTÓNOMO DEL DELITO?

Aunque algunas exposiciones sistemáticas de la estructura del delito, sobre todo en tiempos recientes, no consideran a la acción como un elemento independiente y previo a los otros elementos del delito, sino simplemente como parte integrante del primero de dichos elementos –para unos el tipo, es decir como acción o conducta típica[2], para otros el injusto, o sea acción como requisito de la antijuridicidad e integrante de ella[3]–, parece preferible la posición clásica de considerar a la acción o conducta humana como elemento autónomo, que es la base de todos los demás elementos delictivos: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad –en su caso punibilidad–, que califican y caracterizan a aquélla (aunque la culpabilidad pueda considerarse tb. como característica del sujeto)[4]. Por eso, aunque, como veremos, la acción tiene un papel relativamente modesto, y no el fundamental que le han asignado algunas teorías, para delimitar el campo de lo punible y lo no punible, de todos modos su concurrencia es presupuesto indispensable para los demás requisitos del delito y, por tanto, la ausencia de acción dispensa ya de examinar cualquiera de los otros elementos, que (en un Derecho penal *del hecho*) no pueden darse sin una acción a la que referirse.

---

expongo. Después, llamando ya concepto personal (humano) o personal-humano al concepto de acción que defiendo, en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 12/1 ss.

[2] Así p. ej. MARINUCCI, Il reato come "azione", 1971, passim; El delito como "acción", 1998, passim, 22 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD, 1984, 49 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2ª, 1986, 23 s.; COBO, Prólogo a Marinucci, El delito como "acción", 1998, 9 s.; COBO/VIVES, PG, 5.ª, 1999, 367 ss., 369; BUSTOS/HORMAZÁBAL, Lecc II, 1999, 23 ss.; QUINTERO, PG, 2005, 298 ss.; FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.ª 2007, 259 s.; MORILLAS, LH-Gimbernat, 2008, 1390-1392; PG II-1, 2008, 107 ss.; Sistema PG, 2018, 363 ss.; MIR, PG, 10.ª, 2015, 6/1 ss., 7/1 ss.

[3] Así COBO/VIVES, PG, 5.ª 1999, 368 (aunque tb. considerándola como parte del tipo de injusto); MIR, PG, 10.ª, 2015, 7/23 ss., pero si bien trata la acción a continuación de la antijuridicidad penal (cap. 6, con la que comienza a analizar los elementos del delito) y como elemento de la misma le dedica dos capítulos autónomos (7 y 8) a la acción o comportamiento humano y a su ausencia. Tb. MIR, PG, 10.ª, 2015/2016, 6/1 ss., 7/1 ss., comienza el delito por la antijuridicidad penal y dentro de ella (7/1 ss.) examina la acción o comportamiento humano, pero luego 7/25 ss., reconoce que el comportamiento externo y voluntario o final es requisito general previo de todo el delito y todos sus elementos.

[4] Así p. ej. V. LISZT, Lb 2.ª 1884, § 28, pp. 104 ss.; Tratado II, 2.ª 1927, § 28, 283 ss.; MEZGER, Lehrbuch, 3.ª, 1949, 4.ª 1954 [Tratado I, 1946], § 12 ss.; ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 159 ss.; JESCHECK, AT, 4.ª 1988 [PG, 1981] § 23; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.ª 1995, 361 ss.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 2002] § 23; LUZÓN PEÑA, LH-Casabó II, 1997, 143 ss.; STRATENWERTH, AT I, 4.ª 2000, § 6 ss.; ROXIN, AT I, 4.ª 2006 [PG I, 1997], § 8/1 ss.; MANTOVANI, PG, 9.ª 2015, aps. 47-48, 122 ss.; MIR, PG, 10.ª, 2015/2016, 7/25 ss. (v. *supra* n. 3); KÜHL, AT, 8.ª 2017, § 2/1 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 11.ª 2022, 199 ss.

Por lo demás, la conducta o acción humana es requisito tanto de los delitos comisivos como de los omisivos, por lo que debe examinarse antes de pasar a la división de ambas clases de delitos.

II. ACCIÓN EN SENTIDO ESTRICTO Y EN SENTIDO AMPLIO

1. Acción incluyendo el resultado y acción como distinta al resultado

En la teoría tradicional, causalista, cuando se habla de acción, se utiliza el concepto en dos sentidos: *en sentido estricto*, como conducta voluntaria externa o manifestación de voluntad al exterior, es decir, como *movimiento –o inmovilidad– voluntario* con independencia de si provoca o no un resultado distinto del movimiento mismo; tal concepto se contrapone al de *acción en sentido amplio*, que *incluye junto* al movimiento corporal voluntario *la causación* por éste *de algún resultado* (distinto de la propia exteriorización de voluntad) en el mundo externo: esto es, acción en sentido amplio incluiría acción en sentido estricto, resultado y relación causal entre ambos[5]. Y todavía hay en las posiciones actuales, de causalistas y no causalistas, quienes siguen manejando ambos conceptos de acción[6]. La consecuencia sistemática de manejar un concepto amplio de acción ha sido que la relación de causalidad (y el resultado) se estudiaba antes del tipo, como parte –y consecuencia– de la acción entendida en tal sentido. Sin embargo, como elemento básico del delito basta con la acción o conducta en sentido estricto, es decir, sin incluir la causación o no de un resultado.

En efecto, aunque conceptualmente es perfectamente posible manejar ambos conceptos de acción, y aunque dentro del tipo ya veremos que junto a la acción en sentido estricto se puede hablar de la acción o conducta típica en sentido amplio incluyendo todas las circunstancias en que se realiza, sus modos de ejecución, las cualidades que debe reunir para que sea autoría –determinación o dominio del hecho– y para que haya imputación objetiva –adecuación, etc.–, e incluso los efectos que produce, en cambio, como elemento básico de cualquier delito basta con la acción o conducta en sentido estricto. Pues, dado que la causación de un resultado no es la acción humana misma –el comportamiento activo o pasivo dependiente de la voluntad–, sino a lo sumo

[5] Así p. ej. VON LISZT, Lb 2.ª 1884, §§ 28-30, pp. 104 ss.; Tratado II, 2.ª 1927, § 28, 283 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.ª 1995, 369 ss.

[6] Así p. ej. COBO /VIVES, PG, 5ª 1999, 380 s., 383 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 11.ª 2022, 209 ss. En un sentido distinto, algunos consideran que también en toda conducta o acción por sí misma puede verse un resultado (de la voluntad), así p. ej. V. LISZT, Lb 2.ª 1884, § 29, pp. 107 s.; Tratado II, 2.ª 1927, 288; MIR, PG, 10.ª 2015, 6/40.

consecuencia suya, puede haber acción con o sin resultado. Y con esa base ya es suficiente para que pueda haber delito, pues no todos los delitos requieren resultado: no lo requieren los tipos de mera actividad o de pura omisión; y en los delitos de resultado éste es sólo un elemento del tipo, y más concretamente del tipo consumado, pues aun sin resultado puede haber ya antes acciones punibles de tentativa o ciertos actos preparatorios, que también son acciones típicas; e incluso, como veremos, hay un sector doctrinal para el que la antijuridicidad sólo puede predicarse de la acción en sentido estricto, pero no del resultado. Sea como sea, la base del delito es la acción *sensu stricto*, aunque no haya causación de resultados.

2. Acción como actividad y pasividad y acción como distinta a la pasividad

Hay *otro punto de vista* desde el que se puede hablar de concepto amplio frente a concepto estricto de acción: el de la contraposición entre actividad y pasividad o inactividad. Desde esa perspectiva, *acción en sentido estricto* sería la *actividad positiva* o movimiento corporal, mientras que en el caso de la *pasividad* o falta de movimiento voluntaria sólo *en sentido amplio* y por extensión se podrá hablar de acción[7].

E incluso podría parecer inapropiado tal concepto (por eso algunos prefieren hablar de conducta o comportamiento y no de acción para denominar la base tanto de los delitos de actividad como de los de omisión[8] –que a su vez consisten en inactividad o pasividad, o bien en actividad pero unida a una inactividad relevante–). Pero si, como hace un sector doctrinal muy amplio, se utiliza el concepto de *acción humana como modo de obrar, de manifestarse al exterior*, entonces la pasividad o inmovilidad voluntaria es una forma de manifestarse al exterior y por tanto de acción humana y puede manejarse perfectamente un concepto amplio, omnicomprensivo de acción como equivalente a conducta o comportamiento humano, activo o pasivo (ello con independencia de que, como veremos, en la mayoría de los casos de omisión no hay inmovilidad o pasividad total, sino sólo un no hacer algo concreto, que precisamente sucede porque se hace otra cosa distinta, es decir, mediante actividad). También podría pensarse que se ganaría en claridad si se sustituyera esta acepción amplia de acción por los términos conducta o comportamiento (aunque este último con el inconveniente de sugerir quizás una mayor prolongación

[7] Así ya V. LISZT, Lb, 1.ª, 1881, §§ 28-30, pp. 80 ss.; 21ª/22ª ed., 1919, §§ 28-30, pp. 115 ss.; BELING, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, 9 ss., 15 s., coloca en un primer nivel el concepto de la conducta o comportamiento –que engloba acción y omisión, actividad e inactividad: no hacer, no hacer nada.

[8] Así p. ej. COBO /VIVES, PG, 5ª 1999, 383 ss.

temporal), que no tienen la equivocidad del de "acción", que, aunque permite una acepción comprensiva de la pasividad, también se utiliza con gran frecuencia precisamente como opuesto a inactividad. Pero la exigencia de acción como elemento básico de cualquier delito está tan extendida en la doctrina dominante que me parece preferible no introducir cambios en este punto y utilizar el concepto de acción en su acepción amplia –que al fin y al cabo es posible– equivalente a conducta activa o pasiva.

III. EL CONCEPTO DE ACCIÓN O CONDUCTA

1. ¿Concepto ontológico o normativo?

Como es sabido, los elementos ontológicos pertenecen al mundo del ser, de la realidad, mientras que los normativos corresponden al ámbito de las normas –no necesariamente jurídicas– y, por tanto, del deber ser y de lo axiológico (valorativo). Para saber si un concepto o elemento utilizado en el Derecho, como p. ej. los componentes del concepto de delito, es de una u otra clase, hay que tener en cuenta que si un concepto es ontológico, para conocer su alcance basta con conocimientos empíricos, del mundo real, o con conocimientos lógicos, mientras que si es normativo, para entenderlo es preciso conocer las definiciones, valoraciones y exigencias del correspondiente sector de normas: éticas, religiosas, sociales, técnicas, jurídicas, etc.

El carácter ontológico o normativo del concepto de acción depende de la concepción que se defienda. Así la concepción causalista y la finalista han sostenido conceptos de acción que las mismas consideran de carácter puramente ontológico (aunque ya se verá que contra la doctrina finalista se ha argüido precisamente por algunos que realmente su concepto de acción es normativo), mientras que la teoría social o los conceptos negativos de acción parten declaradamente de conceptos normativos de acción[9]. Anticipando mi punto de vista sobre las conclusiones que cabe extraer de la discusión de la ciencia penal sobre el concepto de acción, creo que no es en absoluto precisa ni adecuada la normativización a que han querido someterlo diversas teorías, y que debe partirse de un concepto ajustado a la condición de manifestación de un sector del mundo real que es la conducta o acción humana, es decir, de un modesto concepto ontológico (o al menos básicamente ontológico) coincidente con el que puedan formular

[9] Cfr. sobre todo ello ampliamente ROXIN, AT I, 1.ª 1992/2.ª 1994 (PG I, 1997), § 8/67 y 8/2 s., 8/10-41; 3.ª 1997/4.ª 2006, § 8/75 y 2 s. , 8/10-43; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 8/75 y 2 s. , 8/10-43 f.

otras ciencias antropológicas. Los contenidos normativos ya le serán añadidos (a la acción) por los restantes elementos del delito.

2. El concepto causal de la acción

Como ya vimos en la evolución del concepto de delito, el concepto causal (o causalista) de acción realmente cambia desde las formulaciones iniciales en el concepto "clásico" de delito hasta las posteriores en el concepto "neoclásico". En la formulación inicial, correspondiente al concepto clásico de delito (BELING o VON LISZT), la acción era un concepto ontológico, base de los demás, de carácter descriptivo, destacando el aspecto causal, pero, más concretamente, desde un enfoque *naturalista*[10].

Se entendía como impulso de la voluntad que genera un movimiento corporal que supone la causación de una modificación perceptible del mundo externo, es decir, de un resultado[11]. Tal resultado que normalmente se producirá (y que no tiene por qué ser un resultado delictivo) consistirá en una consecuencia causada en el exterior por el movimiento corporal y distinta de éste –acción en sentido estricto, relación causal y resultado, que componen una acción en sentido amplio–. Pero en los casos en que no haya resultado distinto de la acción, se considera al propio movimiento corporal puesto en práctica como modificación por sí mismo del mundo exterior, ya que supone un cambio en el estado de cosas anterior al movimiento; y por tanto la parte externa de la propia acción en sentido estricto es considerada como resultado causado por la voluntad. Ahora bien la voluntad sólo interesa aquí como causa u origen del movimiento, de la acción, pero no el contenido o dirección de la voluntad, aquello a lo que va dirigida[12].

[10] Destacando que se debe al positivismo naturalista o científico del siglo XIX este enfoque naturalístico de la acción como elemento base del delito, que sustituye el anterior enfoque del delito desde el prisma (normativo: moral y jurídico) de la imputación tanto de los hegelianos como de la tradicional teoría del Derecho natural, p. ej. HRUSCHKA, Strukturen der Zurechnung, 1976, 5 ss.; JESCHECK, AT, 4.ª, 1988 (PG, 1981), § 22 II 2, § 23 II; SILVA, El delito de omisión, 1986, 5; JAKOBS, AT, 2.ª 1991 [PG, 2.ª 1997], 6/3-6; ROXIN, AT I, 4.ª 2006 (PG I, 1997), 8/10 ss., 7 ss.; MIR, PG, 10.ª, 2015, 7/8 ss., 6/12.

[11] Así V. LISZT, Lb, 1.ª, 1881 y 2.ª, 1884, § 28; Tratado II, 3.ª, 297 ss.; en Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Berlin, 1905, 212 ss., 222 ss.; RADBRUCH, Der Handlungsbegriff, 1904, 75 ss. Sin la exigencia de causación de resultado BELING, Grundzüge, 2.ª 1902, 38; Die Lehre vom Verbrechen, 1906, 9, 11 ss., 17, pero considerando que la voluntad es causa de la acción o movimiento; similar BÜNGER, ZStW 6 1886, 307, considerando deseo y contracción muscular o movimiento corporal como parte interna y externa de la misma cosa, la acción.

[12] Así V. LISZT, BELING o RADBRUCH, cits. en n. anterior. Lo destacan p.ej. JESCHECK, AT, 4.ª, 1988 (PG, 1981), § 23 II; JAKOBS, AT, 2.ª 1991 [PG, 2.ª 1997], 6/6; ROXIN, AT I, 4.ª 2006 (PG I, 1997), 8/10 ss.; MIR, PG, 10.ª, 2015, 7/10.

Esta concepción de la acción es puramente descriptiva: se limita, sin valorar ni hacer referencia a valores, a constatar lo que sucede. Pero, olvidando los casos –ciertamente más raros– de pasividad, se limitaba al movimiento corporal activo, y por cierto, con un enfoque naturalístico: así, bajo influencia del positivismo naturalista, VON LISZT[13] (1884, 1891) define la acción como inervación muscular reconducible a un impulso de la voluntad humana que provoca una modificación en el mundo externo perceptible por los sentidos. Tal concepción, tomada del modelo metódico-analítico de proceder las ciencias naturales y empíricas en el examen de los fenómenos externos (describir y analizar una acción humana descomponiéndola en sus partes integrantes tal como p.ej. lo hace la física con un fenómeno natural) fue muy criticada por un amplio sector doctrinal como excesivamente naturalista-mecanicista, y por algunos –fundamentalmente partidarios del concepto social de acción– como incapaz de captar los contenidos de sentido social propios de las acciones humanas. Así, utilizando el ejemplo paradigmático de las injurias, según el enfoque naturalista la acción en un insulto verbal se describirá, según VON LISZT, como la "provocación de vibraciones en el aire y de procesos fisiológicos en el sistema nervioso del agredido"[14] (es decir, si se quisiera descomponer aún más los eslabones del proceso según el modelo naturalista, la transmisión a través del sistema nervioso de una orden cerebral a los correspondientes músculos de la laringe y la boca, que emiten ondas sonoras que se transmiten a través del aire y llegan al aparato auditivo de otra persona, de donde a su vez son conducidas por el sistema nervioso al cerebro de ésta para su recepción y análisis). Desde la perspectiva del concepto social de acción se reprocha a esta definición el prescindir de lo fundamental para la comprensión de una acción de injurias, que es la captación de su significado social, es decir, su sentido ofensivo o atentatorio al honor de otro. Pero incluso dentro del propio concepto causalista de acción se consideró que ese enfoque naturalístico, aun siendo sustancialmente correcto –pues, en el ejemplo citado, ese es en efecto el análisis científico (en este caso, desde el enfoque físico) pormenorizado de la emisión y recepción de una palabra–, era excesiva e innecesariamente analítico de los detalles parciales del proceso.

Por ello, en la etapa posterior, tanto en el concepto "clásico" como en el "neoclásico" de delito, la concepción causal de la acción utiliza una definición más simplificada, como *movimiento corporal voluntario* (controlado por la voluntad), *que*

[13] Lb, 2ª, 1884, § 28, 105; 4ª, 1891, 128, 123 ss.; Tratado II, 1927, § 28, 286, 283 ss.
[14] Lb, 2ª, 1884, § 29 I, p. 108.

causa algún resultado externo, distinto del movimiento, o que al menos en sí mismo supone la producción de una modificación del mundo exterior. Este concepto servía sólo para los delitos de actividad, si bien es cierto que son la inmensa mayoría; pero en los de omisión, o bien había que dar otra definición de acción o conducta omisiva como no realización voluntaria de un movimiento corporal (p. ej. BELING, 1906: contención voluntaria de los nervios motores, inmovilidad voluntaria[15]), o bien había que negar precisamente que haya acción en los delitos de omisión (así RADBRUCH[16], 1903). Pero también hubo autores que consideraron preferible formular un supraconcepto de acción, válido tanto para la actividad positiva cuanto para la omisión, como conducta humana (activa o pasiva) externa y dependiente de la voluntad, o como *manifestación de voluntad al exterior (consistente en movilidad o inmovilidad* o pasividad)[17].

Tanto en las variantes iniciales como en las posteriores del concepto causal se trata de un *concepto de acción fundamentalmente objetivo*, pues, aunque se menciona su origen en la voluntad, no se le presta mayor atención a la voluntad, y desde luego no se entiende que el contenido y dirección de la voluntad (su finalidad, los objetivos perseguidos) sean esenciales para la acción, sino que se destaca el aspecto objetivo de la causación de resultados externos, aunque consistan en la propia realización de una actividad o inactividad (entendida en sí misma como resultado exterior de la orden o impulso cerebral). Además, tanto en el concepto clásico como en el neoclásico de delito la categoría de la causalidad o relación causal con el resultado se estudia dentro de la acción.

---

[15] Así BELING, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, 15 (la primera definición), 9 ss. (la definición como inmovilidad voluntaria); con ello engloba en el supraconcepto de conducta (o comportamiento: *Verhalten*) humana voluntaria como elemento base del delito; igual en Grundzüge, 6.ª-7.ª 1920, 17 ss.

[16] RADBRUCH, Der Handlungsbegriff, 1903/1904, 139-142: la omisión es la negación, lo contrario de la acción, acción y omisión son conceptos contradictorios, afirmación y negación, a y non-a, siendo la omisión la no acción con posibilidad física de realizarla.

[17] Como hemos visto (n. 7) BELING, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, 9 ss., 17, engloba tanto la acción positiva como la omisión en el supraconcepto de "conducta voluntaria, realización de la voluntad" como elemento base del delito; igual en Grundzüge, 6.ª-7.ª 1920, 17 ss. BELING, Die Lehre, 1906, 12 ss., añade que ese supraconcepto de conducta es totalmente independiente de su contenido, que opera en el tipo o acción delictiva (y reprocha a otras posiciones que introduzcan incorrectamente el contenido de la actividad o de la omisión en sus respectivos conceptos), y por eso (p. 14) la acción (positiva) es independiente de que haya o no relación causal, objeto, medios o modos de realización, y en la omisión (15 s.) sostiene un concepto totalmente negativo de omisión en el campo de la conducta, sin que importe su contenido, mientras que ese contenido es fundamental en el elemento siguiente, el tipo, donde la omisión es no realización de algo concreto y determinado y donde no sólo la inactividad sino también la actividad pueden verse como omisión de algo; ciertamente el propio BELING, cit., 17, califica a ese concepto suyo de conducta o acción en sentido amplio sin contenido como un "fantasma sin sangre" ("*blutleeres Gespenst*"): lo mencionan SILVA, El delito de omisión, 1986, 25; LACRUZ, Comportamiento omisivo, 2004, 96 y n.72, 412 y n. 14. .

Esa *concepción fundamentalmente objetivista de la acción daba lugar por otra parte a* lo que se denomina ***el concepto causalista del delito***, que, como veremos en capítulos posteriores, entiende que la tipicidad y la antijuridicidad se refieren fundamentalmente a la parte objetiva –externa– de la acción, mientras que los elementos subjetivos o anímicos se examinan únicamente –con alguna excepción marginal– en la culpabilidad.

Posteriormente, en la doctrina moderna sigue habiendo un sector considerable que defiende el concepto causal de acción, pero dentro de dicho sector una parte defiende el sistema causalista de delito, pero otra no:

El concepto causal de la acción (que ha sido mayoritario en la doctrina española[18]) se mantiene por la doctrina, bien dividido en dos subconceptos: movimiento voluntario para los delitos de actividad y falta voluntaria de movimiento para los delitos de omisión[19], o bien con un concepto general como conducta humana externa activa o pasiva dependiente de la voluntad[20]. Ahora bien, no todos los partidarios del concepto "causal" siguen considerando el resultado y la relación causal como integrantes de la propia acción[21], sino que un sector entiende que tales elementos son ajenos a la propia acción, pues ésta puede darse aunque no cause un resultado distinto de la misma, por lo que en

[18] Así entre otros FERRER, 1946, 6 ss.; ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 160 ss.; RODRÍGUEZ MUÑOZ, Notas a Mezger, Tratado I, 1955, 195 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado III, 2.ª 1958, 329 ss.; CUELLO CALÓN, PG I, 18.ª, 1980, 244 ss., 439; GIMBERNAT, Estudios DP, 3ª, 1990, 170 (posteriormente lo matiza con connotación psicoanalítica: v. *infra* III 5.e 2), 6.b); RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.ª 1995, 362, aunque a continuación (363 ss.) exige que el acaecimiento voluntario esté previsto en la ley penal; COBO/VIVES, PG, 5.ª 1999, 367, utilizan el concepto causal amplio ("manifestación externa de la voluntad a través de un hecho positivo o negativo"), aunque luego rechazan (371) el concepto causal por entenderlo limitado al de actividad que modifica el mundo externo, y defienden (378 ss.) un concepto significativo de acción; tb. MORILLAS, PG II-1, 2008, 107 s., Sistema PG, 2018, 107 ss., aunque defiende un concepto de acción típica, en PG II-1, 108 y Sistema PG, 2018, 374 define la acción en sentido estricto como "movimiento corpóreo humano que va a suponer en su objetivación externa una manifestación de voluntad"; ESQUINAS, en Zugaldía/Moreno Torres, Leccs PG, 3.ª 2016, 97: "comportamiento humano, exterior y evitable". Yo mismo (desde mi Curso PG I, 1996, 265 ss.; LH-Casabó, II, 1997, 160 ss.; Lecc PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 10/43 ss.; v. tb. *infra* III 6.) defiendo materialmente la versión amplia del concepto causal como manifestación de voluntad humana al exterior, pero rechazando su denominación concepto causal; similar POLAINO, PG II-1, 2000, 265 s. (manifestación de voluntad como aspecto externo, concepto válido tanto para hechos dolosos como imprudentes, activos u omisivos), tras criticar en 232 s. el concepto causal.

[19] Así BELING, Die Lehre vom Verbrechen, 1906,17; MEZGER, Lehrbuch, 3.ª 1949, Tratado I, 2.ª 1946, § 14 I y II; Moderne Wege, 1950, 12 s.; WESSELS, AT, de 1.ª 1970 a 22.ª 1992, § 3 II 2 c, aunque vinculado al concepto social; DREHER/TRÖNDLE, StGB, de 38.ª 1978 a 48.ª 1997, antes de § 13/2 ss.; BAUMANN/WEBER, AT, 9.ª 1985, § 16 II 1; MORILLAS, PG II-1, 2008, 107 ss., 134 ss.; Sistema PG, 2018, 374 ss., 400 ss.

[20] Así JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado III, 2.ª 1958, 329. Fuera del concepto causal estricto LUZÓN PEÑA, PG I, 1996, 265 ss.; Lecc PG 2.ª/3.ª 2012/2016, 10/43 ss.; POLAINO, PG II-1, 2000, 265 s.

[21] Sí consideran la relación causal y el resultado parte de la acción p. ej. V. LISZT, Lb 2.ª 1884, §§ 28-30, pp. 104 ss.; Tratado II, 2.ª 1927, § 28, 283 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.ª 1995, 369 ss.; COBO/VIVES, PG, 5.ª 1999, 380 s., 383 ss.

su caso se examinan como requisitos del tipo en los delitos de resultado[22]. Y por otra parte, actualmente no todos quienes sostienen el concepto causal de acción son también defensores del concepto causalista de delito[23], sino que hay un amplio sector que defiende la pertenencia del dolo y la imprudencia, es decir, elementos subjetivos, al tipo y a la antijuridicidad y parte del mismo sigue manteniendo el concepto causal de acción[24].

Más adelante, en mi toma de posición sobre el concepto de acción (*infra* III 6. a y e), entraré a valorar estas últimas versiones del concepto causal.

3. El concepto final de la acción

a) Evolución del concepto final de acción

Según WELZEL, el creador del finalismo (en diversos escritos a partir de los años 30 y 40), el legislador está vinculado por realidades ónticas preexistentes, por estructuras lógico-reales, por la "naturaleza de las cosas", que no puede desconocer[25], y en el campo del Derecho penal esa previa naturaleza de las cosas viene dada por la estructura final de la acción[26]. Frente a los conceptos causalistas anteriores, que consideraban como fundamental la causación de resultados o cambios en el exterior, sin dar gran importancia a la voluntad, según el finalismo la naturaleza de las cosas impone la preeminencia en la acción del aspecto subjetivo: su fin o finalidad, pues *lo que diferencia a las acciones humanas de los fenómenos o procesos naturales ciegos es precisamente la finalidad*[27]; esto es, que "el hombre, gracias a su saber causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación, fijarse por ello diversos objetivos y dirigir

[22] Así entre muchos WESSELS, AT, de 1.ª 1970 a 22.ª 1992, §§ 3, 5 III y 6.

[23] Sí mantienen el concepto causalista de delito con dolo e imprudencia como parte de la culpabilidad p. ej. JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado III, 2.ª 1958, 329 ss., V, 2.ª 1963; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.ª 1995, 362 ss., 459 ss.; COBO/VIVES, PG, 5.ª 1999, 293 ss., 615 ss. (en 380 lo llaman "sistema objetivo").

[24] Así p. ej. mi propio manual (caps.10, con un concepto de acción que coincide con el causal simplificado, aunque denominándolo personal-humano, y 12-13, 16-19): LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 245 ss., 295 ss., 389 ss.; Lecc PG, 2.ª/3.ª 2012, 2016, 10/43 ss., 12/7, 13/27 ss., 16/1 ss. a 19/1 ss.; tb. POLAINO NAVARRETE, PG II-I, 2000, 194-196 considera acción la conducta humana voluntaria, 209: extermna manifestación de la voluntad humana, e igualmente en Lecc II, 2.ª 2016, 67: conducta o hecho humano voluntario, y después en 115 ss. trata dolo e imprudencia en los títulos de imputación tras la imputac. objetiva, y no en la culpabilidad; MOLINA BLÁZQUEZ, PG, 2022, 231 (definición de acción como acaecimiento del mundo circundante en que el sujeto influye voluntariamente, coincidente con concepto causal simplificado), 294 ss.: dolo, imprudencia y formas mixtas como tipo subjetivo.

[25] Así WELZEL, Kausalität und Handlung, ZStW 51 1931, 703 ss.; Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 2.ª 1955, 197 s., passim.

[26] Así WELZEL, lugs. cits. en n. anter.; Lehrbuch, 11.ª 1969, 34 ss.

[27] Así WELZEL, Lehrbuch, 11.ª 1969, 33 ss.; lugs. cits. en las n. anteriores.

planificadamente su actuación a la consecución de esos objetivos"[28]. En consecuencia, acción humana es el ejercicio de la actividad final, y ésta consiste en la producción consciente de efectos partiendo de un objetivo, en *la "supradeterminación final"* (control, dominio) *del curso causal*[29] externo.

Por tanto, el contenido de la voluntad, exteriorizada y dirigida a un determinado fin es fundamental en la acción[30]. Y como ya he anticipado en el Cap. anterior, de ahí quiere extraer el finalismo determinadas consecuencias sistemáticas vinculantes para el resto de la teoría del delito, fundamentalmente que el dolo –la finalidad de realizar el tipo en los delitos dolosos– pertenece al injusto y no a la culpabilidad, conclusión que posteriormente también extrae el finalismo para la imprudencia, y que la conciencia de la antijuridicidad no es requisito del dolo, sino de la culpabilidad.

La verdad es que inicialmente el concepto final de acción estaba prácticamente limitado a los hechos dolosos, pues en ellos es evidente que hay una causación consciente y planificada del resultado que constituye el objetivo final: la muerte, el daño al honor, la apropiación de cosas ajenas o de fondos públicos, etc. Pero en los delitos *imprudentes*, el concepto final de acción tuvo dificultades.

En efecto, en los hechos imprudentes, como el sujeto no quiere causar el resultado producido, al principio el finalismo los consideraba meras causaciones (ciegas) de resultados; por ello unos finalistas, como WELZEL, entendían que sólo eran acciones en

[28] WELZEL, Lehrbuch, 11.ª 1969, 33.

[29] Así WELZEL, Lehrbuch, 11.ª 1969, 33 s.: *final überdeterminiert*: supradetermina finalmente, llamándolo en 34 tb. "*finale Steuerung*": controlamiento final.

[30] En la doc. alemana han defendido el concepto final de acción (antecedentes en V. WEBER, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, Jena, 1935; Grundriss, 2.ª 1948, 53 ss.), además de WELZEL, entre otros, Niese, Finalität, 1951; KAUFMANN, ARM., Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie 1954 = Teoría de las normas. 1977; Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; STRATENWERTH, "Natur der Sache", 1957 = "Naturaleza de las cosas", RDFUM 19 1964; AT, de 1.ª 1971, 56 ss. a 4.ª, 2000, 6/1 ss.; MAURACH, AT, 1ª 1954 a 4.ª 1971, § 16; ZIELINSKI, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; Hirsch, ZStW 93, 1981, 831 ss., 94 1982, 239 ss.; STRUENSSEE, JZ 1987, 53 ss. = ADPCP 1987, 423 ss.; JZ 1987, 541 ss.; GA 1987, 97 ss. En la doctrina en lengua española defienden el concepto finalista de acción, entre otros, CEREZO MIR, ADPCP 1959, 561 ss.; ZStW 71 1959, 141 ss.; Curso PG II, 6.ª 1998, 34 ss. (en 39 s. n.54 cita mucha más doc.); CÓRDOBA RODA, Coment I, 1972, 5; Una nueva concepción del delito, 1983, 86 s.; los discípulos de Cerezo GRACIA MARTÍN, El actuar en lugar de otro en DP I, 1985, 9; AP 39 1993, 587, LACRUZ, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, PG, 2.ª 2015, 134 s., RUEDA MARTÍN, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2.ª 2016, 96, o DÍEZ RIPOLLÉS, PG, 5.ª 2020, 146 ss.; ZAFFARONI, Tratado III, 1981, 67 ss., 85 ss.; con matices en ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG, 2.ª 2002, 413, 415 ss. (en ambas obras con muchas más citas de doc.); DONNA, Teoría del delito I, 2.ª 1996, II, 1995; PG II, 2008, 164 ss.; CUELLO CONTRERAS, PG I, 3.ª 2002, VI/17 ss., 43 ss., pp. 383 ss., 412 ss.; CUELLO/MAPELLI, Curso PG, 1.ª 2011, 55 ss., 3.ª 2015, 68; y tb., con matices, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, de 1.ª 1993, 204 s. a 11.ª 2020, 202 ss., y, uniéndolo al concepto social de acción, MIR PUIG, PG, de 1.ª 1984, 132 ss. a 10.ª 2015, 7/24 ss. BACIGALUPO , Principios, 5.ª 1998, 168 s., parte del concepto finalista, pero acoge la versión de JAKOBS de "comportamiento evitable" (v. *infra* III 5. b).

sentido amplio[31], y otros, como NIESE, les negaban claramente el carácter de acción[32]. En un segundo momento, WELZEL defiende el carácter de acción del hecho imprudente aduciendo que en éste, como en el doloso, también hay finalidad, sólo que "finalidad potencial": el sujeto ciertamente no pretende producir el resultado, pero, si hubiera actuado cuidadosamente, *podía* haber tenido la finalidad de evitar ese resultado[33] y disponer los medios para ello. Como a esta fundamentación se le criticó con razón que finalidad potencial por definición no es finalidad real y actual y por tanto seguía sin haber una actividad final[34], a partir de NIESE (1951) los finalistas optan por otra fundamentación, que también acoge el propio WELZEL: en el delito imprudente hay finalidad real, como en el doloso, sólo que esa finalidad no se dirige a realizar el hecho típico –matar, dañar, etc.–, sino precisamente a otro objetivo distinto[35]; así p.ej., el sujeto que hiere a otro por escapársele un disparo al limpiar descuidadamente un arma cargada, no actúa con finalidad de lesionar, pero sí con finalidad de limpiar el arma. Y en su última etapa WELZEL propone incluso –aunque de modo fugaz– sustituir el concepto de acción final por el de acción "cibernética"[36], en la que lo que cuenta es el "control" por la voluntad, que haya un suceso controlado y dirigido por la voluntad, lo que se da tanto en la acción dolosa como en la imprudente.

Por otra parte, el concepto final de acción no se acomoda bien a la estructura de los delitos de omisión propia, pues en ellos por definición no hay control o supradeterminación final de un curso causal.

Y en efecto, una parte de los finalistas (como ARMIN KAUFMANN o STRATENWERTH) rechazan por esa razón de no haber control del curso causal que la omisión sea una acción final, que sólo se daría en la actuación positiva[37]; en cambio, otra parte, como el propio WELZEL, cree que hay un supraconcepto, la conducta, que engloba

[31] Así WELZEL, ZStW 58 1939, 516; Um die finale Handlungslehre, 1949, 17; Lehrbuch, 1.ª 1947, 2.ª 1949, 22 s.

[32] Así NIESE, Finalität, 1951,41 ss., 65: en el campo ontológico, a diferencia del ámbito de la tipicidad, sólo hay acciones dolosas, que tienen finalidad, las no dolosas, al carecer de finalidad, sólo son "causaciones de resultado".

[33] Así WELZEL, ZStW 58 1939, 559; Lehrbuch, 1.ª 1947, 2.ª 1949, 22 s.

[34] Así lo critican p. ej. EB. SCHMIDT, Der Arzt im Strafrecht, 1939, 76; *H.* MAYER, AT, 1953, 44; o incluso un finalista como CEREZO MIR, Curso PG II, 6.ª 1998, 37.

[35] Cfr. WELZEL, ZStW 58 1939, 559; Lehrbuch, 11.ª 1969, 36.

[36] Cfr. WELZEL, FS-Maurach, 1972, 8; Lehrbuch, 11.ª 1969, 37, 131.

[37] Así KAUFMANN, ARM., Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, 67; STRATENWERTH, AT, 2.ª 1976, 60, nm.140.

tanto la actividad corporal como la pasividad sometida a la capacidad de control final por la voluntad[38].

b) Polémica en torno al finalismo. Valoración crítica

La teoría final de la acción ha suscitado durante décadas una intensísima polémica, no sólo en cuanto tal teoría de la acción, sino sobre todo en cuanto a sus consecuencias sistemáticas en el resto de la teoría del delito, polémica cuya intensidad ya ha decaído, sin embargo, en gran medida[39].

Aparte de las críticas a las insatisfactorias versiones iniciales según las cuales en la imprudencia no hay acción, o sí la hay, pero basada en una finalidad potencial –que realmente no es finalidad–, ya que revelaban carencias de la inicial concepción final de la acción para resolver los diversos supuestos, cuando el finalismo da el giro de afirmar que en la imprudencia también hay finalidad real, pero dirigida a otra cosa, a un objetivo no típico, se le ha criticado al finalismo (así ROXIN o GIMBERNAT) que con ello acaba volviendo al concepto causal de acción, pues ahora sólo importa que el sujeto haya querido algo, sea típico o atípico, siendo indiferente el contenido de la voluntad[40].

Sin embargo, los finalistas niegan que su concepto actual de acción coincida con el causal; y con razón. Pues no sólo el finalismo atribuye mucha más importancia al aspecto subjetivo de la finalidad, mientras que el concepto causal histórico se centra en la parte objetiva de la acción sin resaltar el papel de la voluntad, sino que, sobre todo, "finalidad" es algo más que simple voluntad o querer el comportamiento. El concepto causal exige solamente que dependa de la voluntad el modo de comportarse activo o pasivo, el movimiento o, más raramente, la pura inmovilidad; pero el concepto finalista requiere para la acción que el sujeto se plantee clara y conscientemente un fin, un objetivo al que encamina su conducta (selección de medios y dirección del curso causal hacia una finalidad)[41].

---

[38] Cfr. WELZEL, Lehrbuch, 11.ª 1969, 30-32, 200.

[39] La polémica ha remitido no sólo porque la situación se ha clarificado bastante, ya que no se ha impuesto el concepto final de acción como tal, pero en cambio buena parte de las conclusiones sistemáticas del finalismo para el injusto y la culpabilidad se han convertido en mayoritarias, sino también porque en gran medida la ciencia penal actual ha abandonado la discusión puramente deductiva y sistemático-abstracta, sustituyéndola por una orientación teleológico-valorativa de la interpretación y la sistemática hacia los objetivos político-criminales del sistema penal y también hacia sus resultados concretos.

[40] Así GIMBERNAT, Delitos cualificados, 1966, 113 ss.; ROXIN, AT I, 1.ª 1992/2.ª 1994 (PG I, 1997), § 8/20; 3.ª 1997/4.ª 2006, § 8/21; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 8/21.

[41] Así WELZEL, Lehrbuch, 11.ª 1969, 34.

Y precisamente aquí aparecen fallos en el concepto final: éste responde a un *modelo demasiado racionalista* de la conducta humana, limitándose a las acciones más perfectamente elaboradas, las planificadas consciente y controladamente hacia un objetivo, y por tanto es un *concepto de acción excesivamente restringido*, ya que deja fuera muchas formas de acciones. Hay múltiples actuaciones humanas en que el sujeto no se plantea ni piensa en fin u objetivo alguno, porque las realiza (p.ej. pasea, canta, mueve rítmicamente un objeto con las manos) distraído, ensimismado o concentrando su atención en otras cosas, o porque se trata de actos automatizados (como sucede en múltiples ocasiones en la conducción de vehículos al pisar los pedales o cambiar de marchas), que no precisan plantearse individualizada y claramente un objetivo en cada uno para que funcionen al servicio de una actividad general; en cualquier caso no son movimientos instintivos, sino acciones dependientes de la voluntad y que ésta puede en todo momento parar, continuar o modificar. Tampoco se adapta muy bien la finalidad, entendida al modo racionalista del concepto final de acción, a las acciones impulsivas (y menos a las llamadas "acciones de cortocircuito"), en que se realizan movimientos instantáneos sin prácticamente planificación ni selección de objetivos ni medios y, sin embargo, vuelven a ser casos de acción. Y desde luego, entendida la acción como supradeterminación –o control– final del curso causal, no se adapta en absoluto a los casos de omisión propia mediante pura pasividad, en que no se incide sobre curso causal alguno, y sin embargo no cabe duda de que es una de las formas posibles de actuación que le caben al hombre.

Por otra parte, frente al pretendido carácter ontológico, prejurídico y basado en la naturaleza de las cosa del concepto final de acción, ROXIN (1962) lo ha criticado por ser "un producto jurídico-normativo par excellence" [por excelencia][42], ya que en él se han introducido inadvertidamente contenidos jurídicos que posteriormente se vuelven a deducir del mismo para extraer consecuencias sistemáticas, fundamentalmente para la configuración del dolo, el tratamiento del error de prohibición y los requisitos de la participación[43]. Y aunque parezca sorprendente, efectivamente hay que dar la razón a la tesis de que el concepto final de acción realmente tiene *carácter normativo*: no sólo por

[42] ROXIN, ZStW 74 1962, (515 ss.) 527= en: Problemas bás., 1976, (84 ss.) 95. Tb. GIMBERNAT, Delitos cualificados, 1966, 108, 113 s., coincide con esa crítica de ROXIN, afirmando que el finalismo identificaba desde el principio voluntad final en la acción con dolo típico, p. ej. dolo homicida o lesivo.

[43] Cfr. ROXIN, ZStW 74 1962, 527 ss.= en: Problemas bás., 1976, 95 ss.

los datos indicados –que aquí, antes de llegar a los epígrafes correspondientes al dolo, error o participación, sólo es posible apuntar–, sino sobre todo porque los orígenes y toda la evolución de la teoría final de la acción, que está desde el principio claramente cortada por el patrón del delito comisivo doloso y tropieza con notables dificultades en los delitos imprudentes y de omisión, muestran una clara impregnación jurídico-normativa; pues no se puede perder de vista que en el Derecho alemán, en el que surge la teoría finalista, el modelo absolutamente normal de delito es precisamente el comisivo y doloso, mientras que la punición de delitos imprudentes u omisivos es absolutamente excepcional, y ese dato explica muy bien que el concepto final de acción desde el principio se ajustara perfectamente a los delitos dolosos y comisivos y sólo después, paulatina y trabajosamente, se haya intentado acomodarlo a los delitos imprudentes (y algunos finalistas también a los omisivos), ya que al fin y al cabo desde el principio, consciente o inconscientemente, se estaba atendiendo al fenómeno normal, y no a los marginales, dentro de la regulación del ordenamiento positivo alemán. Por lo demás, requerir para la acción, en vez de una simple dependencia del comportamiento de la voluntad, una dirección planificada del curso causal hacia un objetivo, y excluir entonces de la acción una serie de comportamientos humanos que no cumplan esos exigentes requisitos, es una decisión basada en criterios normativos (al menos sociales, aunque no sean jurídicos), y no una cuestión prefigurada ontológicamente por la estructura inmutable e inalterable del ser.

En cualquier caso, no es aceptable la tesis metodológica finalista de que las estructuras ontológicas prefiguran necesaria y forzosamente a los elementos y construcciones normativos y que por tanto la estructura final –pretendidamente ontológica e inmutable– de la acción determina necesariamente la interpretación y configuración sistemática de los otros elementos del delito, como la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; pues éstos, por su carácter axiológico y normativo, dependen precisamente de decisiones de esa índole tomadas por el ordenamiento jurídico o, dentro del marco de elección que a veces éste permite, de la orientación que teleológica y valorativamente se considere preferible. Por eso no es admisible que del propio concepto de acción se derive ya forzosamente, p. ej., la pertenencia del dolo o la imprudencia al tipo de injusto, lo que sólo se puede fundamentar precisamente partiendo de la función y configuración del tipo y la antijuridicidad, es decir, de una determinada concepción valorativa y teleológica del sentido de las normas jurídicopenales. En

resumen, que la concepción finalista supone una innecesaria e inadecuada sobrevaloración de la importancia de la acción para el resto de la teoría del delito, debida al enfoque metodológico, no compartible, de que lo ontológico prefigura ya decisivamente lo normativo.

En el delito *imprudente* se puede ilustrar quizás con la máxima claridad las dificultades de la teoría finalista para desarrollar su tesis de que la estructura ontológica que dentro de la acción supone la finalidad es ya decisiva para configurar el injusto. Y no ya en las primeras fases, en que el finalismo no acababa de encontrar claramente la finalidad en los delitos imprudentes, sino incluso en la etapa final en que considera que en el hecho imprudente también hay finalidad, pero de conseguir otro objetivo distinto de la realización del tipo. Pues en el delito doloso, como la finalidad (elemento esencial de la acción) se dirige precisamente al resultado o al hecho típico, es sencillo y coherente fundamentar que esa finalidad –el dolo– es desvalorada jurídicamente y por tanto es parte esencial de la antijuridicidad del hecho. Pero en el delito imprudente la finalidad, que según esta teoría es lo esencial para que haya acción humana, sin embargo se dirige a un resultado o hecho atípico, no prohibido, y por tanto no puede ser desvalorada y es irrelevante para la antijuridicidad. Por eso WELZEL y los finalistas se vieron obligados a buscar y destacar en los delitos imprudentes otro componente de la acción sobre el que puede recaer el juicio de antijuridicidad (su aspecto del "desvalor de la acción"): el *modo y manera* –concretamente no cuidadoso– de ejecución de la acción[44]. Sólo que este aspecto es totalmente independiente de la finalidad, con lo cual este elemento fundamental de la acción, la finalidad, es irrelevante en el injusto del delito imprudente, a diferencia de lo que sucede en el doloso[45].

4. El concepto social de la acción

a) Del concepto objetivo-final al concepto social de acción o conducta

De modo paralelo a los inicios del finalismo, surge la teoría inicialmente

[44] Cfr. WELZEL, Lehrbuch, 11.ª 1969, 134 ss.

[45] Más recientemente, dentro de la doctrina finalista STRUENSEE, JZ 1987, 53 ss. = ADPCP 1987, 423 ss.; JZ 1987, 541; GA 1987, 97, intenta evitar esa discordancia, sosteniendo que también el injusto del delito imprudente se constituye mediante una "finalidad jurídicamente desaprobada", igual que en el delito doloso, concretamente con una finalidad dirigida al "síndrome de riesgo", es decir, a las circunstancias fundamentadoras de un riesgo no permitido. Pero, como señalan HERZBERG, JZ 1987, 536; ROXIN (GdS-Arm. Kaufmann, 1989, 247 ss. = CPC 1990, 143 s.; AT I, 4.ª 2006, § 8/23; PG I, 1997, § 8/22) o CEREZO (Curso II, 6.ª, 1998, 167; PG, 2008, 477), ello no es cierto en los casos de imprudencia inconsciente.

denominada "objetivo-final" de la acción, que posteriormente pasa a conocerse como teoría social de la acción.

La exigencia de "finalidad objetiva" o "pretendibilidad objetiva" para la acción (de ahí el nombre de teoría objetivo-final) significaba requerir previsibilidad, calculabilidad o "adecuación" del curso causal que conduce al resultado. Esto suponía lo siguiente: Como es sabido, anteriormente se discutía dentro del estudio de la relación de causalidad si podía considerarse causa el supuesto de un curso causal inadecuado o irregular, lo que se negaba por la teoría de la causa adecuada. Pues bien, a partir de los años treinta surge una corriente doctrinal (LARENZ, 1927, HONIG, 1930, H. MAYER, 1936, ENGISCH, 1944, MAIHOFER, 1953, 1961) que, por una parte, defiende que en los cursos causales inadecuados, es decir, objetivamente imprevisibles hay que excluir la "imputación objetiva" como requisito típico, pero al mismo tiempo sostiene que hay que negar ya la propia acción, que se vincula por tanto a la imputación objetiva y al tipo[46].

Para que haya acción ha de haber "pretendibilidad objetiva"–o posibilidad objetiva de pretender: "*objektive Bezweckbarkeit*"–[47] (LARENZ, HONIG) o "dominabilidad objetiva" (MAIHOFER) [48] respecto del curso causal y su resultado, o –por contraposición a la finalidad subjetiva de la teoría finalista– finalidad objetiva, es decir que, con independencia de lo que subjetivamente pretenda el autor, se trate de una acción adecuada para que objetivamente cualquiera pueda pretender producir ese resultado; y cuando se da una acción inadecuada, que genera un curso causal totalmente anómalo y que por casualidad acaba produciendo resultados o consecuencias a priori objetivamente incalculables o imprevisibles, de ese modo objetivamente no se puede pretender causar tales resultados y por consiguiente no hay acción (ni imputación objetiva del resultado).

Sin embargo, al mismo tiempo se empezó a utilizar el concepto de acción con significado "social". Así, con independencia del concepto objetivo-final, EB. SCHMIDT habla (1932) de que la acción no interesa como fenómeno fisiológico-natural, sino como

[46] Cfr. LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 10/23 s., 15/42-57.

[47] Concepto utilizado por LARENZ, Hegelszurechnungslehre, 1926/27, passim, y siguiéndole HONIG, FG-Frank, I, 1930, 174 ss., 186 ss., como equivalente a que haya finalidad objetiva o disposición final objetiva del resultado, es decir, que (HONIG, cit., 187 s.) sea "un resultado que esa persona pudiera prever y por ello también producir o evitar". El concepto lo manejan tb. otros como OEHLER, FS-Eb. Schmidt, 1961, 232 ss.; o ROXIN, adhiriéndose a Honig a lo largo de todo su artículo Gedanken zur problematik der Zurechnung im Strafrecht, FS-Honig, 1970, 133 ss. = Str. Grundlagenprobleme, 1973, 123 ss.; Reflexiones sobe la problemática de la imputación, Problemas bás., 1976, 128 ss.

[48] Así MAIHOFER, Der Handlungsbegriff, 1953, 16 ss.; FS-Eb. Schmidt, 1961, 156 ss., 164 ss., 178.

"fenómeno social en la dirección de sus efectos hacia la realidad social"[49], definiendo la acción (1939) como "comportamiento socialmente con sentido"[50]. Y también los partidarios del concepto objetivo-final de acción, como LARENZ, HONIG, ENGISCH o MAIHOFER, lo vinculan al significado o relevancia social del comportamiento y sus resultados: así p. ej. ENGISCH habla de acción como "producción voluntaria de consecuencias calculables socialmente relevantes" y como "un concepto social-natural"[51], y MAIHOFER de "conducta objetivamente dominable en dirección a un resultado social objetivamente previsible" [52].

Posteriormente se abandona el inicial concepto objetivo-final y su vinculación a la imputación objetiva del resultado y un sector de la doctrina moderna[53] defiende el concepto social de acción como "conducta socialmente relevante" o con significado o trascendencia social.

b) Valoración crítica del concepto social

El concepto social de acción, tanto en su versión inicial objetivo-final vinculada a la imputación objetiva del resultado, como en su posterior versión más genérica, es un concepto de acción declaradamente normativo, pues se remite como mínimo a las normas y usos sociales para delimitar lo que tiene relevancia o trascendencia social de lo que no la tiene, aduciendo que sólo lo socialmente relevante va a ser también jurídicamente relevante y lo que carezca de esa cualidad se puede descartar de entrada como acción, porque no le va a interesar en absoluto al Derecho penal como posible base de un delito. Además alega en su favor que tal concepción, por una parte, coincide con las explicaciones que socialmente se atribuyen al significado o sentido de cada conducta humana en un determinado contexto social, histórico y cultural, y por otra parte, permite comprender sin lagunas todas las posibles manifestaciones del delito: No sólo los hechos

[49] EB. SCHMIDT, en V. LISZT/SCHMIDT, Lb I, 26.ª 1932, 153.
[50] EB. SCHMIDT, Der Arzt im Strafrecht, 1939, 80.
[51] ENGISCH, Vom Weltbild des Juristen, 1950, 2.ª 1965, 38; ya antes sustancialmente en FS-Kohlrausch, 1944.
[52] Así MAIHOFER, FS-Eb. Schmidt, 1961, 178.
[53] P.ej., en la alemana, JESCHECK, AT, 4.ª 1988 (PG, 1981), § 23 VI 1; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 19 (PG, 200), § 23 VI 1; JESCHECK, en LK, 11.ª, antes del § 13/32; E. A. WOLFF, Der Handlungsbegriff, 1964, 29 ss.; GdS-Radbruch, 1968, 299; o WESSELS, AT, de 1.ª 1970 a 22.ª 1992, § 3 II 2 c; uniéndolo al concepto final de acción MAURACH/ZIPF, AT 1, 8.ª 1992 (PG 1, 1994), § 16/68 ss. En la doc. española RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, 1977, 209 ss.; o, uniéndolo al concepto final, MIR, PG, 10.ª 2015/16, 7/25, o MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 11.ª 2022, 201-204.. Lo critican RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.ª 1995, 366, por su imprecisión.

dolosos, sino los imprudentes, pues lo esencial en la acción imprudente no es el movimiento o pasividad, la voluntariedad o la finalidad, sino su sentido y relevancia social de conducta peligrosa y descuidada (es decir, contraria a normas de cuidado, tanto sociales como jurídicas). Y no sólo permite comprender adecuadamente los hechos comisivos –pues p. ej. se dice que lo fundamental en una expresión injuriosa es su significado social (y también jurídico) de menoscabo del honor o consideración de otro, y no que sea una palabra (una serie de movimientos del aparato oral) controlada por la voluntad–, sino también los omisivos, ya que en la omisión lo fundamental no es que el sujeto no actúe, no ejecute un movimiento, sino su significado social –y generalmente también jurídico– de no realizar una actuación esperada y debida (es decir, que debería realizarse conforme a normas sociales y, en muchos casos, también jurídicas).

No obstante, en este carácter claramente normativo radica precisamente lo objetable del concepto social de acción, pues anticipa ya al elemento base del delito, pero que es común a otras múltiples conductas humanas que no son delictivas o incluso carecen de trascendencia jurídica o incluso social, caracterizaciones valorativas y normativas que son propias de los siguientes elementos del delito, y concretamente del tipo y del injusto.

Por una parte, ocurre que en gran medida, al exigir relevancia social, lo que se está pidiendo ya es la *relevancia jurídicopenal* de la acción, dado que frecuentemente las valoraciones jurídicopenales coinciden con las valoraciones sociales, por basarse en ellas o, a la inversa, por predeterminarlas. Así sucede en los ejemplos indicados de la significación injuriosa o lesiva para el honor de una expresión, o del significado contrario a las normas de cuidado en una conducta imprudente, o en muchos casos también en los supuestos de omisión, cuando los deberes de actuación incumplidos son no sólo deberes sociales, sino también impuestos por el Derecho penal. Con ello sucede que la teoría de la acción social se convierte realmente en una teoría de la "*acción típica*", como reconocen incluso algunos de sus partidarios. Ello estaba claro desde luego en los orígenes de la teoría con el concepto objetivo-final de acción, que requería imputación objetiva como requisito del tipo y al mismo tiempo de la acción; pero también apuntan en esa dirección los argumentos de que se trata de buscar la exclusión de entrada precisamente de las conductas que está claro que van a ser jurídicopenalmente irrelevantes y de que se busca un concepto de acción que satisfaga todas las manifestaciones de delitos, tanto los comisivos como los omisivos, los dolosos como los imprudentes. Sin embargo, de ese modo se mezclan indebidamente los elementos acción

y tipo[54], sin distinguir bien si se excluye uno u otro elemento, que sin embargo tienen significado y función distintos. Y desde luego, es una auténtica exageración (del punto de vista jurídicopenal) no considerar acciones a todas las conductas penalmente atípicas, que precisamente desde la perspectiva del Derecho penal se supone y se desea que sean la mayoría; exageración que, además y para colmo, no coincide en absoluto con las estimaciones sociales sobre lo que son acciones humanas.

Por otra parte, aunque se separe tajantemente la relevancia social de la relevancia jurídicopenal de una conducta, el concepto social de acción sigue siendo insatisfactorio. El concepto de acción del que parte la teoría del delito debe intentarse que sea coincidente con el entendimiento de cualquier disciplina científica sobre lo que es una acción o conducta humana. Y, en primer lugar, ello no sucede si se excluyen como acciones las múltiples conductas del hombre que no son socialmente relevantes: si por "socialmente relevantes" se entiende las valoradas socialmente de modo negativo, quedarán fuera sin razón infinidad de conductas positivas para la sociedad; pero aunque por socialmente relevantes se entienda aquellas conductas que tengan trascendencia o repercusión social, de todos modos se sigue excluyendo numerosas acciones realizadas en solitario, en el ámbito privado o sin mayor trascendencia social, como p.ej. comer, sentarse, oír música, pasear, etc., que para las restantes disciplinas científicas siguen siendo acciones humanas.

Pero en segundo lugar, no sólo por coincidencia con otras disciplinas científicas, sino incluso a efectos de disponer en la teoría del delito de un primer elemento que sirva de base mínima para que puedan operar los otros elementos, como el tipo de injusto y la culpabilidad, basta a su vez con un concepto de acción con un mínimo de requisitos, concretamente con que haya un comportamiento externo y dependiente de la voluntad, pues ciertamente sólo en esas condiciones una manifestación humana puede oponerse a las normas y valoraciones jurídicopenales; pero en esta fase es todavía indiferente e irrelevante la significación social que en un sentido o en otro pueda tener una acción del hombre, aunque ello sí tenga importancia a efectos sociológicos, culturales, históricos, económicos, es decir, para determinar en cualquier ámbito de actividad social –o, en su

[54] Como critican con razón, entre otros, GALLAS, ZStW 67, 1955, 1 ss.; GIMBERNAT, Delitos cualificados, 1966, 117; SCHÜNEMANN, GA 1985, 346; o ROXIN, AT I, 4.ª 2006, § 8/30; PG I, 1997, § 8/29, frente a la posición que anteriormente había sustentado en ZStW 74 1962, 515 ss., defendiendo precisamente un concepto de acción típica en que lo fundamental son las exigencias típicas.

caso, en la correspondiente disciplina social– no si hay *una acción* humana, sino *qué clase de acción* es (qué significado tiene a efectos sociales, culturales, etc.).

Por eso, frente a los argumentos aducidos por los defensores del concepto social de que sólo con el mismo se comprende bien el sentido de p.ej. una injuria, una acción imprudente o una omisión, hay que afirmar que lo que en el elemento acción importa es sólo si hay una conducta humana activa o pasiva y voluntaria, y no qué cualidades tiene y qué significado o significados posibles se le atribuyen en un determinado contexto. Así, en el caso de la injuria, cualquiera, incluso un extranjero que no comprenda el sentido de la expresión o del gesto, puede comprobar que hay una acción humana, es decir, un movimiento voluntario del aparato oral o de las manos, que, en una mínima interpretación lingüística, denominamos palabra o ademán, y ello con independencia de si se entiende o no el sentido social –injurioso– que los mismos tienen. En el supuesto de una conducta imprudente, con o sin resultado lesivo, como arrancar un vehículo marcha atrás sin mirar si hay personas en ese sentido de la marcha, un espectador poco atento o poco inteligente puede no captar la cualidad de esa acción, peligrosa y descuidada, esto es, su carácter imprudente, pero con independencia de ello puede saber perfectamente que ha habido una acción, una conducta voluntaria de meter la marcha atrás y accionar los correspondientes pedales del embrague y el acelerador. Por último, por lo que respecta a la *omisión*, para afirmar que hay *acción humana lo único que importa es la conducta (voluntaria) realizada*, no su significado social –y en su caso jurídico–, es decir, *no la conducta no realizada y debida*, que es lo que le da a la primera el carácter o cualidad de conducta omisiva. Por eso un tercero, aunque no sea consciente de que en determinadas circunstancias se esperaba socialmente, o incluso jurídicamente, que el sujeto efectuara una actuación que no realiza, y por tanto no capte el carácter omisivo de tal comportamiento, puede no obstante estar seguro de que ha habido una acción (o conducta) voluntaria de éste, bien pasiva, en los raros casos en que permanezca totalmente inmóvil, o bien, lo que será lo más frecuente, activa, realizando cualesquiera otros movimientos.

Ahora bien, el significado social de una acción donde puede tener importancia, *aunque no siempre* y necesariamente, es en los siguientes elementos –normativos– del delito, fundamentalmente en el tipo de injusto, dependiendo de si la valoración jurídicopenal coincide o no con la valoración social. Así hay casos en que el significado social negativo de una conducta coincide plenamente con el significado penal, p. ej. si el oprimir un botón que activa un explosivo se interpreta socialmente no ya como presión

de un dedo sobre un objeto, sino como acción de matar, ello determina inmediatamente la significación penal de esa acción como conducta típica homicida. O a la inversa, puede también haber coincidencia en la valoración positiva tanto social como jurídicopenal de una conducta; así, si una mujer, a la que un hombre armado intenta violar, no tiene más remedio que clavarle un cuchillo para liberarse, ello se interpreta socialmente, no como una muerte o unas lesiones valoradas negativamente, sino como una acción lícita de defenderse frente a una brutal agresión, y tal significado social coincide plenamente con el jurídicopenal de tal acción como legítima defensa. Pero también hay muchos casos en que la significación y valoración social de una acción no coincide con la penal (sobre todo, teniendo en cuenta los principios de legalidad y de *ultima ratio* del Derecho penal). Así, un grave incumplimiento contractual de un empresario frente a varias personas acreedoras puede tener un significado social de algo muy negativo e incluso valorarse socialmente como un crimen, pero jurídicopenalmente no se valora como delito esa conducta si no ha habido engaño previo (para que fuera estafa) o determinadas maquinaciones (para que fuera insolvencia punible o delito laboral). Y a la inversa, si una persona es tiroteada por otro, que falla, y cuando éste arroja el arma y se da a la fuga, dispara contra el mismo en su huida, puede que esta acción se considere socialmente como una represalia legítima, pero esa valoración no coincide con la jurídicopenal, que no considera tal acción amparada por legítima defensa ni ninguna otra causa de justificación.

Donde posiblemente sea conveniente acudir al significado social de una conducta es, por razones precisamente normativas, concretamente jurídicopenales, en la teoría del *concurso de delitos*. Por una parte, para determinar si varios movimientos distintos –p. ej. varios disparos tiro a tiro contra diversas personas, o varias penetraciones vaginales– tienen el sentido social de una única acción –en los ejs., de una única acción de disparar o de acceso carnal–, con la consecuencia, según los casos, de unidad de delito o de concurso ideal de delitos (una violación o concurso ideal de homicidios), o, por el contrario, de varias acciones –de disparar o de accesos carnales–, con la consecuencia del concurso real de delitos (de homicidio o de violación). Y en sentido inverso, para decidir si un solo movimiento prolongado –p. ej. de apretar el gatillo realizando una ráfaga de disparos contra varias personas– tiene el significado social de una sola acción o de varias acciones, de lo que dependerá el apreciar concurso ideal o real de delitos (de homicidio, en el ej.).

5. Otros conceptos de acción

Sobre todo en tiempos recientes, se han propuesto otros múltiples conceptos de acción, de los que conviene destacar algunos especialmente significativos.

a) El concepto de "acción típica" y el de acción culpable

Un sector (amplio en la doc. de diversos países[55] o, antes de su posición actual, ROXIN[56]) propone examinar directamente la relevancia jurídicopenal de la acción a efectos típicos, encuadrando por consiguiente el examen de la acción, que pierde su carácter de elemento base y autónomo, dentro del tipo de injusto. Basta aquí con remitir a lo dicho en el apartado anterior en el sentido de que es inadmisible excluir todas aquellas acciones humanas que no sean penalmente típicas. Y ello con mayor motivo aún le es aplicable a los conceptos que requieren una acción culpable (destacadamente JAKOBS)[57] o una acción o conducta responsable[58].

b) El concepto negativo de acción

Algunos autores, preocupados por el problema de hallar un denominador común a los hechos comisivos y a los omisivos, formulan un concepto negativo de acción que entiende, no sólo la omisión, sino también la comisión como no evitación de un resultado pudiendo hacerlo.

---

[55] Ya cits. *supra* en n. 2: p. ej. MARINUCCI, Il reato come "azione", 1971, passim; El delito como "acción", 1998, passim, 22 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD, 1984, 49 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2ª, 1986, 23 s.; COBO, Prólogo a Marinucci, El delito como "acción", 1998, 9 s.; COBO/VIVES, PG, 5.ª, 1999, 367 ss., 369; BUSTOS/HORMAZÁBAL, Lecc II, 1999, 23 ss.; QUINTERO, PG, 2005, 298 ss.; FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.ª 2007, 259 s.; MORILLAS, LH-Gimbernat, 2008, 1390-1392; PG II-1, 2008, 107 ss.; Sistema PG, 2018, 363 ss.; MIR, PG, 10.ª, 2015, 6/1 ss., 7/1 ss.; además RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.ª 1995, 362 ss.

[56] ROXIN, FS-Honig, 1970, 133 ss., 135 ss.= Reflexiones sobre la problemática de la imputación en DP, en Problemas bás., 1976, 141 ss., 144 ss.

[57] Más recientemente JAKOBS (Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, 44; System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, 24, 20 ss.) propone "un concepto de acción que almacene todo el programa del Derecho penal hasta la culpabilidad", pues "acción es hacerse-culpable" (siguiéndole FREUND, MK, I, 3.ª 2017, antes de § 13/138; muy próximos HERZBERG, FS-Jakobs, 2007, 159 ss.; PAWLIK, Normbestätigung, 2017, 24 ss.; Confirmación de la norma, 2019, 31 ss.). Ello significa, como con razón critica ROXIN, AT I, 1.ª 1992 (PG I, 1997), § 8 n. 8; 4.ª 2006 (idem en ROXIN/GRECO, 5.ª 2020), § 8 n. 9; LH/GdS-Dedes, 2013, 246 s., un concepto de acción culpable que es incluso un concepto de delito o hecho punible, pues no habría más acciones que las penalmente relevantes y culpables, lo que no es admisible. Tb. contra la posición de Jakobs cfr. SCHILD, GA 1995, 101; SCHÜNEMANN, GA 1995, 201; en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (eds.), Internationale Dogmatik, 1995, 50; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/ EISELE, StGB, 30.ª 2019, antes de §§ 13 ss./ 36; WALTER, LK, 13.ª 2019, antes de § 13/28.

[58] Similar a la exigencia de acción culpable es el concepto de KARGL, Handlung und Ordnung, 1991, 518: actuar o acción es un comportamiento de decisión *responsable* (y determinado por el estado de cosas).

Así HERZBERG (1972) define la acción como un "no evitar evitable en posición de garante", pues no sólo el autor de un hecho omisivo podía haber evitado el resultado típico con su intervención, sino que también podía haberlo evitado el autor de un hecho comisivo desistiendo de hacerlo[59]; y en ambos casos añade previamente la exigencia, que formula la doctrina mayoritaria para los delitos de comisión por omisión, de posición de garante, es decir, de un deber especial de evitar el resultado (que en los hechos comisivos se deriva precisamente del inicio de la acción creadora del peligro de causación del resultado) [60]. Y BEHRENDT (1979), apoyando esa concepción desde una perspectiva psicoanalítica, caracteriza la acción como "contraconducción omitida", esto es, tanto la omisión como la acción, que también supone una omisión, son el "no emprendimiento de una acción evitadora del peligro", el "no evitar evitable de la situación típica" [61].

Aun no compartiendo totalmente el concepto negativo de acción, JAKOBS defiende en su manual (desde 1983, partiendo de trabajos anteriores) un concepto con cierta similitud. Para él, hay que distinguir en principio entre acción como "causación individualmente evitable, del resultado"[62], y omisión como "no impedimento, evitable, de un resultado"[63], y ambas se pueden reconducir al supraconcepto de "conducta"[64], que es "la evitabilidad de una diferencia de resultado" (p.ej. entre vida y muerte)[65]; de ese modo, no son conductas, concretamente acciones, por no ser evitables las causaciones fortuitas, es decir, no imprudentes.

Estos conceptos son, por las razones ya indicadas, rechazables al ser totalmente normativos, y concretamente jurídicopenalmente normativos: pues están pensando sólo en delitos (centrándose además casi exclusivamente en delitos de resultado), y en su significado de delitos de comisión o de omisión respecto de la producción de un resultado típico, y no en la simple conducta como tal, con independencia de sus ulteriores características relativas a la producción de resultados típicos. Ello explica que, invirtiendo los términos, el concepto negativo, para buscar un supraconcepto común, en el delito comisivo defina la acción, no por la conducta activa en sí, sino por la no realización de la

[59] HERZBERG, Die Unterlassung im Strafrecht, 1972, 177.

[60] HERZBERG, Die Unterlassung im Strafrecht, 1972, 173 ss.

[61] BEHRENDT, Die Unterlassung, 1979, 132, 130 ss.; FS-Jescheck, 1985, 303 ss.

[62] JAKOBS, AT 1983, 2.ª 1991 [PG, 2.ª 1997], 6/20 ss., 24.

[63] JAKOBS, AT 1983, 2.ª 1991 [PG, 2.ª 1997], 6/32, 6/28 ss.

[64] JAKOBS, AT 1983, 2.ª 1991 [PG, 2.ª 1997], 6/31 s.

[65] JAKOBS, AT 1983, 2.ª 1991 [PG, 2.ª 1997], 6/32.

conducta que normativamente hubiera sido la correcta, o sea la de evitar ese resultado. Y también por ello estos conceptos acuden a un concepto de significado normativo, el de la evitabilidad o inevitabilidad –general o individual– del resultado, para resolver ya en la acción cuestiones que realmente son de antijuridicidad o ausencia de la misma (caso fortuito por inevitabilidad general), o de culpabilidad o inculpabilidad (incapacidad individual de previsión o de evitación).

c) El concepto intencional de acción

SCHMIDHÄUSER defiende (desde 1984) un concepto intencional de la acción, ceñido a los delitos comisivos y enmarcando la acción dentro del tipo de injusto[66]. También KINDHÄUSER (1980) sostiene un concepto que denomina de "acción intencional" [67], pero luego lo precisa con el criterio de la "decidibilidad", pues acción es "un hacer decidible, con el que el agente está en condiciones de provocar un suceso", y ello sucede tanto en los delitos dolosos, en los que el suceso es el objeto intencional del hacer, como en los imprudentes, en que el suceso es evitable y previsible, existiendo en ambos casos la posibilidad de control[68]. Ya en la filosofía del lenguaje y la teoría analítica de la acción se había defendido un concepto intencional de acción[69].

Estas concepciones, aparte de que restringen excesivamente al exigir una forma especialmente intensa de voluntad directa, la intención, no siempre presente en todas las actuaciones humanas, vuelven a ser claramente normativas en el sentido jurídicopenal, y por ello no aceptables. La primera se restringe además a una determinada clase de delitos; y la de KINDHÄUSER, que pretende abarcar tanto los hechos dolosos como los imprudentes, refiere el control o decisión, no a la conducta en sí misma, sino al suceso que provoca, y en cualquier caso y por eso mismo, pese a su nombre de acción intencional, realmente en caso de imprudencia se conforma con la mera posibilidad de control o

[66] SCHMIDHÄUSER, AT Stb, 2.ª 1984, 5/5 ss. (anticipado, pero sin llamarlo "intencional", en AT Lb 2.ª 1975, 7/32 ss.); GdS-Arm Kaufmann, 1989, 149 ss.; siguiéndole ALWART, Recht und Handlung, 1987, 110 ss.

[67] KINDHÄUSER, Intentionale Handlung, 1980, passim; GA 1982, 477 ss.

[68] KINDHÄUSER, Intentionale Handlung, 1980, 175 s., 202 s., 211 ss. Posteriormente en FS-Puppe, 2011, 39 ss., o ZIS 2016, 584, habla de acción como "conducta que reposa en una decisión (realizada) contra al menos una alternativa".

[69] Cfr. muy especialmente la influyente obra de la discípula de Wittgenstein G. E. M. ANSCOMBE, Intention, 1980 (Intención, 1991), passim.

decisión sobre el suceso (de modo similar a la "finalidad potencial" de la primera etapa del finalismo y sujeta por eso a la misma crítica que aquélla[70]).

d) Conceptos significativos y adscriptivos de acción

En épocas modernas son múltiples los conceptos que, con diversos matices u orientaciones que parten casi siempre de la filosofía del lenguaje, sostienen la asignación de un carácter ***adscriptivo, o de sentido o de significado*** a la acción, es decir, que definir como acción un determinado movimiento humano supone *adscripción de significado*, concretamente de responsabilidad o que tiene un sentido o significado que le damos y comunicamos en el lenguaje:

Dado que el Derecho y las normas jurídicas se expresan como frases o proposiciones relativas a situaciones, pero también a actos y hechos humanos, o sea, en forma de lenguaje (aunque son algo más y distinto que sólo lenguaje, ya que las proposiciones jurídicas van acompañadas de la nota de coactividad o imposición por la fuerza[71]), no es de extrañar que en la teoría y filosofía del Derecho se haya acudido a la teoría y análisis del lenguaje[72], y dentro de ésta y de la filosofía analítica del lenguaje destaca la perspectiva de la filosofía pragmática del lenguaje o del lenguaje ordinario, encabezada por WITTGENSTEIN, y proseguida destacadamente por AUSTIN entre otros muchos, que frente al análisis descriptivo de los vocablos subraya su significado, que coincide con el uso con que se emplean, lo que se hace con ellos[73], lo que a su vez depende del propósito o intención del hablante, y del contexto social de su empleo[74], aportaciones

[70] Así con razón la crítica de JAKOBS, AT, 1983, 6/11, n. 43 (más abreviada en esa n. 43 en AT, 2.ª 1991 y PG, 1995).

[71] Por eso me parecen imprecisas y un tanto inadecuadas las múltiples caracterizaciones modernas de las normas jurídicopenales, sus instituciones y las sanciones penales como algo sustancialmente "comunicativo" o "dialogal".

[72] Así tb. ALCÁCER, LH-Ruiz Antón, 2004, 23 25, 27 ss.

[73] Cfr. WITTGENSTEIN, Philosophische Untersuchungen, 1.ª = Philosophical Investigations, 1953, n.º 43; Investigaciones filosóficas, 2008; vers. posterior 2017, n.º 43; AUSTIN, How to do Things with Words, 1962 = Cómo hacer cosas con palabras, 1998, passim.

[74] Así, considerando lo peculiar la intención, propósito o decisión, el acto interno, p. ej. KINDHÄUSER, Intentionale Handlung, 1980, 105 ss., passim; en la doctrina no penal: *Ross*, Lógica de las normas, 1971, 15; FEINBERG, en White, La filosofía de la acción, 1976, 159 s., destacando los intereses del que habla; VON WRIGHT, Explicación y comprensión, 1979, 111 ss.; ACERO/BUSTOS/QUESADA, Introducción, 1996, 28; AUSTIN, ¿Cómo hacer…?, 1998, 44; DASCAL, el Dascal (ed.), Filosofía del lenguaje II, 1999, 40 ss.; SEARLE, Intencionalidad, 1999, 91 ss., 110 ss. Destacan el contexto social en que se emplean los términos, su significado social ROSS, Lógica de las normas, 1971, 43; WINCH, The Idea of a Social Science, 1973, 116 ss.; CRUZ RODRÍGUEZ, ¿A quién pertenece…?, 1995, 224 s.; BUSTOS, en Cruz Rodríguez (coord.), Acción humana, 1997, 265; entre los penalistas p. ej. VIVES, Fundam, 1996, 203-205; en COBO/VIVES, PG, 5ª 1999, 379. Señala tanto la intención como el contexto social del uso del lenguaje ALCÁCER, LH-Ruiz

estas que han influido y encontrado importante recepción en la teoría y filosofía jurídica (destacadamente HART, ROSS)[75], y a través de ella o directamente también en parte de la doctrina jurídico-penal respecto del concepto de acción[76]. Se destaca que en el lenguaje en general y tb. en el jurídico, junto al uso descriptivo (de hechos) y al prescriptivo o directivo, hay un uso adscriptivo[77], o sea, de adscripción, asignación o atribución de significado, de expresión de un sentido[78], añadiendo un sector que la adscripción implica identificar que un hecho no es algo puramente natural, sino que tiene un autor y asignar por ello responsabilidad por ese hecho[79]. Mientras que muchos hablan del significado o sentido de la acción entendida ya como acción concreta realizada, con el contenido y el sentido que tiene para el autor y/o según el contexto social y del correspondiente orden

Antón, 2004, 22 s., 32 s., 35 ss., 40-42. Muy importante y peculiar la teoría de la acción comunicativa de HABERMAS, Theorie des kommunikativen Handelns, 1981, espec. t. I; Teoría de la acción comunicativa, 1987, I, basada en el significado lingüístico de la acción obtenido por consenso entre ciudadanos: v. *infra* n. 83.

[75] Cfr. HART, en Proceed. of the Arist. Society 49, 1948-49, 171 ss.; ROSS, Directives and norms, 1968 = Lógica de las normas, 1971; HIERRO SÁNCHEZ PESCADOR, AFD 12 1966, 189 ss.; FEINBERG, en White, La filosofía de la acción, 1976, 139 ss.; MELDEN, en Beckermann (ed.) Analytische Handlungstheorie, 2, 1977, 130 ss., 164 ss.; DE PÁRAMO, Hart y la filosofía analítica del Der., 1984; MOORE, Act and Crime, 1993; CRUZ RODRÍGUEZ, BUSTOS, cits. en n. anter.; GONZÁLEZ LAGIER, Las paradojas de la acción, 2001.

[76] Así entre otros HRUSCHKA, Strukturen der Zurechnung, 1976, 4 ss.; Rechtstheorie 22 1991, 449 ss.; ADPCP 1994-3, 343 ss.= en: Luzón/Mir (eds.), Causas de justificación y de atipicidad en DP, 171 ss.; SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión, 1986, 367; LH-Cerezo, 2002, 977 ss.; VIVES, Fundam, 1996, 197, 203 ss.; en COBO/VIVES, PG, 5ª 1999, 377-379; ALCÁCER, LH-Ruiz Antón, 2004, 22 ss., 28 ss.; PAWLIK, Normbestätigung, 2017, 24 ss.; Confirmación de la norma, 2019, 9, 31 ss.

[77] Así lo formula HART, The Ascription of Responsability and Rights, en Proceed. of the Arist. Society 49, 1948-49, 171 ss., 172, 186: el uso adscriptivo en el lenguaje atribuye o asigna derechos u obligaciones, o pertenencia de hechos y responsabilidad por los mismos, malos o buenos, con el consiguiente reproche o carácter laudatorio. Destacando igualmente la atribución o adscripción de autoría y la de responsabilidad y reproche o censura FEINBERG, en White, La filosofía de la acción, 1976, 139 ss., 155 ss., 160 ss.; WINCH, The Idea of a Social Science, 1973, 45 ss., 110 ss.; *Trying to make Sense*, 1987, 136 ss.; CRUZ RODRÍGUEZ, ¿A quién pertenece…?, 1995, 224 s.; ALCÁCER, LH-Ruiz Antón, 2004, 26 ss., exponiendo (28 ss.) la doc. citada.

[78] Así, además de HART, FEINBERG, WINCH, CRUZ, ALCÁCER, cits. en n. anter., HRUSCHKA, Strukturen der Zurechnung, 1976, 4 ss., 13; KINDHÄUSER, Intentionale Handlung, 1980, 94; SILVA SÁNCHEZ, LH-Cerezo, 2002, 977 s.; VIVES, Fundam, 1996, 203 ss., 207 s.; ALCÁCER, LH-Ruiz Antón, 2004, 26 ss., 38 ss.

[79] Cfr. p. ej. HART, en Proceed. of the Arist. Society 49, 1948-49, 172 ss., 185 ss.; FEINBERG, en White, La filosofía de la acción, 1976, 158 s., 160 ss.; KINDHÄUSER, Intentionale Handlung, 1980, 105 ss.; WEINBERGER, Studien zur … Handlungstheorie, 1983, 125 s.; WINCH, *Trying to make Sense*, 1987, 136; ALCÁCER, LH-Ruiz Antón, 2004, 28 ss., 36 ss. La idea se remonta a KANT, Metaphysik der Sitten, 1797 = Metafísica de las costumbres, 1985, nm. 223 (en la ed. españ. pp. 29 s.): "Se llama acto a una acción en la medida en que está sometida a leyes de la obligación, por lo tanto, también en la medida en que se considera al sujeto en ella desde la perspectiva de la libertad de su arbitrio. A través de un acto semejante se considera al agente como autor del efecto, y éste, junto con la acción misma, pueden imputársele …", nm. 227 (en ed. españ. p. 35): "imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción, que entonces se llama acto (*factum*) y está sometida a leyes"; basándose en él p.ej. HRUSCHKA, ADPCP 1994-3, 346 = en Luzón/Mir (eds.), Causas de justificación y de atipicidad, 1995, 175 s.; ALCÁCER, LH-Ruiz Antón, 2004, 36.

social[80]: cultural, jurídico, religioso, deportivo, v.gr. una acción de escribir una poesía, interpretar una música, firmar un contrato, dañar, rezar o realizar un salto de longitud, otros en cambio consideran que ya antes, en un primer nivel, se puede adscribir o asignar a un movimiento el significado o sentido de acción, aunque aún no examinemos su ulterior sentido concreto: el significado de un movimiento como acción es el de ser un acto debido a un ser responsable, un movimiento producido en el ámbito de la libertad de decisión y actuación (se sabe que entonces tiene el significado de acción, pero aún no se pregunta qué acción concreta es y qué significado concreto se le imputa o adscribe)[81].

Todos estos conceptos adscriptivos o significativos de la acción tienen declaradamente, en mayor o menor grado, carácter normativo, pues remiten a la calificación conforme a normas lingüísticas y sociales del significado o sentido adscrito a una actuación concreta incluyendo sus intenciones y efectos, significado negativo en las acciones dañosas que son la base de acciones penalmente tipificadas, o bien al menos remiten a la del sentido de un movimiento como acción con asignación de responsabilidad a un ser humano responsable. Más adelante –*infra* III 6. f– veremos la valoración que merecen estas concepciones.

Por ser bastante conocido y discutido en los últimos años en la doc. penal española e iberoamericana, cabe hacer mención especial a la denominada concepción significativa

[80] Así hablan del sentido o significado (social, jurídico, para el sujeto, etc.) de la concreta clase de acción efectuada teniendo en cuenta su contenido no sólo todos los que se citan en la n. sig. –que tb. hablan de significado de acción como tal, de que el sujeto hace, con independencia de qué es lo que hace–, sino en general todos los autores cits. en este apartado d) que defienden *conceptos significativos, que* en su mayoría acaban *coincidiendo sustancialmente con el concepto social de acción*.

[81] Así HART, Proceed. of the Arist. Society 49, 1948-49, 171 ss., 186: decir "él lo hizo" es adscribir responsabilidad, culpabilidad, acusar por la acción, por lo sucedido; MELDEN, Free Action, 1961, passim; Freie Handlungen, en Beckermann (ed.), Analytische Handlungstheorie, 2, 1977, 164 ss.; HRUSCHKA, Strukturen der Zurechnung, 1976, 13, 18; ADPCP 1994, 344 ss. = en Luzón/Mir (eds.), Causas de justificación, 1995, 174 ss., invocando y citando a filósofos del s. XVIII como CHR. WOLFF, DARIES y KANT, que ya distinguían del mero acontecer natural la imputación como *factum* o hecho suyo a un ser humano; KINDHÄUSER, Intentionale Handlung, 1980, 16, 123 ss., 202; WEINBERGER, Studien zur … Handlungstheorie, 1983, 126; VIVES, Fundam, 1996, 143, 197, 207 s.; en COBO/VIVES, PG, 5ª 1999, 379; GARZÓN VALDÉS, en Cruz/R. Aramayo (coords.), *El reparto de la acción, 1999, 181-183*; SEARLE, Razones para actuar, 2000, 108; SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión, 1986, 131; LH-Cerezo, 2002, 977 ss. Partiendo de la distinción de DANTO entre acciones básicas, que no precisan como antecedente una acción previa, y acciones complejas (DANTO, en White (ed.), The Philosophy of Action, 1968, 43 ss. = La filosofía de la acción, 1976, 67 ss.) defienden que el significado de una acción básica o simple es que se atribuye al movimiento el significado o cualidad de tener un agente responsable FEINBERG, en White (ed.), The Philosophy of Action, 1968, 110 ss.; La filosofía de la acción, 1976, 155 ss.; ALCÁCER, LH-Ruiz Antón, 2004, 34 ss., 39-42 (asignación de significado o sentido de primer orden o nivel, el ámbito de la responsabilidad y libertad del acto del ser humano frente al de la ley natural de la determinación, o de segundo orden).

de VIVES, que ha formulado y desarrollado un "***concepto significativo***" de acción (o teoría significativa de la acción, o de la acción significativa)[82], basado en la teoría de HABERMAS[83], según el cual importa el sentido de la acción, pero no su sentido social como en la teoría social, sino su significado lingüístico, que se obtiene mediante el diálogo, y en su caso consenso, con otros sujetos a los que se trata como iguales, con dignidad y por tanto como personas; de ahí se quiere extraer consecuencias para impregnar todo el sistema del delito en el respeto a los derechos de la persona. Nuevamente estamos ante un concepto normativo, del que se quieren extraer consecuencias normativas para todo el sistema del delito, un sistema significativo de imputación y de delito[84], que ya estarían anticipadas por la concepción de la propia acción.

e) El concepto personal de acción: manifestación de personalidad al exterior

***1) El concepto personal de acción de* ROXIN**

Usando el nombre de "teoría personal de la acción" ya empleado en 1965 por ARTHUR KAUFMANN[85], ROXIN en su manual (AT I, 1.ª ed. 1992, 5.ª 2020, con antecedentes en trabajos anteriores) desarrolla ampliamente el que denomina "**concepto personal de acción**"[86], según el cual acción es una "**manifestación de la personalidad**"[87]; considerando además que tal concepto es el más adecuado para cumplir

[82] Cfr. VIVES ANTÓN, Fundamentos del sistema penal, desde la 1.ª ed., 1996, 205 ss.; hasta la última ed., 2010; COBO/VIVES, PG, 5.ª 1999, 378-380; aparte de ello las obras de VIVES cits. en bibl. Y así p.ej. MIR, PG 10.ª 2015/16, 7 22 sólo menciona la concepción significativa de acción de VIVES (igual yo mismo en mi PG, 3.ª 2016, 10/36, por tratarse de un manual más abreviado) y no los restantes conceptos significativos, que hemos visto que cuentan con tantos partidarios.

[83] Theorie des kommunikativen Handelns, 1981, espec. t. I; Teoría de la acción comunicativa, 1987, 136 ss., 351 ss. Defendiendo un concepto "social-comunicativo de acción" REYES ALVARADO, LH-Jorge Barreiro, 2019, 729 ss.

[84] Cfr., aparte de las obras de VIVES cits en bibl., siguiéndolo, MARTÍNEZ-BUJÁN, RECPC 1-13 1999; LH-Barbero I, 2001, 1162 s.; El contenido de la antijuridicidad, 2013, 48-51; DPEcon PG, 4.ª 2014, 437 ss.; La autoría en DP, 2019; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, Comp PG, de 1.ª 2004, 127 ss., a 9.ª 2022, 213 ss.; E. GÓRRIZ ,Proyecto docente e investigador, Univ. Jaume I, 2005, 364 s.: sigue a Mt. Buján BUSATO, LH-Díaz Pita, 2008, 479 ss.; PG, 3.ª 2017, 250 ss. (concepción significativa de la acción), 233 ss. (sistema significativo de la imputación y del delito); tb. RAMOS VÁZQUEZ, Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito, Estudio preliminar de Vives, pról. Martínez-Buján, 2008; GONZÁLEZ CUSSAC, Lenguaje y dogmática penal, 2019.

[85] Cfr. KAUFMANN, *Arth.*, Die ontologische Struktur der Handlung. Skizze einer personalen Handlungslehre, FS-H. Mayer, 1966, 79 ss., 101: acción como "objetivación de la persona". Lo reconoce ROXIN, AT I, 4.ª, 2006, § 8/46 s.; PG I, 2.ª, 1997, § 8/44 s.; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 8/46 s. (pero rechazando con razón la concreción de KAUFMANN cit, 116, de que la acción ha de ser una configuración "responsable" de la realidad).

[86] ROXIN, AT I, 1.ª/2.ª 1992/94, § 8/42 ss.; 4.ª, 2006, § 8/44 ss.; PG I, 2.ª, 1997, § 8/42 ss.; ya anticipado en ROXIN, GdS-Radbruch, 1968, 262 ss.; StOn-Delitala, III, Milano 1984, 2087 ss.; y después en LH/GdS-Dedes, 2013, 250 ss.; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 8/44 ss.

[87] ROXIN, AT I, 1.ª 1992/2.ª 1994 (PG I, 1997), § 8/42 ss.; 3.ª 1997/4.ª 2006, § 8/44 ss.; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 8/44 ss.

las funciones que debe desempeñar la acción como elemento básico del delito, como elemento de unión respecto de las otras categorías del delito y como elemento límite o delimitador[88] (cuestiones que aquí no es posible desarrollar). Que sea una manifestación de la "*personalidad*" supone que se le pueda atribuir al hombre como centro anímico-espiritual de actuación, es decir, que la conducta esté sometida al control del yo, a la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano, de la "persona", lo que no sucede en los efectos que parten de la esfera puramente corporal, somática, material o animal del hombre[89]; y que se trate de una "*manifestación*" de la personalidad requiere que el pensamiento o la voluntad salgan de lo interno y se pongan en relación con el mundo exterior[90].

Aunque a veces ROXIN habla, para excluir la acción, de "manifestaciones que no son dominadas o dominables por la voluntad y conciencia"[91], no obstante, prefiere finalmente prescindir de la exigencia de conciencia y voluntad o voluntariedad[92] y sustituirla por la más genérica de 'manifestación de la personalidad'.

En efecto, por una parte, considera que en casos como los de actos automatizados, reacciones espontáneas defensivas (cuasi-reflejas) o actos instantáneos por "afectos" o estímulos pasionales sumamente intensos fracasan criterios como el de la voluntariedad o el de la finalidad si se los une a una clara conciencia, ya que se trata más bien de una "finalidad inconsciente" (como la denomina STRATENWERTH[93]); pero en cambio, todos esos supuestos suponen manifestaciones de la personalidad y por tanto acciones[94]. Y, sobre todo, ROXIN insiste en que en el caso de la omisión por olvido (por imprudencia inconsciente) no hay en absoluto conciencia de la llamada de la norma, ni tampoco –como pretenden otras caracterizaciones de la acción– una respuesta a posibilidades de actuación

[88] Cometidos ya formulados por MAIHOFER, Der Handlungsbegriff, 1953, 6 ss. y reproducidos por gran parte de la doc. demúltiples países. Cfr. ROXIN, AT I, 1.ª 1992/2.ª 1994 (PG I, 1997), § 8/1-4, 47-66; 3.ª 1997/4.ª 2006, § 8/1-4, 51-75; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 8/1-4, 51-75.

[89] ROXIN, AT I, 1.ª 1992/2.ª 1994 (PG I, 1997), § 8/42; 3.ª 1997/4.ª 2006, § 8/44; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 8/44.

[90] ROXIN, AT I, 1.ª 1992/2.ª 1994 (PG I, 1997), § 8/42; 3.ª 1997/4.ª 2006, § 8/44; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 8/44.

[91] Cfr. ROXIN y ROXIN/GRECO, cits. en la n. anter.

[92] Cfr. ROXIN, ROXIN, AT I, 1.ª 1992/2.ª 1994 (PG I, 1997), § 8/44 s., 64, 68; 3.ª 1997/4.ª 2006, § 8/47, 49, 72, 76; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 8/47, 49, 72, 76.

[93] STRATENWERTH, Unbewußte Finalität?, FS-Welzel, 1974, 289 ss.

[94] ROXIN, AT I, 1.ª 1992/2.ª 1994 (PG I, 1997), § 8/60-64, 68; 3.ª 1997/4.ª 2006, § 8/67-72, 76; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 8/67-72, 76.

o una elección o adopción con sentido de una posibilidad de actuación[95], y en cambio tal olvido sí puede considerarse como una manifestación de la personalidad, sí que se le puede imputar en el campo prejurídico a cualquiera como obra suya, y por tanto es una acción[96].

ROXIN destaca que tal concepto de acción es prejurídico e intenta coincidir plenamente con la realidad de la vida, con las concepciones naturales de la vida sobre lo que son acciones humanas[97]; no es puramente naturalístico como el concepto causal (que prefiere denominar "concepto natural de acción"), ni reduccionista como el concepto final, ni tampoco normativista, como el concepto negativo u otros[98]. Pero reconoce que, sin ser normativista, el concepto personal de acción es un concepto normativo, porque la manifestación de la personalidad designa de antemano el aspecto valorativo decisivo para el examen jurídico de la acción [99], y, en segundo lugar, porque hay zonas límite, concretamente algunos supuestos de omisión, en que tiene que atender a la valoración jurídica[100]: "en efecto, una omisión sólo se convierte en manifestación de la personalidad por la existencia de una expectativa de acción", pues no hay manifestación de la personalidad si el sujeto no hace innumerables actuaciones absurdas, como subirse a las farolas, abofetear sin motivo a los peatones, etc., que teóricamente son posibles, pero que nadie espera que haga; ahora bien, las expectativas de actuación, "que convierten una 'nada' meramente existente como posibilidad conceptual en una manifestación de la personalidad", normalmente son ya expectativas sociales, y por tanto prejurídicas y anteriores a lo típico, pero en algunos campos, como en el Derecho penal accesorio, es un precepto jurídico lo único que crea una expectativa –un deber– de actuación, y en esos supuestos solamente la valoración jurídicopenal fundamenta el carácter de manifestación

[95] ROXIN, AT I, 1.ª 1992/2.ª 1994 (PG I, 1997), § 8/44; 3.ª 1997/4.ª 2006, § 8/47; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 8/47.

[96] ROXIN, AT I, 1.ª 1992/2.ª 1994 (PG I, 1997), § 8/44 s.; 3.ª 1997/4.ª 2006, § 8/47, 49; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 8/47, 49.

[97] ROXIN, AT I, 1.ª 1992/2.ª 1994 (PG I, 1997), § 8/67 y 8/2 s.; 3.ª 1997/4.ª 2006, § 8/75 y 2 s.; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 8/75 y 2 s.

[98] Cfr. ROXIN, AT I, 1.ª 1992/2.ª 1994 (PG I, 1997), § 8/10-41; 3.ª 1997/4.ª 2006, § 8/10-43; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 8/10-43f.

[99] ROXIN, AT I, 1.ª 1992/2.ª 1994 (PG I, 1997), § 8/67; 3.ª 1997/4.ª 2006, § 8/75; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 8/75.

[100] ROXIN, AT I, 1.ª 1992/2.ª 1994 (PG I, 1997), § 8/51, 67; 3.ª 1997/4.ª 2006, § 8/55, 75; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 8/55, 75.

de la personalidad, es decir de acción, del no hacer del sujeto, convirtiéndolo en omisión[101].

2) Concepciones próximas al concepto personal

El propio ROXIN señala que hay otros conceptos de acción próximos a su concepto personal, destacando sin embargo ciertas diferencias[102]. De ellos conviene simplemente reseñar algunos: RUDOLPHI, apoyándose en ROXIN, habla de atribuibilidad personal[103]. ARTHUR KAUFMANN propone también una "teoría personal de la acción" como objetivación de la persona[104]. GIMBERNAT (1987), modificando parcialmente el concepto causal de acción que hasta entonces había defendido, propone un supraconcepto de "comportamiento", como relación del hombre como ser espiritual con el mundo exterior, que presupone, en vez de voluntariedad, primero, que el yo se halle en situación de consciencia, y, segundo, que sea posible físicamente otra actuación, que no esté físicamente condicionado de manera necesaria[105]; el comportamiento puede ser activo o pasivo (manejo activo o pasivo de procesos causales), y el comportamiento pasivo –que es una categoría anterior a la de la omisión, que presupone además un juicio axiológico negativo sobre el comportamiento pasivo– consiste en un "manejo de procesos causales dejando que sigan su curso", como p.ej. el masoquista que no toma un analgésico ante un dolor agudo, el tenista que gana un punto dejando que la pelota lanzada por el contrario caiga fuera de las líneas, o la persona que quiere adelgazar no comiendo frutos secos[106]. HRUSCHKA (1976) caracteriza la acción como aplicación por un sujeto de una "regla" (una regla de la experiencia, la lógica, la gramática, el juego, etc.)[107]. Dentro del concepto social de acción, JESCHECK precisa que conducta es una libre respuesta a posibilidades de

[101] Así ROXIN, AT I, 1.ª 1992/2.ª 1994 (PG I, 1997), § 8/51 s.; 3.ª 1997/4.ª 2006, § 8/55 s.; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 8/55 s.

[102] Cfr. en detalles ROXIN, AT I, 1.ª 1992/2.ª 1994 (PG I, 1997), § 8/43-46; 3.ª 1997/4.ª 2006, § 8/46-50; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 8/46-50a. Especial proximidad en RUDOLPHI, ARTH. KAUFMANN y JÄGER, cits. en las dos n. sigs.; tb. en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 1.ª 1993, 205.

[103] RUDOLPHI, SK I, 1.ª 1975 a 5.ª 1990, antes del § 1/17 ss. Similar JÄGER, SK I, 9.ª 2017, antes del § 1/31 (invocando a ROXIN en n. 144), 36 ss.: conducta personalmente atribuible o imputable.

[104] KAUFMANN, ARTH., FS-H. Mayer, 1966, 79 ss., 101; tb. en su: Schuld und Strafe 1966, 25 ss.; similar MAIWALD, ZStW 86 1974, 626 ss., 655.

[105] GIMBERNAT, ADPCP 1987, 579 ss.

[106] ADPCP 1987, 584 ss., 598. Por cierto, MIR, PG 10.ª 2015/16, 7/22 n. 22 dice que yo (en Curso PG, 1996, 265 ss.) considero tb. "personal el concepto de acción de GIMBERNAT", lo que no es exacto: lo incluyo (en Curso PG, 1996, 264 s.) entre los conceptos que el propio ROXIN califica de próximos al personal.

[107] HRUSCHKA, Strukturen der Zurechnung,1976, 25 ss.

acción disponibles[108], y, de modo similar, E.A. WOLFF como elección o adopción, libre y con sentido, de una posibilidad de acción abierta al individuo y otras definiciones como decisión o elección entre alternativas o posibilidades[109]. E incluso ROXIN[110] ve una cierta proximidad de los conceptos intencionales de acción con el suyo.

3) Valoración

A continuación veremos la valoración que merece el concepto personal de acción.

6. Toma de posición. Acción o conducta como manifestación activa o pasiva de voluntad humana al exterior: concepto personal-humano de acción[111]

a) Coincidencia con las concepciones usuales y científicas: manifestación externa activa o pasiva de voluntad, no simplemente de personalidad

Resumiendo indicaciones que he ido efectuando al examinar los diversos conceptos de acción, el concepto de acción o conducta, por una parte, debe destacar los elementos característicos y diferenciales de la actuación humana, pero por otra parte, debe intentar coincidir al máximo con lo que consideran acciones o conductas tanto las concepciones usuales en la sociedad (lo que ROXIN llama la "realidad de la vida", las "concepciones naturales de la vida") como cualesquiera otras disciplinas científicas, y por tanto no excluir anticipadamente actuaciones que conforme a esa concepción amplia sí son acciones por criterios normativos reduccionistas (sociales, jurídicos o jurídicopenales) o por criterios ontológicos también reduccionistas (como la exigencia de causación de resultados o la de finalidad). Para esas características quizás el nombre más adecuado sea el propuesto por ROXIN y ARTHUR KAUFMANN de "concepto *personal* de acción"; pero a mi juicio el contenido de la "manifestación de la personalidad" al exterior ha de concretarse más, precisamente en el sentido de las últimas formulaciones del concepto

[108] JESCHECK, FS-Eb. Schmidt, 1961, 151 ss.; AT, 4.ª, 1988 (Tratado PG, 1981), § 23 IV 1; WEIGEND lo deja sólo en "respuesta a posibilidades..." en JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª, 1996, § 23 IV I.

[109] WOLFF, Der Handlungsbegriff, 1964, 17; GdS-Radbruch, 1968, 291 ss. Entienden tb. la acción como decisión o elección entre posibilidades con diversas fórmulas KINDHÄUSER (ya visto en los conceptos intencionales *supra* n. 68), Intentionale Handlung, 1980, 175 s., 202 ss.; FS-Puppe, 2011, 39 ss.; ZIS 2016, 584; JOERDEN, FS-Yamanaka, 2017, 427 ss.; RENZIKOWSKI, en Matt/Renzikowski, StGB, 2.ª 2020, antes de § 13/52.

[110] ROXIN, AT I, 1.ª 1992/2.ª 1994 (PG I, 1997), § 8/46; 3.ª 1997/4.ª 2006, § 8/50; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 8/50.

[111] En mi Curso PG I, 1996, 265-273, y en LH-Casabó, II, 1997, 160 ss., anticipé ya una gran parte de lo que a continuación expongo: mi toma de posición (sólo que hablando únicamente de concepto "personal" de acción sin precisar que es un concepto personal-humano), junto con la valoración del concepto personal de ROXIN y la recapitulación de la valoración de otras concepciones, en parte ya expuesta al examinar las mismas. Después, llamándolo ya concepto personal (humano) o personal-humano, en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 12/43-56.

causal de acción como ***manifestación de voluntad humana al exterior***, que a su vez ***puede consistir en una conducta humana activa*** –movimientos– ***o, más raramente, pasiva*** –inmovilidad– impulsada, ordenada por la voluntad. Y como, a diferencia del ser humano, la persona jurídica no tiene auténtica voluntad propia, sino que es la voluntad de sus representantes o directivos la que decide y ejecuta sus "actos", debe aclararse que estamos hablando del **concepto personal-humano de acción**.

b) Control de la voluntad humana

Lo que caracteriza y diferencia las conductas o actuaciones del hombre de los fenómenos naturales o de los actos animales es su dependencia de la voluntad humana –concepto más amplio que los de finalidad o intencionalidad–, que a su vez presupone la situación de consciencia (e inteligencia) del aparato cerebral y del sistema nervioso central, es decir, de la instancia anímica-espiritual que en la terminología psicoanalítica –utilizada p.ej. por GIMBERNAT o ROXIN– se denomina el "yo"[112]. Ello supone que no son acciones humanas las manifestaciones activas o pasivas procedentes de impulsos del sistema neurovegetativo, sin control cerebral, o procedentes exclusivamente de la parte inconsciente del sistema cerebral sin control de la consciencia y voluntad. Y al igual que aquí hay que dejar de lado la cuestión de si ello supone un alma inmortal, que es un problema religioso sobre el que no hay consenso, tampoco importa aquí si esa conducta voluntaria es o no libre, en el sentido de condicionada o no por determinadas motivaciones (tanto en general –problema del determinismo o indeterminismo– como en el caso concreto de un cierto sujeto en determinadas circunstancias), pues, como critica con razón ROXIN a quienes exigen para la acción una libre respuesta o elección, eso es un problema de culpabilidad, pero, aunque no sea culpable, la actuación dependiente de la consciencia y voluntad es una acción; no lo será, en cambio, si la actuación no depende de ello, si no es físicamente libre, es decir, si el sujeto físicamente no podía decidir si llevar o no a cabo esa actuación.

Ahora bien, el movimiento o inmovilidad ha de ser *ordenado, controlado por la voluntad humana*, y aquí estriba mi coincidencia con las últimas formulaciones amplias del concepto causal, y mi discrepancia parcial con las formulaciones del concepto personal que quieren prescindir de la voluntad, sustituyéndola por conceptos más amplios

[112] Así, además de GIMBERNAT, cit. *supra* en n. 105, ROXIN, AT I, 1.ª 1992/2.ª 1994 (PG I, 1997), § 8/42; 3.ª 1997/4.ª 2006, § 8/44; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 8/44.

e indeterminados como el de manifestación de la personalidad o del yo (ROXIN) o relación del yo en estado consciente con el mundo exterior (GIMBERNAT). Veamos las diversas razones de ese rechazo de la exigencia del control por la voluntad:

c) Rechazo del control por la voluntad por las peculiaridades de los actos automatizados, o por impulsos defensivos o pasionales. Respuesta

Por una parte, ese frecuente rechazo a exigir control por la voluntad se basa en que en una serie de actuaciones, como los actos automatizados, los movimientos defensivos impulsivos o cuasi-reflejos, o los actos debidos de modo instantáneo a impulsos pasionales extremos, se considera que no hay una clara voluntad consciente, sino una "finalidad inconsciente" o una situación de "co-consciencia" o de "pre-conscienciencia", y sin embargo son acciones. Pues bien, incluso en esos casos los movimientos responden a órdenes de la voluntad. Los movimientos impulsivos defensivos, p. ej. agitar la mano, cerrar los ojos o esquivar con la cabeza o el cuerpo al ver acercarse repentinamente una avispa o un objeto peligroso, ciertamente no necesitan una gran reflexión y se producen a enorme velocidad, pues en gran parte se han automatizado al servicio del instinto de conservación y de evitar el dolor, pero presuponen precisamente la percepción del peligro por la consciencia y obedecen a un impulso cerebral, a una orden de la voluntad, pues de no haber advertido previamente la consciencia del sujeto el peligro, sólo se produciría posteriormente un acto reflejo (del sistema neurovegetativo, sin control cerebral) en caso de que efectivamente el objeto atacara el organismo; además, por determinados motivos la voluntad del sujeto puede ordenar evitar tales movimientos defensivos, lo que en cambio es mucho más difícil y no siempre controlable con las reacciones reflejas de dolor. De modo similar, los actos debidos a pasiones extremadamente fuertes suponen conciencia y mínima comprensión de la situación y responden a una orden de la voluntad, aunque la decisión no sea reflexiva y se tome a gran velocidad; otra cosa es que pueda estar disminuida o excluida la culpabilidad por la perturbación y anormalidad de la capacidad de motivación del sujeto, lo que también puede suceder en el caso anterior de los movimientos defensivos. Por último, en los actos automatizados, que se producen en múltiples conductas humanas, como caminar, correr, saltar, comer o conducir un vehículo, gracias al aprendizaje del control y ensamblaje de los movimientos aislados, es cierto que por ello normalmente no se produce una mínima reflexión y observación de cada movimiento concreto, respecto del cual hay más bien lo que PLATZGUMMER

denominó (en relación con el dolo) la co-consciencia[113] (o paraconsciencia[114]), pero el sujeto es consciente del conjunto de la actividad (andar, comer, conducir el vehículo, etc.) compuesta por los movimientos parciales, y cada uno de éstos obedece a una orden cerebral, a un impulso de la voluntad conforme a un orden previamente aprendido y actualizado en el caso concreto; pero precisamente por esa dependencia en conjunto de la consciencia, ésta puede en ocasiones fijarse sobre cada movimiento aislado y la voluntad puede controlar reflexivamente cada uno de ellos y modificar su ritmo, orden o forma de realización. Y en aquellos casos, más raros, en que la consciencia no abarque en absoluto ni siquiera el conjunto de la actividad automatizada, porque la misma se realice en estado de sonambulismo o porque se deba exclusivamente a impulsos de lo inconsciente sin pasar por el umbral de la conciencia, entonces hay que negarle el carácter de acción humana.

En definitiva, puede haber formas mínimas de voluntad consciente, sin reflexión pausada o individualizada, como las que se dan en estos casos, pero que son suficientes para afirmar la existencia de acción.

d) Rechazo del control por la voluntad por los problemas de la conducta imprudente u omisiva. Respuesta

Por otra parte, el rechazo de la exigencia de la voluntariedad o control por la voluntad se debe en muchos casos, y como razón aún más decisiva que las de los problemas indicados en el apartado anterior, a los problemas que plantea el ligar la voluntariedad a los supuestos de conducta imprudente o de omisión.

d. 1) A ese respecto, las dificultades surgen si y porque no se examina la conducta (activa o pasiva) en sí misma, sino en relación con los cursos causales –dañosos– que desencadena o que no evita y –se diga expresamente o no– con la relevancia social y jurídica que por ello adquiere. Para responder a esta posición, y a las dificultades con que tropieza, tenemos que entrar ya en el examen de la *parte objetiva de la acción*, es decir, en qué consiste la manifestación externa de voluntad humana.

---

[113] *"Mitbewußtsein", término propuesto por* PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, 1964, 4 ss., 190.*

[114] Así propone VENTURA, PJ 29-1993, 167 ss., traducir "Mitbewußtsein", en lugar de la traducción usual de "coconsciencia".

Tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes es muy frecuente considerar acción, no a la actividad del sujeto como tal, sino unida al curso causal y al resultado que provoca o, en los delitos de mera actividad, unida a las cualidades y circunstancias de la misma que suponen su carácter de conducta desvalorada y prohibida. Si el hecho es doloso, no hay problema para afirmar que la voluntad abarca también el curso causal o la cualidad desvalorada de la acción. Pero como ello no sucede en caso de imprudencia, pues no hay voluntariedad respecto del curso causal o la cualidad disvaliosa, entonces un sector recurre a la fórmula de que se trata de una conducta "controlable" o "dominable"[115] por la voluntad, es decir que acción es la conducta controlada o dominada (la dolosa) o controlable o dominable (la imprudente) por la voluntad, en este último caso, por cierto, en el sentido de que la voluntad podría, no producir el hecho, sino evitar que se produzca empleando el cuidado debido. Y naturalmente que a estas fórmulas se les ha de objetar (al igual que la crítica a la "finalidad potencial") que la controlabilidad o dominabilidad es mera posibilidad de control o dominio, pero aún no control o dominio efectivo[116] por la voluntad.

Aún más frecuente es definir la conducta en la omisión, no por la actividad o pasividad realizada, sino por la acción no realizada por el sujeto, es decir como la no realización de una determinada acción (posible, con sentido y esperada); y ello incluso entre quienes rechazan que en los hechos comisivos haya que unir la acción a sus consecuencias y circunstancias que le dan relevancia social, como es el caso de ROXIN, que rechaza[117] que determinadas circunstancias como la causalidad, finalidad, resultado o relevancia social sean importantes para la acción si no guardan conexión con la manifestación de la personalidad. Pero en la medida en que entiende –coincidiendo con la concepción indicada– que en el caso de la omisión la manifestación de la personalidad consiste precisamente en no realizar una determinada acción, posible y esperada (debida), en el caso de la omisión por imprudencia inconsciente, por olvido de la conducta debida

[115] Así p. ej. MAIHOFER, FS-Eb. Schmidt, 1961, 178: "toda conducta objetivamente dominable…"; y en ese sentido tb. la insistencia en la evitabilidad en los conceptos negativos de acción. Cfr. muy ampliamente sobre los criterios manejados en la doc. alemana para la autoría imprudente ROSO CAÑADILLAS, Autoría y participación imprudente, Granada, Comares, 2002, 135 ss. sobre el de la dominabilidad en Bruns, Stratenwerth, Maurach/Gössel, Franzheim, Stauffacher o Bloy, y 176 ss., 195 ss. sobre el criterio de la controlabilidad en Otto y Diel.

[116] ROXIN, AT I, 1.ª 1992/2.ª 1994 (PG I, 1997), § 8/49; 3.ª 1997/4.ª 2006, § 8/52; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 8/52.

[117] Así, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría en DP, 1991, 599; LH-Roxin (Barcelona), 1997, 314; BOTTKE, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992, 28 s.; ROSO, Autoría y participación imprudente, 2002, 164; LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 268; LH-Casabó, II, 1997, 163; Lecc PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 10/48-50.

por parte del sujeto obviamente concluye que no hay la más mínima voluntad consciente de no realizar la conducta esperada, por lo que recurre a considerar el "olvido" como manifestación de la personalidad para poder afirmar la existencia de acción[118].

d. 2) Frente a estas concepciones hay que afirmar que, para la existencia de una acción o conducta humana, basta con la manifestación activa o pasiva de la voluntad humana, considerada en sí misma, con independencia de su relación o no con procesos causales o de otras circunstancias que influyan en su relevancia social o en su caso jurídica. Y esa ***voluntad respecto de la conducta activa o pasiva en sí misma puede perfectamente existir aunque no haya voluntad consciente de realizar una imprudencia y sus efectos o de estar omitiendo*** cumplir un deber.

d. 3) Por eso, en el caso de hechos comisivos imprudentes, puede afirmarse perfectamente que un movimiento o conjunto de movimientos es querido, abarcado y dominado (al menos en su inicio) por una orden de la voluntad, aunque naturalmente ésta no se extienda al curso causal o a la dirección del movimiento[119], o –en los delitos de pura

[118] ROXIN, AT I, 1.ª 1992/2.ª 1994 (PG I, 1997), § 8/44 s.; 3.ª 1997/4.ª 2006, § 8/47, 49; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 8/47, 49.

[119] Por eso no comparto la argumentación de GIMBERNAT (ADPCP 1987, 587 s.) de que, con tal de que el yo consciente mantenga su "capacidad de motilidad", hay comportamiento "aunque la acción, como tal, no sea querida", lo que sucede en el movimiento de quien, queriendo alcanzar un frasco con una sustancia inocua, equivoca la trayectoria de su mano y vierte el recipiente de al lado con material inflamable provocando un incendio; añadiendo que tanto la doctrina causal como la final de la acción tendrían serias dificultades para fundamentar que hay comportamiento, "pues la concreta dirección de la mano ni fue 'querida' ni 'finalmente dirigida' ". Pero lo decisivo es que *el movimiento de la mano como tal* (y en este ejemplo incluso su sentido de acción de alcanzar o agarrar un recipiente, lo que ya no sería imprescindible para la existencia de acción) *sí que es querido* y debido a la voluntad, mientras que es indiferente si ésta abarca o no la concreta dirección de la acción y el curso causal provocado. Y por cierto que esta posición puede mantenerse desde el concepto causal de acción, pues cuando en éste se habla de conducta activa o pasiva dependiente de la voluntad, cabe perfectamente entender –máxime cuando en esa teoría el contenido exacto de la voluntad se deja para el dolo– que lo que se exige es querer una actuación, aquí voluntad de mover la mano, pero no de mover la mano en esa dirección (hacia ese objetivo, que ya sería finalidad).

Si se observa, estos supuestos de movimientos erróneos (tb. denominados –junto con otros casos– en terminología psicoanalítica "actos fallidos": *Fehlleistungen*, según apunta GIMBERNAT, ADPCP 1987, 587 n. 19, 599; ADPCP 1997, 8-9 n. 14) suponen una excepción a la regla general de que en la acción el movimiento mismo es –totalmente– controlado o dominado por la voluntad; aquí el movimiento sólo es controlado en su inicio, pero en cualquier caso es un movimiento ordenado, impulsado por la voluntad consciente, aunque luego su dirección o desarrollo se desvíe de lo previsto por el sujeto. (Todo lo expuesto en los dos párrafos anteriores ya en mi Curso PG, 1996, n. 7, 268 s.).

Tb. MIR, ADPCP 1988, 668 n. 13 a, señala frente a Gimbernat que parece difícil negar que "en los actos fallidos... por lo menos se quiere *mover* el cuerpo de algún modo". GIMBERNAT, ADPCP 1997, 8-9 n. 14, nos replica que tal objeción "desconoce que los actos fallidos en sentido psicoanalítico se caracterizan, precisamente, porque no es el Yo (la voluntad), sino el Ello (el Inconsciente) el que dirige el movimiento corporal", y cita el ejemplo de Freud de los casos en que, visitando como médico el domicilio de pacientes, en vez de llamar a la puerta sacaba del bolsillo las llaves de su casa, hasta que advertía su error y las volvía a guardar, error que Freud interpretaba en el sentido de que en casa de ciertos pacientes con los que se

actividad– a las circunstancias que lo acompañan y lo convierten en actividad desvalorada (pues con respecto a las circunstancias, cualidades y consecuencias de la actividad en sí misma efectivamente ya habrá que afirmar que son dominables o controlables por la voluntad, pero que no son dominadas ni abarcadas por la misma).

d. 4) Y en cuanto a la omisión –que es un concepto normativo que supone la no realización de una acción debida–, la acción base de la omisión (sea ésta un delito o no) no es la no realización de una determinada conducta, es decir, algo inexistente, no efectuado, sino precisamente la conducta activa o pasiva realizada. Como pone de manifiesto un sector (ya desde BELING, y entre nosotros especialmente SILVA, MIR, CEREZO, LACRUZ, ROSO o yo mismo)[120], en muchas, incluso en la mayoría de las

encariñaba se encontraba como en su casa. En primer lugar, GIMBERNAT cambia ahora el ejemplo y prescinde del caso del movimiento de la mano equivocando la trayectoria para agarrar un frasco, que era el único ejemplo que en 1987 manejaba y calificaba de acto fallido (y en el que, por cierto, no está claro si el fallo en la trayectoria responde a algún significado oculto ordenado por lo inconsciente –acto fallido en sentido psicoanalítico– o si simplemente se debe a precipitación o descuido en la ejecución del movimiento); deja por tanto sin contestar la objeción de que el movimiento inicial de la mano e incluso su sentido de ir a agarrar un frasco sí es ordenado por la voluntad (¿o acaso no es la voluntad consciente, sino lo inconsciente, quien da la orden, el impulso de mover la mano?). Y en cuanto a los "actos fallidos en sentido psicoanalítico" propiamente dichos (en los que se interpreta que el error tiene un significado velado para la consciencia y responde a impulsos de lo inconsciente), que en 1997 utiliza como ejemplos, como los errores al sacar las llaves propias ante una casa ajena, nos sitúan en un campo límite: en el que aún puede haber acción o conducta, si el acto en sí mismo (p.ej. el sacar las llaves) ha sido ordenado por la voluntad consciente (el sujeto es consciente, siquiera sea mínima y fugazmente, de que va a sacar las llaves y de que las saca), aunque no se llegue a ser consciente del significado o sentido del acto, objetivamente equivocado, fallido, y cuyo significado oculto o motivación procede de lo inconsciente; o, por el contrario, no habrá acción o conducta si el propio movimiento "fallido" (sacar las llaves, decir una palabra absolutamente equivocada e involuntaria) responde exclusivamente a un impulso de lo inconsciente del que el sujeto no llega a tener conciencia: la situación es entonces la misma que la expuesta *supra* III 6. c) en casos de actividad automatizada que "se deba exclusivamente a impulsos de lo inconsciente sin pasar por el umbral de la conciencia".

[120] BELING, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, 16 s., señala ya que tanto la inactividad como incluso la actividad como formas de conducta pueden contemplarse en el campo del tipo como omisión de algo (cfr. destacándolo SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión, 1986, 25; LACRUZ, Comportamiento omisivo, 2004, 96). Subraya con especial énfasis y reiteradamente que en la mayoría de las omisiones la conducta realizada es una acción positiva MIR, PG, 10.ª 2015 (ya en las eds. anteriores), 7/33, 12/2; igual LUZÓN PEÑA, Curso PG, 1.ª 1996, 269 ss.; Lecc PG, 3.ª 2016, 10/51 s., 30/4, 10; ForFICP 2022-1, 21 y n. 6; CEREZO, Curso III, 2001, 256 n. 19; Curso II, 6.ª 1998, 39 n. 53; PG, 2008, 976 n. 19, 334 n.53; LACRUZ, Comportamiento omisivo, 2004, 128 ss., 412 s.; ROSO, El delito comisivo omisivo, en Luzón Peña (dir.), LH-Roxin, Lima, U.Inca Garcil. Vega, 2018,(240 ss.) 241 s. n.1, 242 ss.; A vueltas con la terminología: en busca de la precisión terminológica entre lo comisivo y lo omisivo, LLP 146 2020, 1 s., 3 ss. Hablan incluso de que en toda omisión subyace una conducta o acción positiva distinta de la debida KOLLMANN, Die Stellung des Handlungsbegriffs, 1908, 158 ss., 164; FS-v. Liszt, 1911, 128 (aunque en esta misma p. dice que la conducta realizada puede ser de cualquier clase; es decir positiva, pero también pasiva); RÖDIG, Die Denkform, 1969, 82 s.; HAFFKE, ZStW 87 1975, 52 s.; SILVA, El delito de omisión, 1986, 76 s., 165, passim, que llega a decir incluso (165) que "en la base del juicio de imputación omisiva se hallan siempre acciones"; similar BACIGALUPO, Delitos impropios de omisión, 1970, 2.ª 1983, 75 ss.; Principios, 5.ª 1998, 389: en los delitos de omisión se sanciona la realización de una acción que no es la ordenada por el derecho, 390: el que omite cumplir un mandato de acción a la vez realiza otro comportamiento. Ello lo ve igualmente toda la doctrina que en los casos límite entre comisión activa y omisión, entre otros los de "omisión por hacer", discute si

omisiones la acción base realizada es precisamente una actividad positiva (movimiento: andar, conducir, charlar, trabajar, realizar un juego, etc.), sólo que distinta de la actividad debida. Excepcionalmente la conducta, que luego será calificada normativamente como omisión o no (dependiendo de si incumple o no un deber de actuar), puede consistir en total pasividad, es decir, en total inmovilidad o quietud de la persona, permaneciendo en total reposo muscular o falta de movimiento alguno: p. ej. estar echado oyendo música, viendo el paisaje o meditando, estar un soldado inmóvil de guardia ante palacio: [121]. Estas son las formas de conducta activa o pasiva, considerada en sí misma y realmente realizada: casi siempre habrá alguna actividad, pues el sujeto moverá alguna extremidad o al menos desplazará la vista en alguna dirección; pero si ocasional y excepcionalmente la conducta exteriorizada es puramente pasiva y de inmovilidad, es porque el sujeto *no hace nada*, y *no porque no hace algo concreto*. Pues como, a diferencia de las posibilidades de realizar simultáneamente varias actividades, que son limitadas –p. ej., con cada extremidad, con el cuerpo y con la cabeza se mueven, se sujetan o se golpean varias cosas–, las posibilidades de no hacer actividades concretas son casi innumerables, cualquier conducta humana, aunque sea activa, se podría calificar de conducta (predominantemente) pasiva por todo lo que no hace en ese momento. De tal manera que, si usualmente se dice que alguien no hace algo determinado, y a ese "dejar de hacer algo" se lo quiere denominar "conducta pasiva", es porque, de todas las incontables actividades posibles que no realiza, *socialmente* se selecciona alguna que sería especialmente verosímil y tendría bastante sentido que realizara: así si alguien va a cenar con unos amigos y no prueba el alcohol porque luego tiene que conducir, la convención social del lenguaje destaca que esa persona no ha bebido, se ha abstenido de tomar bebidas

una determinada actividad positiva puede valorarse jurídicamente como omisión, sólo que desde esta perspectiva considerando más bien excepcional que acciones positivas puedan constituir omisión: v. LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 31/161 ss.

[121] De todos modos, el concepto de pasividad o inmovilidad que se maneja usualmente es bastante relativo y convencional. Pues a veces se utiliza un concepto amplio de pasividad, bastando con el sujeto no se desplace del sitio y no haga grandes movimientos de sus extremidades, aunque haga pequeños movimientos musculares; mientras que si se maneja un concepto estricto de pasividad, la inmovilidad muscular ha de ser completa, y por eso precisamente es rara y excepcional esa situación. Por otra parte, puede haber divergencias en la caracterización del concepto en cuanto a si se considera que mirar u oír algo son conductas pasivas, de inmovilidad, o, por el contrario, actividades positivas de mirar o escuchar. Si se optara por esta última interpretación, en tal caso sólo habría total pasividad cuando el sujeto tuviera los ojos cerrados y se abstrajera en sus pensamientos aislándose totalmente del exterior, lo que parece exagerado. Pero si se caracteriza la pasividad como inmovilidad muscular –lo que me parece lo más correcto–, entonces no obsta a la pasividad el oír o escuchar algo o el estar viendo algo, con tal de que el sujeto no desplace la vista en varias direcciones ni realice voluntariamente otros movimientos. Cfr. ampliamente al respecto y con esos y otros ejs. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 12 y n. 39; LACRUZ, Comportamiento omisivo, 2004, 128 s.

alcohólicas, y no se destacan las otras innumerables actividades posibles que no ha realizado durante la cena, como no pasear, no llamar por teléfono, no ver una película, no leer, incluso no comer ni beber otros miles de alimentos o líquidos posibles que no ha probado, etc.; y en cualquier caso, las acciones que realmente ha efectuado durante la cena son comer y beber determinados alimentos y bebida, charlar o similares[122]. Y, dando un paso más y yendo ya al terreno normativo, si una determinada conducta se califica como omisiva, como omisión de algo, es porque de entre las innumerables no actuaciones del sujeto se selecciona la no realización de una concreta actuación que tiene, no ya un determinado sentido social, sino el carácter de actuación debida conforme a normas (sociales, jurídicas, etc.); pero igualmente aquí la conducta o acción en sentido amplio realmente realizada y base de esa omisión será habitualmente una actividad positiva, pero distinta de la debida, o excepcionalmente una total pasividad.

[122] Así, en los ejemplos que utiliza GIMBERNAT (ADPCP 1987, v. *supra* n. 106) de "comportamientos pasivos", más arriba mencionados, como los del masoquista que no toma una analgésico ante un dolor agudo, el tenista que gana un punto dejando que la pelota lanzada por el contrario caiga fuera de las líneas, o la persona que quiere adelgazar no comiendo frutos secos, como destaca MIR (PG, desde 3.ª 1990, 178 s. y n. 33; 10.ª 2015/16, 7/34, 36 n. 40) para el caso del tenista, sólo desde la perspectiva del *sentido o significado social* que se le atribuye en un determinado contexto al comportamiento se estará calificando y caracterizando esa conducta de un determinado modo. Pues el masoquista no sólo no toma un analgésico, sino que además en ese momento no come caviar, pescado, etc., ni tampoco monta a caballo, ni va al cine, etc., etc., pero en cambio, lo normal es que realice alguna actividad positiva cualquiera; y el tenista no sólo no para la pelota, sino que al mismo tiempo tampoco hace otras mil cosas, pero normalmente no se queda totalmente inmóvil, sino que realiza algún movimiento de brazos, piernas, cuerpo o cabeza, y desde luego mueve los ojos siguiendo la trayectoria de la pelota (en cualquier caso, como señala MIR, PG, desde 3.ª 1990, n. 33 p.179; 10.ª 2015/16, 7/36 n. 40, socialmente y conforme a las reglas del juego tal conducta tiene el sentido positivo de ganar un punto); y exactamente lo mismo sucede en el caso de quien no come frutos secos (no hace otras muchísimas cosas, pero hace alguna concreta). Por lo demás, MIR (lugs. cits.) critica la definición de GIMBERNAT de comportamiento pasivo como "manejo pasivo de procesos causales", alegando que no intervenir en un proceso causal realmente no es ningún manejo del mismo; y efectivamente, sólo por extensión y en sentido social, no natural, se puede hablar de tal manejo pasivo.

El concepto de comportamiento pasivo propuesto por GIMBERNAT, por una parte, se formula en referencia a un factor externo a la propia conducta, que son los procesos causales. Esta referencia, influencia de la *concepción causalista*, aparte de innecesaria (por lo ya expuesto en el sentido de que la conducta debe verse en sí misma, independientemente de su relación con otras circunstancias), no es totalmente adecuada y precisa para describir el objeto de referencia del comportamiento, es decir, aquello concreto que no se hace: pues así como en algunos supuestos efectivamente la no actuación del sujeto consiste en no incidir, interrumpiendo o modificando su curso, sobre un proceso causal ya existente –p.ej. el dolor o el curso de la pelota en los casos del masoquista o del tenista–, en otros supuestos de no hacer algo concreto (de "comportamiento pasivo" en su terminología) no hay un previo proceso causal en marcha que no se interrumpe o modifica, sino que el sujeto se limita a no realizar una actividad suya posible, como en el caso de quien no come frutos secos para no engordar (aquí, a diferencia de si es para adelgazar, no se modifica el estado de cosas) o en el ejemplo propuesto por mí de quien no bebe alcohol en la cena para poder conducir; en tales supuestos, para poder hablar de "manejo pasivo" de procesos causales, habría que considerar a la propia actividad no realizada como un –posible, no real– proceso causal o generadora de un proceso causal. Por otra parte, tal concepto de "comportamiento pasivo", al seleccionar de entre las innumerables actuaciones no realizadas por el sujeto una determinada no actuación utilizando, aunque de modo no explícito, el criterio de su sentido social, también entronca en ese aspecto con el *concepto social* de la acción.

Pues bien, para la existencia de acción o conducta basta con que la parte objetiva de la misma, es decir, el movimiento o la inmovilidad, dependa de la voluntad del sujeto. Por eso es indiferente que en los casos de omisión por imprudencia inconsciente, sea por olvido del deber o p. ej. por no llegar siquiera, debido a negligencia, a tomar conciencia de los presupuestos del deber de actuación, la voluntad consciente del sujeto no abarque precisamente el carácter de omisión de un deber en su conducta; pues lo que importa es que, pese a esa inconsciencia de lo que no hace y de su carácter obligatorio, la actividad o pasividad (efectivamente exteriorizada) en sí misma es ordenada por la voluntad de esa persona.

e) Denominación: no concepto causal, sino concepto personal-humano de acción

Aunque el concepto de acción o conducta aquí defendido, como manifestación, activa o pasiva, de voluntad humana al exterior, coincide sustancialmente con algunas de las últimas versiones del concepto causal de acción, desde luego *debe rechazarse el nombre de "concepto causal" o "causalista"*. No sólo porque la existencia de una acción humana, sea la base de un delito o no sea en absoluto delictiva, es totalmente independiente de si provoca o no cursos causales o de si los modifica, interrumpe o deja seguir su curso, sino además porque no se debe atribuir mayor importancia a la parte objetiva de la acción, como era más bien la tendencia del concepto causal, sino que tan importante es la parte subjetiva como la objetiva, la dependencia de la voluntad humana (consciente) como la exteriorización activa o pasiva de la misma.

Dado el carácter delimitador de la voluntad (consciente) frente a otras manifestaciones, incluso humanas, que no son acciones, cabría la posibilidad de hablar de concepto "voluntario" de acción. No obstante, me parece *preferible la denominación*, ya acuñada, de "***concepto personal de acción***", aunque con la precisión de ser un concepto ***personal-humano***[123], por varias razones.

Primero, porque "concepto voluntario de acción" parece tener la connotación de atribuir un papel predominante a la voluntad como componente subjetivo, de modo

[123]. Conviene subrayar que es un concepto personal-humano de acción o conducta para dejar claro desde el principio que no es traspasable o extensivo a personas jurídicas, porque sólo el ser humano tiene en su mente consciente voluntad propia, lo que no sucede en la persona jurídica: así enérgicamente lo he defendido en LUZÓN PEÑA, LH-Ruiz Antón, 2004, 545 ss.; Lecc PG, 2ª/3.ª 2012/2016, 11/38 ss. Y exactamente igual ocurre con las "actuaciones" de los autómatas, robots o inteligencia artificial. En ambos casos la responsabilidad penal, dolosa o imprudente, debe buscarse (o incluso regularse en las personas jurídicas) en las personas físicas que hay detrás.

similar al que en el concepto final se le otorga a la finalidad, mientras que "concepto personal" se adecua mejor al equilibrio que debe darse entre la parte subjetiva y la objetiva de la acción, entendiendo que la manifestación de la personalidad requiere que la voluntad se exteriorice y salga del ámbito interno. Segundo, porque también en las actuaciones de los animales cabe apreciar un cierto impulso de la voluntad, pero sólo se deben conceptuar como acciones las manifestaciones externas de la voluntad de la persona humana. Y por último, porque "personalidad" es un concepto más amplio, que indica que la voluntad se enmarca en el complejo proceso de actuación consciente del sistema cerebral y espiritual del ser humano.

f) Carácter predominantemente ontológico y no normativo

Así entendido, este concepto personal de acción tiene un carácter predominantemente ontológico y no normativo. Se fija en los datos de la estructura real mínima de cualquier acción o conducta humana, como son la exteriorización mediante actividad o pasividad –movimiento o inmovilidad– y su dependencia de la voluntad consciente, en los que pueden coincidir cualquier disciplina científica y las concepciones humanas usuales.

Ciertamente que algunas tendencias modernas de la psicología y la filosofía defienden un concepto intencional o final de la conducta humana[124]. Y vimos que otras múltiples tendencias basadas en la filosofía del lenguaje coinciden en conceptos que adscriben a la acción básica, sin examinar aún su contenido, un significado de acto humano, o sea realizado por un ser responsable y libre, lo que mezcla indebidamente la culpabilidad y responsabilidad con la acción y realmente equivale a exigir una acción culpable (como el explícitamente formulado por JAKOBS: v. *supra* n. 57). Pero no todas las orientaciones científicas sostienen un concepto tan reduccionista como el intencional ni un concepto tan exigente en las características requeridas –responsabilidad, libertad en el sujeto del acto– para atribuir significado de acción al movimiento corporal que supone que esos conceptos significativos o adscriptivos, sin explicitarlo y quizás sin ser conscientes, están requiriendo imputabilidad y culpabilidad en un sujeto libre y responsable para que haya acción, lo que no es admisible dado que puede haber acciones debidas a una manifestación de voluntad en que sin embargo el sujeto no sea libre o no

[124] Como ya se ha visto *supra* III 5. c) y d) n. 69 y 73 s. Así lo destaca MIR, PG, 3.ª, 2015/16, 7/16 n. 15 (citando a VON WRIGHT y SÁNCHEZ CÁNOVAS, El nuevo paradigma de la inteligencia humana, 1986, 83 ss.), 7/23 n. 27.

sea responsable, o sea, acciones no culpables [125]; podrían haberlo formulado requiriendo un movimiento (o pasividad) debido a la voluntad de un humano, es decir, del ser vivo capaz de libertad, culpabilidad y responsabilidad (pero que en el caso concreto pueden excluirse), lo que sí sería correcto, pero la formulación dada es la de libertad y responsabilidad del agente.

Y, en cambio, todas las tendencias científicas pueden coincidir en que el mínimo exigible es la dependencia del actuar activo o pasivo respecto de la voluntad humana: la de un ser racional que ciertamente en principio puede, tiene capacidad de ser libre y responsable, pero que en el caso concreto por motivos psíquicos o de presión o de dificultad situacional puede no ser libre o plenamente y responsable, puede por tanto no ser culpable y sin embargo llevar a cabo una acción humana voluntaria. Si se quiere, puede verse un cierto carácter convencional, y en ese sentido normativo, en la configuración del concepto, en cuanto que se basa en una doble convención o acuerdo científico y social (que además es perfectamente idóneo para construir sobre esa base el concepto de delito): Por una parte, en exigir la voluntariedad del movimiento o inmovilidad, pues lo cierto es que desde una perspectiva naturalística también se podrían considerar acciones a cualesquiera movimientos del ser humano aunque sean totalmente involuntarios; pero sobre ello ya no habría acuerdo científico y social (y desde luego un concepto de acción involuntaria sería totalmente inútil para la teoría del delito). Y por otra parte, se basa en exigir la exteriorización del pensamiento y la voluntad, mientras que a veces, en una utilización de los términos del lenguaje en sentido amplio, se dice que

[125] ALCÁCER, pese a defender un concepto adscriptivo-significativo de acción (como hemos visto en las n. anteriores), llega a definir en un momento (LH-Ruiz Antón, 2004, 39) así a la acción: hay que asignar a una conjunción de eventos "el *sentido* de 'acción'… Una 'acción no es, entonces un movimiento corporal, ni un estado mental, ni tampoco la relación causal entre un estado mental y un movimiento corporal. Afirmar una acción es hacer una interpretación de sentido. Y ese sentido es el de lo **humano**, por oposición a la naturaleza" (negrita añadida). Podría parecer que esto, aunque sea de la perspectiva de adscribirle a ello el significado de acto humano, viene a coincidir con el concepto personal-humano de acción que me parece el correcto. Pero no es así, dado que en múltiples pasajes ALCÁCER identifica el ámbito de lo humano con el de la libertad de actuación y el del sujeto responsable: la frase citada (de p. 39) completa es así: "… ese sentido es el de lo humano, por oposición a la naturaleza; el de la libertad y contingencia de la decisión, frente al determinismo y la necesidad de los cursos causales"; igual en 38: esa adscripción del movimiento corporal en tanto 'acción' implica otorgar a ese suceso "un sentido, coloreando el movimiento corporal del sujeto con otro tono: el tono de la libertad de actuación"; 41: cuando adscribimos una acción a un sujeto, asumimos que el agente está aplicando conscientemente determinadas reglas, "la asignación de significado otorgado desde un mutuo reconocimiento como agentes capaces de acción", "con la acción entramos en el ámbito de la responsabilidad", pues la asignación de sentido jurídico y atribución de responsabilidad jurídico-penal "sólo puede otorgarse a lo que ya tiene un *sentido* de acción (primer nivel), es decir, de actuación de un agente *responsable* de sus movimientos corporales"; en 42: atribuir un suceso como acción es asignar "responsabilidad de primer orden" por la pertenencia del sujeto al agente y "basada en el criterio de la autonomía y competencia por lo realizado".

lo que un hombre está "haciendo", su "actividad" en ese momento, es pensar; sin embargo, mayoritariamente el lenguaje, tanto usual como científico, distingue perfecta y nítidamente entre pensamiento e intenciones y acción (y aquí igualmente sucede que además un concepto de acción que incluyera los meros pensamientos sería totalmente inidóneo para la teoría del delito). Pero fuera de ello, este concepto de acción no es en absoluto normativo, pues no sólo no se limita a las conductas que van a ser jurídica o incluso jurídicopenalmente relevantes, sino que incluso prescinde de la relevancia y significación social de las mismas, partiendo de la base de que hay numerosas acciones o conductas humanas que son jurídicamente o incluso socialmente irrelevantes, y de que se puede comprobar si ha habido una acción o conducta aunque por las razones que sea (p. ej. por dificultades de comprensión por problemas idiomáticos, culturales, etc.) no se sepa captar el significado social de tal acción.

Como ha señalado una parte de la doctrina[126], el que haya habido tantos conceptos de acción excesivamente exigentes y restringidos y tanta discusión en torno al concepto mismo responde a una errónea sobrevaloración de la importancia sistemática y de las funciones limitadoras que puede cumplir el elemento acción dentro de la teoría del delito, cuando realmente los problemas valorativos deben resolverse en los elementos de carácter normativo, es decir, tipo de injusto y culpabilidad. Si la existencia de una acción o conducta humana supone un requisito mínimo para que haya una acción delictiva o una acción de otro carácter, debe examinarse la conducta en sí misma, como hemos visto, con independencia de su relación con otras circunstancias externas o internas. La concurrencia de tales circunstancias, que pertenecen a la acción en sentido amplio y sirven para caracterizar y perfilar la clase concreta de acción de que se trata, tiene relevancia en otros ámbitos sociales o, en su caso, jurídicos. Así p. ej., en el plano objetivo, la relación de la acción con un curso causal, su peligrosidad o lesividad o las circunstancias de lugar, tiempo o modo en que se desarrolla, y en el plano subjetivo, la concurrencia o no de determinada intención, los móviles, los estados de ánimo o el conocimiento exacto o erróneo de la situación, pueden dar lugar a una determinada consideración o valoración de esa conducta a efectos sociológicos, psicológicos, políticos, económicos, históricos, culturales, etc.; y del mismo modo, si tal conducta pudiera tener relevancia jurídicopenal,

[126] Así destacadamente en la doc. alemana ROXIN, AT I, 1.ª 1992, 2.ª (PG I, 1997), § 8/3, 47-49; 3.ª 1997/4.ª 2006, § 8/3, 51-53; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 8/3, 51-53; en la españ., GIMBERNAT, Delitos cualificados por el resultado, 1966, 105 ss.; ADPCP 1987, 602 ss. MIR PUIG, PG, de 1.ª 1984, 132 ss. a 10.ª 2015, 7/24 ss.

tales circunstancias objetivas y subjetivas serán decisivas en el examen de los elementos del delito de carácter normativo o valorativo, fundamentalmente el tipo de injusto o de ilícito y la culpabilidad.

Bibliografía: ACERO/BUSTOS/QUESADA, Introducción a la filosofía del lenguaje, Madrid, Cátedra, 1996; ALCÁCER GUIRAO, Cometer delitos con el silencio. Notas para un análisis del lenguaje de la responsabilidad, LH-Ruiz Antón, 2004, 21 ss.; ALWART, Recht und Handlung, Die Rechtsphilosophie in ihrer Entwicklung vom Naturrechtsdenken und vom Positivismus zu einer analytischen Hermeneutik des Rechts, Tübingen, Mohr Siebeck, 1987; AMADEO, La acción en la teoría del delito, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2007; ANSCOMBE, Intention, Harvard University Press, 1957, 2.ª 1963; vers. alem.: Absicht, Freiburg, K. Alber, 1986, españ.: Intención, Madrid, Paidós, 1991; ANTOLISEI, L'azione e l'evento nel reato, Milano, Inst. Edit. Scientifico, 1928; PG, 16.ª 2003, §§ 87, 88; ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 159 ss.; AST, Handlung und Zurechnung, Berlin, Duncker & Humblot,, 2019; ATIENZA, Para una teoría general de la acción penal, ADPCP 1987, 5 ss.; AUSTIN, How to do Things with Words, Oxford Univ. Press, 1962 (obra póstuma partiendo de su ciclo de conferencias sobre el tema en 1955); Cómo hacer cosas con palabras. Palabras y acciones, trad. Carrió y Rabossi: Palabras y acciones: Cómo hacer cosas con palabras. Barcelona, Paidós, 1ª 1971 y otras; ed. electrón.: www.philosophia.cl / Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, 1998; BACIGALUPO, Delitos impropios de omisión, Buenos Aires, Panedille, 1970, 2.ª ed., Bogotá, 1983; Principios, 1994, 112 ss., 5.ª 1998, 166 ss.; Sobre la teoría de la acción y su significación en el DP, CPC 2003, 5 ss.; BAUMANN, AT, 8.ª 1977, § 16; Hat oder hatte der Handlungsbegriff eine Funktion?, GdS-Arm. Kaufmann, 1989, 181 ss.; BAUMANN/WEBER, AT, 9.ª 1985, § 16, 186 ss.; BECKERMANN *(ed.)*, Analytische Handlungstheorie, t. 1: Handlungsbeschreibungen; 2: Handlungserklärungen, Frankfurt, Suhrkamp, 1977; *Behrendt*, Die Unterlassung im Strafrecht. Entwurf eines negativen Handlungsbegriffs auf psychoanalytischer Grundlage, Baden-Baden, Nomos, 1979; Das Prinzip der Unvermeidbarkeit im Strafrecht, FS-Jescheck, 1985, 303 ss.; BELING, Grundzüge des Strafrechts, 2.ª 1902, 38 ss.; Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen, 1906, reimpr. Scientia Vlg., Aalen, 1964, 14 ss.; BERDUGO/ARROYO*/et al*, Curso PG, 2.ª 2010, 189 ss.; BETTIOL/PETTOELLO MANTOVANI, PG, 12.ª 1986, 273 ss.; BLEI, AT, 18.ª 1983, §§ 19-20, pp. 68 ss.; BLOY, Finaler und sozialer Handlungsbegriff, ZStW 90 1978, 609 ss.; BORJA JIMÉNEZ, Funcionalismo y acción. Tres ejemplos en las contribuciones de Jakobs, Roxin y Gimbernat, EPCr, XVII, 1994, 7 ss.; BOCKELMANN, AT, 1.ª 1973 a 3.ª 1979, § 11; BOCKELMANN/VOLK, AT, 4.ª 1987, § 11, 40 ss.; BOSCARELLI, PG, 8.ª 1994, cap. 2 II; VON BUBNOF, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, Heidelberg, C. Winter, 1966; BÜNGER, Über Vorstellung und Wille, als Elemente der subjektiven Verschuldung, ZStW 6 1886, 291 ss.; BUNSTER, Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff von Claus Roxin, FS-Roxin, 2001, 173 ss.; BURKHARDT, Die Bedeutung des Willensbegriffs für das Strafrecht, en: Heckhausen/et al., Jenseits des Rubikon. Der Wille in den Humanwissenschaften, 1987, 319 ss.; Welzels finale Handlungslehre und die philosophische Handlungstheorie, en: Frisch/ et al. (eds.), Lebendiges und Totes in der Verbrechenstheorie Hans Welzels, 2015, 21 ss.; BUSATO, Actio libera in causa y acción significativa, LH-Díaz Pita, 2008, 479 ss.; DP y acción significativa, Buenos Aires, Didot, 2013; PG, 3.ª 2017, 250 ss., 233 ss.; BUSTOS, Culpa y finalidad. Los delitos culposos y la teoría final de la acción, Santiago, Jurídica de Chile, 1967; Acción humana y lingüística: la producción de sentido, en Cruz Rodríguez (coord.), Acción humana, Barcelona, Ariel, 1997, ss.; PG, 4.ª 1994, 229 ss.; BUSTOS/HORMAZÁBAL, Lecc PG, I, 1997, 130 ss.; CAMPISI, Rilievi sulla teoria de'll azione finalistica, Padova, Cedam, 1959; CANCIO MELIÁ, Los orígenes de la teoría de la adecuación social. Teoría final de la acción e imputación objetiva; Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 1994; Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmengeschichtliche Betrachtungen zur Lehre von der Sozialadäquanz, GA 1995, 179 ss.; CARDENAL MOTRAVETA, El tipo penal en Beling y los neokantianos, pról. Mir Puig,

Barcelona, PPU, 2002; CEREZO MIR, El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del DP, ADPCP 1959, 561 ss. = en su Problemas fund., 1982, 15 ss.; Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems, ZStW 71 1959, 141 ss.; La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica, RGLJ 1961-4, 3 ss. = en su Problemas fund., 1982, 39 ss.; La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del DP española, ADPCP 1975, 41 ss. = en: Problemas fund., 1982, 104 ss.; El finalismo, hoy, ADPCP 1993, 5 ss.; Curso I, 1994, 272 ss.; DP PG, Montev./B. Aires, 2008, 323 ss.; COBO/VIVES, PG, 1990, 385 ss.; CONTENTO, Corso, 1994, 284 ss.; CÓRDOBA RODA, Coment I, 1972, 3 ss.; Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista, Barcelona, Ariel, 1983; CORREIA, DCr I, 1993, 231 ss.; CRUZ RODRÍGUEZ, ¿A quién pertenece lo ocurrido? Acerca del sentido de la acción humana, Madrid, Taurus, 1995; CRUZ RODRÍGUEZ *(coord.)*, Acción humana, Barcelona, Ariel, 1997; CRUZ (RODRÍGUEZ)/R.(RODRÍGUEZ) ARAMAYO *(coords.)*, El reparto de la acción. Ensayos en torno a la responsabilidad, Trotta, Madrid, Trotta, 1999; CUELLO CONTRERAS, Acción, capacidad de acción y dolo eventual, ADPCP, 1983, 77 ss.; PG I, 3.ª 2002, VI/1 ss., pp. 373 ss.; CUELLO/MAPELLI, Curso PG, 1.ª 2011, 55 ss., 3.ª 2015, 67 ss.; CUERDA ARNAU, Dogmática, derechos fundamentales y justicia penal: análisis de un conflicto, TD 2010-2, 121 ss.; La función de la dogmática (una crítica desde la concepción significativa de la acción, LH-Mir 2, 2017, 485 ss.; La concepción significativa vs. las pretensiones sistemáticas, en Vives (dir.), Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia Valencia, Tirant, 2019, 11 ss.; DANTO, Basic Actions, en White (ed.), The Philosophy of Action, Oxford University Press, 1968, 43 ss.; Las acciones básicas, en White (ed.), La filosofía de la acción, México, Fondo Cultura Económica, 1976, 67 ss.; DASCAL *(ed.)*, Filosofía del lenguaje, II: La pragmática, Madrid, Trotta, 1999 (y dentro del mismo su trabajo La pragmática y las intenciones comunicativas, 21 ss.); DEDES, Der Sinndeutung der Handlung, FS-Roxin, 2001, 187 ss.; DIAS: v. Figueiredo Dias; DÍAZ PALOS, Acción, elemento del delito, NEJ, II, 1950, 207 ss.; DONNA, Teoría del delito I, 2.ª 1996, II, 1995; PG II, 2008, 101 ss.; DOPICO, La acción en DP, en Quintero/Carbonell/et al. (dirs.) Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena, Valencia, Tirant, 2018, 53 ss.; DREHER/TRÖNDLE, StGB, 1993, antes del § 13/2 ss.; ENGISCH, Der finale Handlungsbegriff, FS-Kohlrausch, 1944, 141 ss.; Vom Weltbild des Juristen, Heidelberg, Winter, 1950; 2.ª, 1965; ESER/BURKHARDT, I, 1992, 33 ss.; DP, 1995, 69 ss.; FIANDACA/MUSCO, PG, 1995, 184 ss.; ESQUINAS, en Zugaldía/Moreno Torres, Leccs PG, 3.ª 2016, 97 ss.; FEINBERG, Action and Responsability, en Black, Philosophy in America, London, Allen & Unwin, 1965, 134 ss.; tb. en White (ed.), The Philosophy of Action, Oxford University Press, 1968, 95 ss.; Acción y responsabilidad, trad. Block Sevilla, en White (ed.), La filosofía de la acción, México, Fondo Cultura Económica, 1976, 139 ss.; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, PG II, 2012, 119 ss.; FIANDACA/MUSCO, PG, 8.ª 2019, parte 2.ª Cap. I 2; FIGUEIREDO DIAS, Sobre a construçao dogmatica da doutrina do fato punivel, en Questões fundamentais de direito penal revisitadas, Sao Paulo, RT, 1999, 185 ss.; PG I, 2.ª 2007, 251 ss.; FIORE/FIORE, PG, 5.ª 2016, secc. 2ª, cap I 3; FLETCHER, On the moral irrelevance of bodily movements, Univ. of Pennsylvania Law Review, 142 1994, 1443 ss.; Aproximación intersubjetiva al concepto de acción, trad. Muñoz Conde, LH-Vives, 2009, 641 ss.; DE FRANCESCO, DP I, 2.ª 2011, cap. V 3-4; FREUND, AT, 2.ª 2009, § 1/56 ss.; MK, I, 3.ª 2017, antes de § 13/135 ss.; FRISTER, AT 2006, 5.ª 2011, 9.ª 2020, 8/1 ss.; FROMMEL, Los orígenes ideológicos de la teoría de la acción en Welzel, ADPCP 1989, 621 ss.; GALLAS, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 1955, 1 ss.; La teoría del delito en su momento actual, trad. de Córdoba Roda, Barcelona, Bosch, 1959; GARZÓN VALDÉS, A modo de epílogo: Los enunciados de la responsabilidad, en Cruz/R. Aramayo (coords.), El reparto de la acción. Ensayos en torno a la responsabilidad, Madrid, Trotta, 1999, 181 ss.; GERSCHOW (ed.), Zur Handlungsanalyse einer Tat, Berlin, 1983; GIL/LACRUZ/MELENDO/NÚÑEZ: v. Lacruz López; GIMBERNAT, Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Madrid, Reus 1966 (reimpres. Ceura 1990), 75 ss., 104 ss.; Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento, ADPCP 1987, 579 ss. (= Estudios, 1990, 182 ss.); La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición, ADPCP 1997, 5 ss.; Beiträge zur Strafrechtswissenschaft Handlung, Kausalität, Unterlassung, LIT, Berlin-Münter etc., 2013; GÓMEZ MARTÍN, Concepto de acción y función clasificatoria: estado de la cuestión y perspectivas de futuro, LH-Morillas, 2018, 293 ss.; GÓMEZ TOMILLO, Art. 10 § 2, GÓMEZ

TOMILLO (dir.), Coment, 2010 (2.ª 2011), 86 ss. GONZÁLEZ CUSSAC, Lenguaje y dogmática penal, Valencia, Tirant, 2019; GONZÁLEZ LAGIER, Las paradojas de la acción, Publics. Univ. Alicante, 2001; GÓRRIZ ROYO, ¿Es el sonambulismo un caso de ausencia de acción o de trastorno mental transitorio? A propósito de las acciones involuntarias en DP del common law, en Vives Antón/Cuerda Arnau/Górriz (eds.), Acción significativa, comisión por omisión …, Valencia, Tirant, 2017, 34 ss.; GÖSSEL, Probleme einer rein normativen Begriffs- und Systembildung, insbesondere in ihrem Verhältnis zum Naturalismus in der Handlungslehre, FS-Küper, 2007, 83 ss.; GRACIA MARTÍN, El actuar en lugar de otro en DP I, Univ. Zaragoza, 1985; GROSSO/PELISSERO/PETRINI/PISA, PG, 4.ª 2023, parte 3.ª; HABERMAS, Theorie des kommunikativen Handelns, I: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung; II: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft, Frankfurt, Suhrkamp, 1981 (y eds. posteriores); Teoría de la acción comunicativa, trad. Jiménez Redondo, Madrid, Aguilar-Taurus- Santillana, 1987 (y eds. posteriores), I: Racionalidad de la acción y racionalización social, espec. 136 ss., 351 ss.; II: Crítica de la razón funcionalista; HAFFKE, Unterlassung der Unterlassung? Zur logischen, ontologischen und teleologischen Kritik des Umkehrprinzips bei Armin Kaufmann, ZStW 87 1975, 44 ss.; *Haft*, AT, 4.ª 1990, 2. Teil, 29 ss.; HART, The Ascription of Responsability and Rights, en Proceedings of the Aristotelian Society 49, 1948-49, 171 ss.; HASSEMER, Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutlehre, Frankfurt am Main, Europäische Verlagsanstalt, 1980; Einführung, 1990, 205 ss.; Fund DP, 1984, 260 ss.; HEINRICH, AT, 6.ª 2019, § 9; HERZBERG, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, Berlin, W. de Gruyter, 1972; Die Sorgafltswidrigkeit im Aufbau der vorsätzlichen und der fahrlässigen Straftat, JZ 1987, 536 ss.;"Die Vermeidbarkeit einer Erfolgsdifferenz" – Überlegungen zu Günther Jakobs' strafrechtlichem Handlungs- und Verhaltensbegriff, FS-Jakobs, 2007, 147 ss.; HIERRO SÁNCHEZ PESCADOR, La argumentación filosófica y la argumentación jurídica, AFD 12 1966, 189 ss.; HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS *(eds.)*, Handbuch II: v. Roxin; HILGENDORF/ VALERIUS, AT, 1.ª 2013 a 3.ª 2022, § 4 B II; HIRSCH, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre insbesondere im Spiegel der ZStW, ZStW 93, 1981, 831 ss., 94 1982, 239 ss.; HONIG, Kausalität und objektive Zurechnung, FG-Frank, I, 1930, 174 ss.; *Hruschka*, Strukturen der Zurechnung, Berlin, de Gruyter, 1976; Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln, Rechtstheorie 22 1991, 449 ss.; Reglas de comportamiento y reglas de imputación, trad. Baldó Lavilla, ADPCP 1994-3, 343 ss.= en: Luzón/Mir (eds.), Causas de justificación y de atipicidad en DP, Pamplona, Aranzadi, 1995, 171 ss.; JAÉN VALLEJO, El concepto de acción en la dogmática penal, Madrid, Colex, 1994; JÄGER, SK I, 9.ª 2017, antes del § 1/30 ss.; JAKOBS, Die juristische Perspektive zum Aussagewert der Handlungsanalyse einer Tat, Berlin, 1983; AT, 1983, 2.ª 1991 (PG, 1997), 6/1 ss.; Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie, München, Beck, 1992 = El concepto jurídico penal de acción, trad. Cancio, en Jakobs, Estudios de DP, Madrid, UAM/Civitas, 1997, 101 ss.; System der strafrechtlichen Zurechnung, Frankfurt, Klostermann, 2012; JESCHECK, Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung, FS-Eb. Schmidt, 1961, 139 ss.; AT, 4.ª, 1988 (Tratado PG, 1981), § 23; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª, 1996, § 23; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado III, 4.ª, 1965, 330 ss.; JOERDEN, Zur Rolle des Satzes ultra posse nemo obligatur bei lobender und tadelnder (insb. strafender) Zurechnung, FS-Yamanaka, 2017, 427 ss.; KAHLO, Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Theorie des personalen Handelns, Frankfurt, V. Klostermann, 2001; KANT, Metaphysik der Sitten, Königsberg, 1797 (con múltiples eds. posteriores), nm. 223-228; Metafísica de las costumbres, trad. Cortina/Conill, Madrid, Tecnos, 1.ª 1985, nm. 223-228, pp. 29-36; KARGL, Handlung und Ordnung im Strafrecht. Grundlagen einer kognitiven Handlungs- und Straftheorie, Berlin, Duncker & Humblot, 1991; KAUFMANN, ARMIN, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie (Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik), Göttingen, Schwartz, 1954 = Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna, trad. de Bacigalupo/Garzón Valdés, Buenos Aires, Depalma, 1977; Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen, O. Schwartz, 1959; Die Funktion des Handlungsbegriffs im Strafrecht (lección inaugural en la Univ. Tübingen, mecanograf., 1962), en su: Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge, Köln, Berlin, Bonn, München, Heymanns, 1982, 21 ss.; KAUFMANN,

ARTH., Die ontologische Struktur der Handlung. Skizze einer personalen Handlungslehre, en su: Schuld und Strafe. Studien zur Strafrechtsdogmatik, Köln, Heymanns, 1966, 25 ss.; tb. en FS-H. Mayer, 1966, 79 ss.; KEIL, Handeln und Verursachen, Frankfurt, Klostermann, 2000, 2.ª 2015; KIENAPFEL, AT-Einf, 4.ª 1984, LE 7; KINDHÄUSER, Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 1980; Kausalanalyse und Handlungszuschreibung, GA 1982, 477 ss.; StGB, 4.ª 2009, antes de § 13/59 ss.; Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff, FS-Puppe, 2011, 39 ss.; Zur Alternativstruktur des strafrechtlichen Kausalbegriffs, ZIS 2016, 574 ss.; AT, 8.ª 2017, § 5 II.2, III; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, AT, 9.ª 2020, AT, 8.ª 2017, § 5 II.2, III; KÖHLER, AT, 1997, 9 ss., 122 ss.; KOLLMANN, Die Stellung des Handlungsbegriffs im Strafrechtssystem, Breslau, Schletter, 1908; Der Handlungsbegriff als Grundlage der herrschenden, insbesondere durch v. Liszt vertretenen Strafrechtsdogmatik, FS-v. Liszt, 1911, 122 ss.; KREY, AT, I, 3.ª 2008, § 9 II; KÜHL, AT, 8.ª 2017, § 2/1 ss.; LACKNER/KÜHL, StGB, 21.ª 1995 a 29.ª 2018, antes de § 13/7 ss.; LACKNER/KÜHL/HEGER, StGB, 30.ª 2023, antes de § 13/7 ss.; LACRUZ LÓPEZ, Lecc. 6: La teoría de la conducta, en GIL/LACRUZ/MELENDO/NÚÑEZ, Curso PG, 2011, 2.ª 2015, 121 ss.; LAMPE, "Begehung" von Straftaten, GA 2009, 673 ss.; LANDECHO, PG, 1992, 261 s.; LANDECHO/MOLINA, 11.ª 2020, tema 12 I-II, 229 ss.; LARENZ, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Philosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "Juristischen Kausalität", Leipzig, 1927 (reimpr. Aalen, Scientia Verlag, 1970); VON LISZT, Lb, 1.ª 1881, y 2.ª, 1884, § 28-30; 4.ª 1891, 128 ss.; 21/22.ª 1919, 116 ss.; Tratado II, 2.ª 1927, § 28, 285 ss., 3.ª, 297 ss.; Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche, ZStW 6 1886, 663 ss.; tb. en su: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, I, Berlin, 1905 (reimpr. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1967), 212 ss.; V. LISZT/SCHMIDT, Lb, 1932, 153 ss.; LÓPEZ BARJA-Q., Trat PG, 2010, 407 ss.; LUZÓN CUESTA, Compend PG, 1994, 73 ss., 26.ª 2021, 59 ss.; LUZÓN DOMINGO, DP TS, I, 1964, 45 ss.; LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 245 ss.; La acción o conducta como fundamento del delito, LH-Casabó II, 1997, 143 ss.; Lecc PG, 2.ª 2012, 3.ª 2016, 10/1 ss. (en 3.ª 2016 tb. sobre omisión 30/1 ss.); Delitos omisivos impropios o de comisión por omisión, ForFICP, 2022-1, pp. 14 ss.; MAIHOFER, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1953; Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre, FS-Rittler, 1957, 141 ss.; Der soziale Handlungsbegriff, FS-Eb. Schmidt, 1961, 156 ss.; MAIWALD, Abschied von strafrechtlichen Handlungsbegriff?, ZStW 86 1974, 626 ss.; MANTOVANI, PG, 9.ª 2015, aps. 46-48, 119 ss.; MANZINI, Trattato I, 1981, 558 ss.; Tratado I, 1948, 603 ss.; MAÑALICH, El concepto de acción y el lenguaje de la imputación, Doxa 35 2012, 663 ss.; Norma, causalidad y acción, Madrid etc., M. Pons, 2014; MARINUCCI, Il reato come 'azione'. Critica di un dogma, Milano, Giuffré, 1971; El delito como "acción". Crítica de un dogma, trad. Sainz-Cantero, Madrid, M. Pons, 1998; MARINUCCI/DOLCINI, PG, 2003 a 6.ª 2017, cap. VI A 1 ss.; MARINUCCI/DOLCINI/GATTA, PG, 11.ª 2022, cap. VI A 1 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, La concepción significativa de la acción de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito, RECPC 1-13 1999; Acción, norma y libertad de acción en un nuevo sistema penal, LH-Gimbernat, 2008, 1237 ss.; Concepción significativa de la acción y nueva teoría jurídica del delito, RPerDP 33 2019, 147 ss.; La autoría en DP. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del CP español), Valencia, Tirant, 2019; MARTINS, La relación entre teoría de la acción, autoría y participación criminal, LH-Luzón, 2020, 781 ss.; MAURACH, AT, 1ª 1954 a 4.ª 1971, § 16; Tratado I, § 16, 1962, 177 ss.; MAURACH/ZIPF, AT I, 1992, 185 ss.; PG I, 1994, 235 ss.; H. MAYER, Das Strafrecht des deutschen Volkes, Stuttgart, 1936, 218 ss.; AT, 1953, 42 ss.; AT StuB, 1967, 42 ss.; M.E. MAYER, AT, 1915, 101 ss. = PG, BdeF, 2007, 129 ss.; MELDEN, Free Action, London, Routledge & Paul, 1961; Freie Handlungen, en Beckermann (ed.) Analytische Handlungstheorie, t. 2: Handlungserklärungen, Frankfurt, Suhrkamp, 1977, 120 ss.; MERKEL, *A.*, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1912; MEZGER, Lehrbuch, 3.ª 1949, §§ 12-14, 91 ss.; Tratado I, 2.ª 1946, §§ 12-14, 168 ss.; Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, Berlin, Duncker & Humblot, 1950; MERKEL, R., Anmerkungen zur Theorie der Handlung im Straftatmodell Urs Kindhäusers, FS-Kindhäuser, 2019, 275 ss.; MIR, Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, ADPCP 1988, 661 ss.; PG, 3.ª 1990, 167 ss.; 10.ª 2015/16, 7/1 ss.; MORALES PRATS, Art. 10, en Quintero/Morales, Coment, 7.ª 2016, 123 ss.; MORILLAS

CUEVA, PG II-1, 2008, 107 ss.; Construcción y demolición de la teoría de la acción, LH-Gimbernat, 2008, 1365 ss.; Sistema PG, 2018, 363 ss.; MORSELLI, Condotta e evento nella teoria del reato, RItDPP 1998, 1081 ss.; MUÑOZ CONDE, Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción significativa, LH-Vives, 2009, 1449 ss.; MUÑOZ CONDE/CHIESA, The Act Requirement as a Basic Concept of Criminal Law, Cardozo Law Review 28 2007, 2461 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 1.ª 1993, 199 ss., 11.ª 2022, 209 ss.; NAUCKE, Einf, 1991, 262 ss.; NIESE, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1951; NOVOA MONREAL, Causalismo y finalismo en DP, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 1982; NUVOLONE, Sistema, 2.ª, 1982, parte 2.ª Cap. I; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 1986, 21 ss.; ONTIVEROS, PG, 2017, 163 ss.; ORTS BERENGUER, A propósito de "Lady Macbeth y la doctrina de la acción", en Vives Antón/Cuerda Arnau/Górriz (eds.), Acción significativa…, 2017, 17 ss.; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, Comp PG, ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, Comp PG, de 1.ª 2004, 127 ss., a 9.ª 2022, 213 ss.; OTTER, Funktionen der Handlungsbegriffs im Verbrechensaufbau?, Bonn, Röhrscheid, 1973; OTTO, AT, 1992, 48 ss.; OTTO, AT, 1982 a 7.ª 2004 (PG, 2017), §5 IV; PADOVANI, DP, de 1.ª 1990 a 12.ª 2012, Cap. V 2; PAGLIARO, PG, de 1.ª 1972 a 8.ª 2003, parte II Cap. III; PAGLIARO/ARDIZZONE, PG, 2.ª 2006, parte II Cap. III; PALAZZO, PG, 6ª 2016, Cap. V 1; DA PALMA PEREIRA, Conflicto o contribución de la Inteligencia Artificial ante la teoría general de la infracción criminal, ForFICP 2022-3, 314 ss.; DE PÁRAMO, H.L.A. Hart y la filosofía analítica del Derecho, Madrid, Centro Estudios Políticos y Constitucs., 1984; PAWLIK, Normbestätigung und Identitätsbalance. Über die Legitimation staatlichen Strafens, Baden-Baden, Nomos, 2017, 7-28 = Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal, trad Robles/Pastor/Coca, Barcelona, Atelier, 2019, 13-36; PÉREZ DEL VALLE, Lecc PG, 4.ª 2020, 4 I-II, 91 ss.; PESSOA, Imputación objetiva y el concepto de acción, en Teor. actuales. 75º Aniv. CP, Buenos Aires, 1998, 199 ss.; PHILIPPS, Der Handlungsspielraum. Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht, Frankfurt a.M., Klostermann, 1974; PISAPIA, Instit, 2.ª 1970, Cap. VII 2; PLATZGUMMER, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage, Wien, Springer, 1964; POLAINO NAVARRETE, PG II-I, 2000, 191 ss.; Acción, omisión y sujeto en la teoría del delito, Lima, Grijley, 2009; ¿Qué queda del concepto de acción en la dogmática actual? Sobre la naturaleza y función del concepto de acción en el DP, LH-Gimbernat, 2008, 1487 ss.; Lecc PG II, 2.ª 2016, 67 ss.; PUPPE, NK, 4.ª 2013, 5.ª 2017, antes de § 13/31 ss.; QUINTERO/MORALES, PG, 5.ª 2015, 91 ss.; RADBRUCH, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, escrito de habilitación, Berlin, Guttentag, 1903/1904, reimpres. (con introduc. de su discíp. Arth. Kaufmann), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1961, 1967; recogido desp. en su Gesamtausgabe, VII, Heidelberg, Müller, 1995), 75-167; RAMOS VÁZQUEZ, Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito, Estudio preliminar de Vives, pról. Martínez-Buján, Valencia, Tirant, 2008; RENGIER, AT 12.ª 2020, § 7; RENZIKOWSKI, en MATT/RENZIKOWSKI, StGB, 2.ª 2020, antes de § 13/52 ss.; REYES ALVARADO, El concepto social-comunicativo de acción, LH-Jorge Barreiro, 2019, 729 ss.; RÖDIG, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 1969; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.ª, 1995, 361 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, 1977, 209 ss.; RODRÍGUEZ MUÑOZ, Notas a Mezger, 1946, 168 ss.; La doctrina de la acción finalista, Univ. Valencia, 1953; 2.ª ed. (presentación de Cobo del Rosal, prólogo de Rodríguez Devesa), 1978; RODRÍGUEZ RAMOS, Compendio PG, 4.ª, 1988, 158 ss.; ROMANO, ComCP, I, 1.ª 1987 a 3.ª 2004, art. 42/1 ss.; ROMEO CASABONA, Criminal responsibility of robots and autonomous artificial intelligent systems?, en Comunicaciones en PropIndustr 91 2020, 167 ss.; La atribución de responsabilidad penal por los hechos cometidos por sistemas autónomos inteligentes, robots y tecnologías conexas, LH-Díez Ripollés, 2023, 695 ss.; DEL ROSAL, Tratado I, 1978, 565 ss.; ROSS, On Law and Justice, Berkeley/Los Angeles, Univ. of California Press, 1959; Directives and norms, London, Routledge & Kegan, 1968 = Lógica de las normas, trad. Hierro, Madrid, Tecnos, 1971; ROXIN, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74 1962, 515 ss.= Contribución a la crítica de la teoría final de la acción (1962), en: Problemas bás., 1976, 84 ss.; Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts, GdS-Radbruch, 1968, 260 ss.; Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, FS-Honig,

1970, 133 ss.= en Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, 123 ss.= Reflexiones sobre la problemática de la imputación en DP, en Problemas bás., 1976, 128 ss.; Il conzetto di azione nei piu' recenti dibattiti della dommatica penalistica tedesca (trad. Moccia), StOn-Delitala, III, Milano 1984, 2087 ss.; Finalität und objektive Zurechnung, GdS-Arm. Kaufmann, 1989, 237 ss. = Finalidad e imputación objetiva (trad. de Casas Barquero), CPC 1990, 131 ss.; AT I, 1.ª 1992 a 4.ª 2006 (PG I, 1997), § 8/1 ss.; Zum Stand der Handlungslehre im deutschen Strafrecht, LH/GdS-Dedes, 2013, 243 ss.; en Hilgendorf/Kudlich/Valerius (eds.), Handbuch II, 2020, § 28/24 ss.; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 8/1 ss.; RUDOLPHI, SK I, 1.ª1975 a 5.ª1990, antes del § 1/17 ss.; SAINZ CANTERO, Lecciones, 3.ª 1990, 489 ss.; RUEDA MARTÍN, Cap. 6. La acción y la omisión, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2.ª 2016, 91 ss.; SÁNCHEZ CÁNOVAS, El nuevo paradigma de la inteligencia humana, Valencia, Tirant, 1986; SANTAMARIA, Prospettive del concetto finalistico di azione, Napoli, Eugenio Jovene, 1955; SEARLE, Intencionalidad. Un ensayo en la filosofía de la mente, Barcelona, Altaya, 1999; Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío, trad. Valdés Villanueva, Barcelona, Círculo de lectores (tb. en Oviedo, Nobel), 2000; SCHEWE, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz. Strafrechtsdogmatische Aspekte des Willensproblems in medizinisch-psichologischer Sicht, Lübeck, Schmidt-Römhild, 1972; SCHILD, Strafrechtsdogmatik als Handlungslehre ohne Handlungsbegriff, GA 1995, 101 ss.; Schleider, Acción y resultado: un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal, Buenos Aires, Didot, 2011; SCHLEIDER, Acción y resultado: un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal, Buenos Aires, Didot, 2011; SCHMIDHÄUSER, AT Lb, 2.ª 1975, 7/22 ss., 33, pp. 172 ss., 177 s.; AT Stb, 2.ª 1984, 5/5 ss., pp. 76 ss.; Begehung, Handlung und Unterlassung im Strafrecht: Terminologie und Begriffe, GdS-Arm Kaufmann, 1989, 131 ss.; EB. SCHMIDT, Der Arzt im Strafrecht, Leipzig, Th. Weicher, 1939; Soziale Handlungslehre, FS-Engisch, 1969, 338 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, StGB, de 18.ª 1975 a 26.ª 2000, antes de los §§ 13 ss./23 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/EISELE, StGB, 30.ª 2019, antes de los §§ 13 ss./23 ss.; SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen, O. Schwarz, 1971; Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschäft, GA 1995, 201; Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (eds.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, 1995, 49 ss.; (vers. resumida:) Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania, trad. S. Bacigalupo, en Gimbernat/Schünemann/Wolter**,** Omisión e imputación objetiva en DP, 1994, 11 ss.; SERRANO-PIEDECASAS, Crítica formal del concepto de la omisión, ADPCP 1993, 981 ss.; SILVA SÁNCHEZ, La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas). Comentario a la STS 23-9-1983, ADPCP 1986, 905 ss.; El delito de omisión, Barcelona, J.M. Bosch, 1986; Sobre los movimientos "impulsivos" y el concepto jurídico-penal de acción, ADPCP 1991, 1 ss.; ¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?, LH-Cerezo, 2002, 977 ss.; STRATENWERTH, Das rectstheoretische Problem der "Natur der Sache", Tübingen, Mohr, 1957 = El problema de la "naturaleza de las cosas" en la teoría jurídica, trad, Cerezo Mir, RDFUM 19 1964; AT, 1.ª 1971 y 2.ª 1976, 56 ss.; 3.ª, 1981, 60 ss.; 4.ª, 2000, § 6/1 ss.; PG, 1982, 58 ss.; 4ª, 2005, § 6/1 ss.; Unbewußte Finalität?, FS-Welzel, 1974, 289 ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6ª, 2010, § 6/1 ss.; STRUENSEE, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987, 53 ss. = El tipo subjetivo del delito imprudente, trad. Cuello Contreras y Serrano Gzlez. de Murillo, ADPCP 1987, 423 ss.; "Objektives" Risiko und subjektiver Tatbestand, JZ 1987, 541 ss.; Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit, GA 1987, 97 ss.; SUÁREZ MONTES, Weiterentwicklung der finalen Handlungslehre?, FS-Welzel, 1974, 379 ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, Lecc. 3: El comportamiento humano, en Demetrio/de Vicente/Matellanes, Lecc II, 2.ª 2015, 47 ss.; VELÁSQUEZ, PG, 2.ª 1995, cap. 12; Manual PG, 4.ª 2010, 5.ª 2013, cap. 10; VIVES ANTÓN, Fundamentos del sistema penal, Valencia, Tirant, 1996; Acción y omisión: tres notas a un "status quaestionis", LH-Ruiz Antón, 2004, 1113 ss.; La concepción significativa de la acción: presupuestos, implicaciones y consecuencias. Estudio preliminar en Ramos Vázquez, Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito, Valencia, Tirant, 2008, 11 ss.; Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos fundamentales, Valencia, Tirant, 2010; Lady Macbeth y la doctrina de la acción, LH-Orts, 2014, 941 ss.; tb. en Vives Antón/Cuerda

Arnau/Górriz (eds.), Acción significativa…, 2017, 17 ss.; VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU/GÓRRIZ *(eds.)*, Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal: (dos seminarios), Valencia, Tirant, 2017; WALTER, LK, 12.ª 2006/07, antes de § 13/28 ss.; V. WEBER, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, Jena, 1935; Grundriss, 2.ª 1948, 53 ss.; WEINBERGER, Studien zur formal-finalistischen Handlungstheorie. Beiträge zur allgemeinen Rechts- und Staatslehre, Frankfurt, Lang, 1983; WELZEL, Kausalität und Handlung, ZStW 51 1931, 703 ss.; Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 1939, 491 ss.; Um die finale Handlungslehre, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1949; Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1951, 2.ª 1955; Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre, 4.ª ed., Göttingen, O. Schwartz, 1961 = El nuevo sistema del DP, trad. Cerezo Mir, Barcelona, Ariel, 1964; Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, Marburg, Elwert, 1964; Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der lezten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, JuS 1966, 421 ss.; Ein unausrottbares Mißverständnis? Zur Interpretation der finalen Handlungslehre, NJW 1968, 425 ss.; La doctrina de la acción finalista, hoy (trad. Cerezo Mir), ADPCP 1968, 221 ss.; Lehrbuch, 2.ª 1949, 22 ss.; 11.ª 1969, 33 ss.; PG, 1987, 53 ss.; WESSELS, AT, 22.ª 1992, § 3 II, 19 ss.; WHITE *(ed.)*, The Philosophy of Action, Oxford University Press, 1968; La filosofía de la acción, México, Fondo Cultura Económica, 1976; WINCH, The Idea of a Social Science and its Relation with Philosophie, London, Routledge, 1973; Trying to Make Sense, Oxford, Blackwell, 1987; WITTGENSTEIN, Philosophische Untersuchungen, 1.ª ed. public. póstumamente, tanto en alemán, como en inglés como Philosophical Investigations, trad. de Anscombe, en ambas: Oxford, Blackwell, 1953; tb. 1953 en alem. en Frankfurt, Suhrkamp, y alem./ingl. en New York, Macmillan; eds. posteriores: hasta 3.ª alem. y 4.ª ingl.; Investigaciones filosóficas, trad. del inglés de García Suárez/Moulines, Barcelona, Crítica, 2008; vers. posterior: trad. del alemán, introd. y notas críticas de Padilla Gálvez, Madrid, Trotta, 2017; E. A. WOLFF, Der Handlungsbegriff in der Lehre von Verbrechen, Heidelberg, C. Winter, 1964; Das Problem der Handlung im Strafrecht, GdS-Radbruch, 1968, 291 ss.; VON WRIGHT, Explanation and Understanding, Ithaca, Cornel Univ. Press, 1971 = Explicación y comprensión, trad. Vega, Madrid, Alianza, 1979; Handlung, Norm und Intention, Berlin, de Gruyter, 1977; ZAFFARONI, Tratado III, 1981, 43 ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG, 2.ª 2002, 399 ss.; ZIELINSKI, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung u. Unrechtsausschluss, Berlin, Duncker & Humblot, 1973; ZUGALDÍA, en Zugaldía/Pérez Alonso, PG, 2002, 424 ss.

* * * * * *

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.

~Obediencia debida justificante tras la nueva legislación extrapenal y obediencia no debida exculpante o atenuante*~

I. LA OBEDIENCIA DEBIDA. NECESIDAD O NO DE SU REGULACIÓN EXPRESA Y AUTÓNOMA COMO EXIMENTE

La obediencia debida se mencionaba expresamente como eximente ya en el CP 1822 (art. 21: actuar forzado "por alguna orden de las que legalmente esté obligado a obedecer y ejecutar") y con la fórmula más simple "el que obra en virtud de obediencia debida" desde el CP 1848 hasta el CP 1944/1973 en el art. 8, 12.º. En cambio, en el art. 20 del actual CP 1995 se ha suprimido su mención expresa por considerarla superflua al entender que si la obediencia es *debida*, ya encaja en la eximente de cumplimiento de un deber[1], en este caso de un deber de obediencia a una orden vinculante u obligatoria. Aunque el deber en ambos casos emana de la ley, en el caso normal de cumplimiento del deber éste deriva directamente de una previsión legal ante un supuesto de hecho, mientras que en la obediencia debida la peculiaridad es que se trata de un deber que impone ciertamente la ley, pero a través de un intermediario: la orden o mandato vinculante que imparta una autoridad o un superior. No estamos ante una eximente de obediencia a órdenes u obediencia jerárquica sin más, que podría plantear si a veces es una causa sólo de exculpación cuando la orden no sea jurídicamente estrictamente obligatoria, sino que lo que se plantea es la subsistencia de la obediencia "debida", que no es sino una variante del cumplimiento del deber (expresamente mencionado en el art. 20, 7.º, y mayoritariamente, en la obediencia funcionarial, de deber en el ejercicio del cargo, contemplado asimismo en ese precepto, pero hay que tener en cuenta que de todos modos el cumplimiento del deber, como el ejercicio del derecho, oficio o cargo, aunque no se incluyeran expresamente como eximentes –como sucede en otros Códigos extranjeros–

* Una primera versión de este estudio sin la precisión "tras la nueva legislación extrapenal" en el título ("Obediencia debida justificante y obediencia no debida exculpante o atenuante") se publicó en LH-Bajo, Madrid, 2016, 243-262 (trabajo redactado antes de la jubilación del prof. Bajo en sept. de 2015, y donde por eso no se tenía en cuenta la nueva LPACP de oct. de ese año, pero que además entró en vigor en oct. de 2016). En esta nueva versión hay añadidos e importantes actualizaciones legislativas y bibliográficas. Los arts. sin indicación del texto legal corresponden al actual CP español de 1995.

[1] Así p. ej. QUERALT, La obediencia debida, 1986, 448; BERDUGO/ARROYO/ET AL., Curso PG, 2.ª 2010, 311; POLAINO, Leccs PG II, 2013, 156; MIR, PG, 10.ª 2015/2016, 18/58.

en el catálogo del art. 20, no dejarían de ser causas de exclusión de la antijuridicidad en virtud del principio de unidad del ordenamiento jurídico en lo lícito o permitido[2]). Lo que sí hay que dejar claro es que la desaparición de su mención expresa en el art. 20 de ningún modo supone la supresión de la obediencia debida como eximente y concretamente como causa de justificación de cumplimiento del deber del art. 20, 7.º (que en algunos casos excepcionalmente supondrá adecuación social, cotidianeidad y absoluta normalidad de la obediencia a la orden y por tanto causa ya de atipicidad[3]). No obstante, una regulación expresa podría tener la ventaja de que la ley la aprovechara para concretar con carácter general los casos en que no hay deber de obediencia a órdenes del superior y aquellos en que sí lo hay, acabando con la fragmentaria regulación actual de la cuestión en algunas leyes sólo para algunos campos de actividad y contribuyendo por tanto a una mayor seguridad jurídica.

II. ÁMBITO. NATURALEZA Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN O DE EXCULPACIÓN

1. Ámbito

Su ámbito de aplicación como caso de cumplimiento del deber es el de la obediencia jerárquica, pero no sólo entre funcionarios del inferior al superior, sino, como ha destacado entre nosotros *Queralt* [4], también en el campo de la obediencia política, o sea obediencia cívica o ciudadana a órdenes de la autoridad. No opera, como veremos *infra* II.2 b1), III.1, la obediencia debida en el ámbito laboral-empresarial, grupal o de una banda o familiar o doméstico.

2. Naturaleza y ubicación sistemática. Obediencia a órdenes plenamente jurídicas como causa de justificación (o incluso de atipicidad). Obediencia a órdenes antijurídicas como causa de justificación o de exculpación

Ciñéndonos en principio a las órdenes de la autoridad (aunque al final –IV–se aludirá también a la naturaleza de la obediencia laboral o familiar), se ha discutido la naturaleza jurídica de la obediencia a las mismas y por tanto la ubicación sistemática de

[2] Así p. ej. JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 2002], § 31 III 1; ROXIN, AT, 4.ª 2006, § 14/31 ss.; PG, 2.ª 1997, § 14/30 ss.; LUZÓN PEÑA, Leccs PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 25/5.

[3] Cfr. LUZÓN PEÑA, Leccs PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 20/16 ss.

[4] La obediencia debida, 1986, 34 s., 75 ss.

la eximente dentro de las categorías de la teoría del delito. Se pueden distinguir los siguientes supuestos:

a) Obediencia a órdenes plenamente jurídicas.

La orden es plenamente conforme a Derecho o jurídica, sin ninguna infracción del ordenamiento jurídico, grave o leve, evidente o no. En tal caso está claro que la orden es obligatoria o vinculante para el funcionario inferior o para el ciudadano, por lo que la obediencia es debida y tal cumplimiento del deber excluye la antijuridicidad de la realización de la conducta[5] en principio típica. En algunos casos más bien excepcionales, cuando la obediencia suponga el cumplimiento absolutamente normal, habitual y aproblemático de una actuación ordenada de restricción de algún bien jurídico poco importante, como la ejecución de una sanción administrativa de multa, tal exclusión de la antijuridicidad supondrá además adecuación social (y jurídica) y por tanto una causa ya de atipicidad por falta de toda relevancia jurídica. En el resto de los supuestos la obediencia debida a una orden plenamente jurídica supone una causa de justificación, que excluirá no sólo el desvalor de la acción sino también el del resultado cuando *ex post* resulte que efectivamente se produce el resultado deseado jurídicamente, que será lo normal, pero que puede excluir sólo el desvalor de la acción cuando la orden jurídica que base en un juicio plenamente fundado racionalmente de que concurren los requisitos que legitiman la orden, p. ej. una sentencia condenatoria en lo penal o en lo civil o un auto ordenando una medida cautelar como la prisión provisional, pero *ex post* se compruebe, p. ej. con un recurso de revisión, que se ha impuesto la condena o la medida a un inocente y por tanto se ha producido un desvalor del resultado[6].

b) Obediencia a órdenes antijurídicas.

Para un sector muy extendido en la doctrina antigua las órdenes antijurídicas, que infringen de algún modo el ordenamiento jurídico, no son nunca obligatorias, por lo que no se puede plantear una obediencia debida a las mismas como causa de justificación, aunque sí como posible causa de exculpación por miedo, coacción o presión de quien recibe la orden antijurídica[7]. Sin embargo, como vamos a ver a continuación, sí que hay

[5] Así por todos, COBO/VIVES, PG, 5.ª 1999, 479 ss.; CUELLO CONTRERAS, PG I, 3.ª, 2002, X/238; DONNA, PG, III, 2008, 380; *Mir*, PG, 10.ª 2015/2016, 18/59,65.

[6] Sobre las características y efectos de las causas de justificación sólo de la acción pero no del resultado v. LUZÓN PEÑA, Leccs PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 20/23 s., 25/8 s., 20.

[7] Así por considerar contradictorio que la obediencia sea conforme a Derecho y en cambio la orden obedecida sea antijurídica y genere responsabilidad en el superior, p. ej., ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 272

algunas órdenes antijurídicas que son pese a ello jurídicamente vinculantes; y por tanto hay que distinguir dentro de las órdenes antijurídicas:

1) Órdenes antijurídicas obligatorias o vinculantes.

Hay órdenes antijurídicas, con alguna infracción del Derecho que pese a ello, como veremos a continuación (III), el Derecho prefiere que sean obligatorias y que sean obedecidas, según unos sistemas cuando no sea evidente o manifiesta la infracción jurídica o según otros sistemas cuando no sea de tal gravedad que haga nula la orden. En tal caso hay obediencia debida, que constituye una causa de justificación[8] que puede interpretarse que excluye sólo el desvalor objetivo de la acción por un interés preponderante en la efectividad de la orden, pero que no desaparece el desvalor del resultado porque se hace cumplir un acto con alguna infracción del ordenamiento. Ciertamente cabe también otro entendimiento, el de que la causa de justificación excluye también el desvalor del resultado porque al fin y al cabo se produce el resultado que en su conjunto es valorado por el Derecho como más deseable que se produzca, a no ser que, exactamente igual que en la obediencia a órdenes jurídicas, la orden antijurídica por lo

ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, La ley y el delito, 2.ª, 1954, 436 ss.; Tratado VI, 1962, 800 ss.; VIVES, EPCr V, 1982, 145; DÍAZ PALOS, LH-Pérez-Vitoria, 1983, 200-203; QUINTERO, DP, PG, 2.ª 1989, 513; QUINTERO/MORALES, PG, 4ª, 2010, 602 s.; MORILLAS, PG II-I, 2008, 300 s. (exculpación por error o por estado de necesidad subjetivo); DONNA, PG, III, 2008, 380, 383; VILLAVICENCIO, PG, 2006, 644 ss., inexigibilidad; RUSCONI, PG, 2009, 273 s., caso especial privilegiado como error invencible; NÁQUIRA, PG, 2015, 630 ss., inexigibilidad; o por esas razones niegan que haya órdenes antijurídicas obligatorias (pero sin decir tampoco que puedan ser disculpantes): p.ej. COBO/VIVES, PG, 5.ª 1999, 479 ss., 485; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, Comp PG, 3.ª 2011, 359 s.; 8.ª 2019, 413 s.

[8] Doc. dom. en Alemania: cfr. con ulteriores citas JESCHECK, AT, 4.ª [PG 1981] y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 2002], § 35 II 3 ss.; ROXIN, AT I, 4.ª 2006 [PG I, 1997], § 17/19; RÖNNAU, LK, 2, 12.ª 2006, antes del § 32/298. Y en España, ya desde la doc. antigua: así p. ej. PACHECO, SILVELA, ÁLVAREZ CID, BERNALDO DE QUIRÓS, JIMÉNEZ DE ASÚA (en sus Adiciones al Tratado de Liszt, posteriormente cambia), CASTEJÓN, CUELLO CALÓN (hasta la 3.ª ed. de la PG) o QUINTANO, cits. por JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado VI, 1962, 799; en la doc. moderna cfr. por todos, con ulteriores citas, CEREZO, REP 173 1966, 347 ss.; Curso II, 6.ª, 1998, 224 ss., 306 ss.; PG, 2008, 538 ss., 625 ss.; CÓRDOBA, Coment I, 1972, 397 s.; LUZÓN PEÑA, Aspectos esenciales leg. defensa, 1978, 306 ss.; Leccs PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 25/117 ss.; QUERALT, La obediencia debida, 1986, 413 ss, 448; BUSTOS, Manual PG, 4.ª 1994, 343 ss., 345; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.ª, 1995, 521 ss.; PAREDES, APen 1997, (319 ss.), 331 ss.; CUELLO CONTRERAS, PG I, 3.ª, 2002, X/238 ss., y n. 436; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 8.ª 2010, 341 s., 11.ª 2022, 314 s.; MIR, PG, 10.ª 2015/2016, 18/59 ss. En la doc. iberoamericana FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, DP fundamental II, 2.ª 1989, 360; VELÁSQUEZ, Manual PG, 4.ª, 2010, 471 ss.; REALE JÚNIOR, PG, 4.ª 2013, 196 s. (para la orden no manifiestamente ilegal, pese a tratar la obed. jerárquica entre las causas de exculpación); peculiar ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2.ª 2002, 761 s. sostienen que si hay un deber de actuación porque la orden no es manifiesta o evidentemente antijurídica en su contenido y el inferior no tiene deber de revisarla, hay atipicidad, pero que, no siendo obligatoria, el inferior puede sin embargo cumplirla amparado por estado de necesidad para evitar un mal mayor.

En contra quienes, por entender contradictorio que la obediencia sea conforme a Derecho y en cambio la orden obedecida sea antijurídica y genere responsabilidad en el superior, la consideran sólo causa de exculpación: v. n. anterior.

demás se base en un juicio racionalmente fundado *ex ante* de que concurren los presupuestos materiales para dictarla, pero *ex post* se compruebe que tal juicio era erróneo y se produzca un desvalor del resultado.

2) Órdenes antijurídicas no obligatorias o vinculantes.

Cuando la antijuridicidad de las órdenes es muy relevante –según los sistemas, por su evidencia o por su gravedad–, tales órdenes de la autoridad o superior jerárquico no son vinculantes, el inferior, sea militar, funcionario o ciudadano, no tiene deber u obligación de cumplirlas y por tanto no cabe invocar la obediencia debida como causa de exclusión de la antijuridicidad[9]. No obstante, la presión que supone la orden sobre el inferior o sobre el ciudadano como mínimo disminuye su culpabilidad si la obedece y la cumple, por eximente incompleta de miedo, por atenuante analógica de semi-inexigibilidad o incluso en algunos casos por error de prohibición vencible si el sujeto la consideraba obligatoria; pero en casos extremos de presión o coacción, que pueden ser más frecuentes en el ámbito militar o policial podrá haber una causa de exculpación o exclusión de la culpabilidad por miedo insuperable, eximente analógica de inexigibilidad individual o en casos excepcionales (más posibles en el caso de simples ciudadanos que en el de militares o funcionarios) por error de prohibición subjetivamente invencible. Hay que advertir finalmente que fuera de la obediencia a la autoridad la situación es idéntica en el ámbito de la obediencia laboral o familiar-doméstica, o sea, del empleado a órdenes del empresario o jefe o del menor (aunque éste sólo responde por la LORPM y no por el CP) o incluso del cónyuge a órdenes del padre o del esposo; tales órdenes de cometer un hecho típico son no sólo antijurídicas (y delictivas, penalmente antijurídicas) sino además siempre no obligatorias, por lo que nunca hay deber de obediencia a las mismas, pero exactamente igual que en el ámbito de la obediencia jerárquica funcionarial o ciudadana, y por las mismas razones de presión o miedo a la pérdida de empleo o repercusiones laborales desfavorables o a la reacción violenta o muy desagradable del padre o marido,

[9] Al igual que puede ocurrir en el ejercicio del cargo sin obedecer una orden, la actuación de la autoridad puede incluso ser ilegítima y no estará justificada por obediencia debida aun teniendo la orden del superior cobertura formal en alguna ***disposición legal***, si ésta es nula e inconstitucional por ser absoluta y radicalmente injusta, como, según la opinión que comparto, ocurría con la legislación y su ejecución en el Estado nazi que permitía brutales confiscaciones, confinamientos, deportaciones etc. de los judíos y otros elementos antisociales, y después en la comunista Alemania oriental (RDA) autorizando o imponiendo a los "guardianes o tiradores del muro" disparar a matar a los ciudadanos que intentaban burlar el muro transfronterizo y escapar a la Alemania occidental. Pero para el inferior ciertamente en algunos casos podría darse la atenuación o incluso exclusión de culpabilidad que se indica a continuación en el texto.

puede atenuar su culpabilidad o excluirla en casos extremos de inexigibilidad individual (o de error de prohibición invencible). Sobre ello v. *infra* IV.

III. LA OBEDIENCIA DEBIDA A ÓRDENES ANTIJURÍDICAS OBLIGATORIAS

1. Existencia o no de órdenes antijurídicas vinculantes u obligatorias

Como ya he anticipado, aunque ha habido posiciones, sobre todo en la doc. antigua, que han negado que pueda haber deber de obediencia a órdenes o mandatos antijurídicas, con lo que en tal caso a lo sumo cabría exclusión o disminución de la culpabilidad, pero no de la antijuridicidad, sin embargo es correcta la doctrina contraria, hoy claramente mayoritaria, que admite la existencia de órdenes o mandatos vinculantes pese a tener alguna clase de antijuridicidad.

En las órdenes antijurídicas que pese a ello son obligatorias para el inferior y por tanto generan deber jurídico de obediencia y consiguientemente la conducta del que las cumple es justificada, lícita, estamos ante supuestos de una clara ponderación de intereses en la que *el ordenamiento jurídico considera preponderante y preferente el interés en el cumplimiento de la orden* para el mantenimiento de la disciplina en las relaciones jerárquicas o para el mantenimiento del principio de autoridad en la obediencia ciudadana y en todo caso para preservar la ejecutoriedad de las órdenes de las autoridades y a través de ellas la efectividad de los fines públicos que pese a su vicio persiguen, frente al posible interés que en principio podría haber en no facilitar la efectividad de un acto administrativo que contiene una infracción jurídica, cuando tal infracción no es de las más graves; interés que es hasta tal punto preponderante que el Derecho no ya permite cumplir la orden antijurídica, sino que mantiene la obligatoriedad de su cumplimiento.

Ello ocurre en el Derecho público en el ámbito de la disciplina jerárquica de funcionarios o de civiles en relaciones especiales de sujeción en el ámbito administrativo o judicial o en el ámbito militar cuando la antijuridicidad de la orden no es muy grave y se considera más importante el mantenimiento de la disciplina como medio imprescindible de un eficaz cumplimiento de las funciones públicas al servicio de la comunidad. Pero desde luego no ocurre ni se admite, como declara reiteradamente la jurisprudencia, en el Derecho privado, en los ámbitos laboral o familiar o doméstica, en los que no hay obediencia debida a órdenes empresariales o paternas antijurídicas, porque el ordenamiento no considera que haya un interés jurídico superior en el cumplimiento y

obediencia de órdenes de los empresarios o sus representantes a los trabajadores o de los padres o tutores a los menores (y menos eventuales órdenes del marido a la mujer, que a diferencia de la antigua regulación civil ya no tiene ningún deber de obediencia) frente al interés jurídico general en que se respeten las reglas y prohibiciones jurídicas, y aquí jurídicopenales, también en el seno de la empresa o la familia; no obstante, como hemos visto, pese a que nunca es causa de justificación, puede atenuar la culpabilidad o en casos extremos ser una causa de exculpación.

2. Teoría o criterio de la evidencia o apariencia

El criterio de la evidencia o apariencia, o la llamada teoría de la evidencia o apariencia, hace depender la no obligatoriedad de la orden o mandato de que su antijuridicidad, la infracción de alguna norma jurídica por parte de la misma en cuanto al contenido, la competencia o la forma[10] aparezca para todos como evidente, manifiesta, ostensible o palmaria, es decir de tal claridad que no ofrece duda a nadie. Por el contrario, las órdenes antijurídicas, pero que no sean evidente o manifiestamente antijurídicas, son obligatorias o vinculantes, generan obediencia debida[11] por mucha entidad que pueda tener la infracción de la norma. El criterio de la evidencia puede invocar a su favor la ventaja de la sencillez y claridad y por ello de favorecer la seguridad jurídica, pues en todos los casos en que no esté totalmente clara la antijuridicidad, en la duda se prefiere la disciplina y el principio de autoridad y el destinatario de la orden sabe que está obligado a obedecerla y cumplirla. Como luego veremos (*infra* III.4 b), la doctrina mayoritaria tradicional española ha basado su apoyo a la teoría de la evidencia o apariencia en la exención de pena prevista en el art. 410.2 CP (o en el 369, 2º del CP anterior) para la desobediencia del funcionario a un mandato que suponga una infracción legal

[10] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2.ª 2002, 761 s., consideran no obligatorias las órdenes evidentemente antijurídicas pero sólo en cuanto a su contenido; MIR, PG, 10.ª, 2015/2016, 18/61-64, examina primero los requisitos de competencia y de forma, y posteriormente (65 ss.) plantea sólo en cuanto al contenido de la orden la discusión entre la teoría de la apariencia y la de la nulidad. Pero realmente la discusión entre ambas teorías o criterios se puede plantear también respecto de los requisitos de competencia y de forma de la orden.

[11] Doc. dom.: así p. ej. MIR, Adiciones a Jescheck, Tratado PG, 1981, 550; PG, 10.ª 2015/2016, 18/71 ss., con importantes argumentos; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD, 1984, 415 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 1986 265 ss.; QUERALT, La obediencia debida, 1986, 216 ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, El delito de desobediencia, 1987, 256 ss., 260 ss. (pero considera que los actos no manifiestamente antijurídicos realmente no son antijurídicos por la presunción de legalidad); RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.ª, 1995, 341 ss.; JUANATEY, El delito de desobediencia, 1997, 114 ss.; BERDUGO/ARROYO/ET AL., Curso PG, 2.ª 2010, 311; LACRUZ LÓPEZ, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso, PG, 2.ª 2015, 475 s.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2.ª 2016, 246 (pero tanto LACRUZ como HERNÁNDEZ PLASENCIA citan como órdenes manifiestamente ilícitas precisamente las nulas según la legisl. administrativa); LANDECHO/MOLINA, PG, 11.ª 2020, 357; y la gran mayoría de los cits. *supra* en n. 8.

manifiesta[12], pero actualmente se puede encontrar más adecuadamente su base legal en otras disposiciones extrapenales que establecen cuándo hay deber de obediencia y cuándo no.

3. Teoría o criterio de la nulidad

Frente a esto, el criterio o teoría de la nulidad supone la utilización de un criterio no formal, sino de gravedad material de la infracción de la norma en la orden o mandato para delimitar cuándo el mandato no es obligatorio y vinculante y cuándo sí lo es pese a su antijuridicidad[13]. Concretamente se parte de la distinción, que se efectúa en Derecho administrativo y procesal, entre actos (administrativos o judiciales) nulos como totalmente inválidos y no vinculantes y actos solamente anulables, que pueden ciertamente ser inválidos (lo serán si son impugnados y se acuerda su anulación, pero también pueden ser convalidados) pero son obligatorios, o actos meramente irregulares, que siguen siendo válidos y obligatorios. Por ello, cuando el acto de la autoridad es una orden o mandato, no habrá obediencia debida a las órdenes antijurídicas nulas de pleno derecho por graves infracciones (vicios) de contenido, competencia o forma, ya que no son obligatorias, mientras que, como sí son obligatorias, hay obediencia debida a las órdenes que por infracciones de normas jurídicas en el contenido, competencia o forma son sólo anulables y con mayor razón a las órdenes antijurídicas con leves infracciones jurídicas de forma que son simplemente irregulares pero no inválidas. Y en consecuencia se aplica la regulación del Derecho administrativo o procesal sobre actos nulos, anulables o irregulares[14].

---

[12] Así p. ej. GÓMEZ BENÍTEZ, TJD, 1984, 415; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.ª, 1995, 341; BERDUGO/ARROYO/ET AL., Curso PG, 2.ª 2010, 311; LACRUZ LÓPEZ, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso, PG, 2.ª 2015, 475 s., pero tb. basándolo en 474 s. en preceptos de leyes administrativas y militares; LANDECHO/MOLINA, PG, 11.ª 2020, 357.

[13] Un peculiar criterio material para decidir cuándo hay justificación defiende PAREDES, APen 1997, 332 ss., proponiendo que se atienda a la finalidad material perseguida con la Administración con la orden, lo que exige (338) ponderar en el caso concreto.

[14] Defienden la teoría de la nulidad en la doc. alemana STRATENWERTH, Verantvortung u. Gehorsam, 1958, 142 ss.; THIELE, JR 1975, 354. En la doctrina española, antes de las posteriores leyes que han ido consagrando el criterio de la evidencia o apariencia (antiguo CJM tras su reforma en 1980, actual CPM de 1985, LOFCS de 1986 y L 7/2007: v. *infra* III.4 b), hemos defendido el criterio de la nulidad CÓRDOBA, Las eximentes incompletas en el CP, 1966, 330 ss.; Coment I, 1972, 389 ss., 397 s.; CEREZO, REP 173, 1966, 319 ss., 340 ss. (aunque en 341 añadía que de la eximente del anterior art. 369, 2º para el delito de desobediencia se deducía que los actos o mandatos evidentemente antijurídicos no son obligatorios; posteriormente, tras la regulación del CPM y la LOFCS sostiene en su Curso que en Derecho español rigen cumulativamente los criterios de la evidencia y la nulidad: Curso II, 6.ª, 1998, 306-309; PG, 2008, 626-629; igual DÍEZ RIPOLLÉS, PG, 5.ª 2020, 333); LUZÓN PEÑA, Aspectos esenciales leg. defensa, 1978, 306 ss., siguiendo a CEREZO; ROLDÁN BARBERO, LL 1996-1, 1799 ss.; OLMEDO CARDENETE, en Cobo dir.,

En Derecho administrativo son actos nulos de pleno derecho[15], y por tanto lo serán los que consistan en mandatos u órdenes, según el art. 47 LPACAP de 2015 (coincidente sustancialmente con los correspondientes arts. de las anteriores leyes: art. 62.1 LRJAP de 1992, que mantenía y ampliaba los supuestos de nulidad del art. 47 LPA de 1958)[16], por razón del contenido, según la letra a) "los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional" y según la letra d) "los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta"[17] (además de los mencionados en las letras c y f, que no interesan en el contexto de la obediencia debida); por vicios de competencia según la letra b) "los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio", criterio en que el vicio de fondo coincide con el criterio de la ostensibilidad o evidencia; y por vicios de forma según la letra e) "los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de voluntad de los órganos colegiados". La nulidad de pleno de derecho se aprecia de oficio, pudiendo hacerlo en todo momento la administración (art. 106.1 LPACAP, como los anteriores arts. 102.1 LRJAP y 109 LPA) y no cabe posible convalidación, y no se trata de anulación del acto sino de simple declaración de nulidad *ab initio* del mismo, que por eso mismo no es obligatorio. La anulabilidad del acto, que puede producir su anulación aunque sólo si es impugnado, pero que también es susceptible de convalidación por la administración (art. 52 LPACAP, como antes el 67 LRJAP y el 53 LPA), se regula en el art. 48 LPACAP (como los anteriores 63 LRJAP y 48 LPA), que en su ap. 1 establece que "Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder". Ello rige de entrada para las infracciones de

ComCP, II, 1999, 575 ss. Una versión restringida mantiene JAVATO, en Ruiz Rodríguez/Lorente/Ayuso (coords.), Estudio multidisciplinar, 2016, 199 s.: no son obligatorias las órdenes más gravemente antijurídicas por su contenido: las de cometer un delito. Expresamente en contra de la teoría de la nulidad MIR, Adiciones a Jescheck, Tratado PG, 1981, 550; PG, 10.ª 2015, 18/71 ss., con importantes objeciones y argumentos a favor de la teoría de la apariencia; QUERALT, La obediencia debida, 1986, 216, 218.

[15] Exponen tb. la regulación de la legislación administrativa y procesal que se detalla a continuación CEREZO, Curso II, 6.ª, 1998, 226 s.; PG, 2008, 541 s.; LACRUZ LÓPEZ, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso, PG, 2.ª 2015, 474 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, PG, 5.ª 2020, 333. Sobre la regulación anterior, especialmente en los arts. 47 ss. LPA de 1958 cfr. CEREZO, REP 173, 1966, 339 ss.; LUZÓN PEÑA, Aspectos esenciales leg. defensa, 1978, 278 ss.

[16] La LPACAP: Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (L 39/2015, de 1-10, que entró en vigor el 2-10-2016) ha sustituido en cuanto a procedimiento administrativo a la LRJAP: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (L 30/1992, de 26-11), que a su vez derogó parcialmente la LPA: Ley de Procedimiento Administrativo, de 17-7-1958.

[17] En cambio, en el art. 47 1 b LPA era nulo el acto constitutivo de "delito", aunque había quienes, pese a la definición del CP como concepto contrapuesto a falta, lo interpretaban como equivalente a delito o falta: cfr. LUZÓN PEÑA, Aspectos esenciales leg. defensa, 1978, 280.

contenido, que son cualesquiera otras infracciones jurídicas que no den lugar a nulidad, y para las infracciones de competencia, que son las distintas de la manifiesta incompetencia territorial o funcional, es decir las de incompetencia jerárquica (lo que se confirma en el art. 52.3 LPACAP, que permite su convalidación, igual que antes el 67.3 LRJAP). En las infracciones de forma, no pueden ser las del art. 41.1 e LPACAP (igual el anterior 62.1 e LRJAP) que dan lugar a nulidad, pero también hay limitaciones para que provoquen anulabilidad en los aps. 2 y 3 del art. 48 LPACAP (igual que el anterior art. 63.2 y 3 LRJAP), ya que según el 48.2 "No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados" y según el 48.3 "La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo". Ello significa, como admite la doctrina, que hay infracciones jurídicas de forma no esenciales, que no reúnen los requisitos citados de la nulidad ni tampoco los de la anulabilidad y suponen mera irregularidad del acto, que no lo invalida ni le priva de su carácter obligatorio.

En cuanto a la obediencia a órdenes judiciales rige la regulación del Derecho procesal, que en el art. 238 LOPJ de 1985 declara la nulidad de actos por graves vicios de competencia o de forma al disponer que "Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:/ 1. º Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional./ 2. º Cuando se realicen bajo violencia o intimidación./ 3. º Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión./ 4. º Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva./ 5. º Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial./ 6. º En los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan.". Así p.ej. el art. 11.1 LOPJ declara la nulidad ("no surtirán efecto") de "las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales", por lo que hay que entender también nulo el acto que ordene obtener tales pruebas. Al no mencionar el art. 238 infracciones de contenido, hay que entender que no son nulas las resoluciones judiciales, sentencias o autos, por mucho que su contenido sea gravemente antijurídico y en efecto la doctrina procesal considera siempre obligatorias las resoluciones judiciales firmes. No obstante, un sector de la doctrina penal

hace una excepción si el contenido de la sentencia o resolución es manifiesta, clara y terminantemente antijurídico, en cuyo caso ya no será obligatorio cumplirla en virtud del actual art. 410.2 CP o del art. 369,2,º del anterior CP[18]; ello es correcto hoy, dado que las leyes extrapenales reguladoras de la obediencia debida han consagrado el criterio de la evidencia: v. *infra* III.4 b, pero se deriva del criterio de la evidencia, no del de la nulidad. El art. 242 LOPJ prevé un supuesto de anulabilidad por motivo de forma: "Las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido sólo podrán anularse si lo impusiere la naturaleza del término o plazo".

4. Valoración de ambas teorías y situación legal

a) Valoración de ambos criterios con independencia de la regulación legal

Valorando en abstracto ambos criterios al margen de si hay toma de posición legal (que, como vamos a ver a continuación, sí la ha habido en Derecho español con sucesivas leyes a partir de 1980 que han tomado posición a favor del criterio de la evidencia), parece preferible la teoría o criterio de la nulidad porque hace depender la no obligatoriedad u obligatoriedad de los actos y mandatos del criterio material de la mayor o menor gravedad de la infracción de normas jurídicas, lo que explica mejor que el criterio formal de la evidencia o carácter manifiesto u ostensible o no de la antijuridicidad, sea ésta grave o leve, el hecho de que en la ponderación de intereses en conflicto se considere de más peso el obstáculo de una infracción grave o muy grave de normas que el interés en que se ejecuten las órdenes de la autoridad, y que en cambio pese más este interés que el obstáculo de que una orden no nula pero antijurídica implique una infracción de normas leve.

Por un lado la teoría de la nulidad en los casos de antijuridicidad no grave de la orden, o sea de anulabilidad o irregularidad, por muy evidente que sea, la considera de poca entidad y sostiene por ello que es obligatoria y sigue habiendo obediencia debida a la misma, optando por la mayor amplitud de la causa de justificación; esto, desde la perspectiva del respeto al principio de legalidad, y dado que la regulación administrativa y procesal de los actos anulables o irregulares establece su obligatoriedad, se explica mejor si no hay una regulación legal específica que disponga lo contrario para el caso de evidencia; y sobre todo se explica mejor que el criterio de la evidencia desde una

[18] Así CEREZO, Curso II, 6.ª, 1998, 227; PG, 2008, 542; ya antes en la legislación anterior CEREZO, REP 173 1966, 347 ss.; CÓRDOBA, Coment I, 1972, 397.

perspectiva material: por muy evidente que sea una infracción secundaria y poco relevante, sigue teniendo poco peso en comparación con el interés en la eficacia y ejecutoriedad de los actos sólo irregulares no invalidantes o los meramente anulables o impugnables, pero que, mientras no se acuerde judicialmente su anulación o al menos sus suspensión deben ejecutarse. Por otro lado, en el caso de mandatos antijurídicos nulos aunque no sean evidentes, la teoría de la nulidad excluye la obediencia debida a los mismos, lo que ciertamente supone aquí una restricción de la amplitud de la causa de justificación en comparación con la solución de la teoría de la evidencia, pero es una restricción con plena base legal por la no obligatoriedad de los actos nulos de pleno derecho según la regulación general del Derecho administrativo y procesal, y sobre todo es una solución que se explica materialmente muy bien desde la perspectiva de la ponderación de los intereses, ya que se comprende bien que el interés en el mantenimiento de la disciplina o el principio de autoridad ceda cuando hay un obstáculo de más peso como es el que ello haría prevalecer una infracción muy grave del Derecho, tanto que provoca la nulidad radical del acto, por mucho que en concreto ello no sea evidente y manifiesto. En los casos de nulidad de la orden por su contenido, particularmente por lesionar el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales y sobre todo por constituir la orden y su cumplimiento un delito, sería intolerable que la falta de evidencia de ello provocara la obligatoriedad de cumplir la orden (como resulta de la teoría o criterio de la evidencia) cuando esa falta de evidencia se deba a que el superior consigue hábilmente enmascarar frente a la mayoría el carácter delictivo o vulnerador de derechos fundamentales, pero el destinatario de la orden lo conoce (hay sin embargo una interpretación posible, de que tal carácter sí es evidente, para evitar esta consecuencia intolerable: v. *infra* III.4 b, últ. párrafo). En cambio, en el otro supuesto de no evidencia de la nulidad, el carácter dudoso de la misma para todos, ya entra dentro de lo discutible que se siga aquí la solución de la teoría de la evidencia.

Hay que reconocer sin embargo, como ya he apuntado, que la teoría de la evidencia tiene a su favor la claridad y sencillez del criterio y la facilidad de captación por todos los destinatarios de la norma, lo que favorece la seguridad jurídica, lo cual es probablemente la razón fundamental de la continua preferencia de este criterio en la legislación, mientras que la distinción entre nulidad y anulabilidad en los distintos casos es técnicamente más compleja y más difícilmente accesible incluso para los funcionarios. Por otra parte, en contra de la teoría de la nulidad MIR sostiene que también son eficaces y obligatorios los

actos nulos por el contenido mientras no se declare su nulidad, puesto que gozan de ejecutoriedad igual que los anulables, con lo que sí hay deber de obediencia a los mismos salvo caso de evidencia[19]. Esta objeción es grave, puesto que, si fuera así, toda la teoría de la nulidad carecería de fundamento. Sin embargo, CEREZO con razón rebate esta pretendida equiparación de nulidad y anulabilidad en obligatoriedad, destacando que el que los actos nulos puedan tener ejecutoriedad de facto en tanto no se declare su nulidad por la administración o se impugnen por el particular "no afecta a su radical carencia de obligatoriedad" y subraya que el particular puede alegar nulidad en cualquier momento y sus efectos se retrotraen al momento de realización del acto y sobre todo que según el art. 102.1 LRJAP las administraciones pueden en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado y previo dictamen favorable del órgano consultivo, declarar de oficio la nulidad de los actos enumerados en el art. 62.1, mientras que el acto anulable es obligatorio mientras no se impugne y anule, pero además como vimos la administración puede convalidarlo[20].

b) Situación legal actual

No obstante, en Derecho español desde 1980 hay múltiples ***regulaciones legales*** que, primero en campos concretos empezando por el militar y siguiendo por el policial y finalmente con carácter general para los funcionarios, toman posición expresa sobre cuándo hay obediencia debida y cuándo no y sin excepción **acogen el criterio (o teoría) de la evidencia** como característica que determina la única excepción a la obligatoriedad de la orden del superior[21].

No ocurría esto antes de 1980, en que el anterior CP 1944/1973 consagraba en el art. 8, 12.º la eximente de obediencia debida pero no decía cuándo era debida, y tampoco lo decía, pese a que la doc. mayor. entendiera que sí, en el delito de desobediencia de funcionarios su art. 369, 2.º, equivalente al actual art. 410.2 CP 1995, al declarar que "no incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley", porque cabía entender que tal precepto consagraba sólo una exención de responsabilidad penal –una causa de exclusión sólo de la tipicidad penal– para la

[19] MIR, PG, 10.ª, 2015/2016, 18/77-78.
[20] Así CEREZO, Curso II, 6.ª, 1998, 225 s. n. 61; DP PG, 2008, 540 s. n. 61.
[21] Ello me ha llevado a reconocer en mis Lecciones PG, 2.ª/ 3.ª 2012/2016, 25/127 ss., frente a mi anterior defensa del criterio de la nulidad, que actualmente el Derecho positivo español acoge inequívocamente la teoría de la evidencia.

desobediencia en tal caso pero sin pronunciarse sobre si la obediencia era debida y podía ocurrir que conforme a las normas generales administrativas o judiciales el mandato pese a su infracción manifiesta de ley fuera obligatorio y por tanto su desobediencia fuera sancionable disciplinariamente aunque no se incurriera en responsabilidad penal[22].

Ahora bien, para el ámbito militar, en primer lugar en la reforma por LO 9/1980, de 6-11, del antiguo CJM (Código de Justicia Militar) de 1945, se configuró la eximente de obediencia debida definiendo cuándo no es debida y por tanto cuándo sí en el art. 185, 12.º: "El que obra en virtud de obediencia debida. Se considera que no existe obediencia debida cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de guerra o constituyan delito, en particular, contra la Constitución"; y dicho criterio de lo manifiestamente antijurídico ha sido mantenido en el art. 21 del anterior Código Penal Militar (CPM de 9-12-1985), que remitía a las eximentes del CP y añadía: "No se estimará como eximente o atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o usos de guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución", e igualmente en el nuevo CPM 2015 (LO 14/2015, de 14-10), al establecer cuándo no hay delito de desobediencia en el art. 44.3: "No obstante, en ningún caso incurrirán en responsabilidad criminal los militares por desobedecer una orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito, en particular contra la Constitución, o una infracción manifiesta, clara y terminante de una norma con rango de ley o del Derecho Internacional de los conflictos armados.". Y en 1986, ahora para el ámbito de la actuación policial, el art. 5.1 d LOFCS (LO 2/1986, de 13-3) vuelve a definir cuándo hay y cuándo no obediencia debida en este campo, al establecer dentro de los principios básicos de actuación policial el de "Sujetarse en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación. En ningún caso la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o las Leyes".

Con la redacción de la obediencia debida militar en el antiguo CJM y en el anterior CPM de 1985 se podía entender ya que "manifiestamente" abarcaba tanto a los actos

[22] Así lo interpretaba yo en 1978: cfr. LUZÓN PEÑA, Aspectos esenciales leg. defensa, 1978, 307 s., señalando en 306 s. que, como destaca CEREZO (REP 173 1966, 340 n.79), el 369,1º sólo castigaba al funcionario que se negara a dar el *debido* cumplimiento a mandatos, lo que, para saber cuándo es debido, remite a la regulación de los vicios del acto (nulidad, anulabilidad, irregularidad) del Derecho administrativo y procesal.

contrarios a las leyes o usos de guerra como a los que constituyan delito (pues no se vuelve a utilizar el pronombre relativo "que" para la segunda alternativa diciendo "o que constituyan delito", lo que indicaría que aquí no se exigiría el requisito "manifiestamente"), pero ciertamente también cabía interpretar que para la contrariedad a leyes o usos de guerra se pedía el carácter manifiesto, pero que para el delito, que es más grave, no se exigía ese carácter manifiesto y por tanto que el precepto estaba manejando un criterio mixto que combinaba la no obligatoriedad por evidencia con la no obligatoriedad por nulidad de contenido por gravedad material de la infracción, consistente en la realización de un delito. Pero con la regulación, por cierto tan sólo tres meses después, de la obediencia debida policial en el art. 5.1.d LOFCS, que invierte exactamente el orden de la frase, queda claro que "manifiestamente" se refiere a todas las hipótesis, pues no tendría sentido que se exija el carácter manifiesto para la infracción más grave, la constitutiva de delito y no para las otras menos graves, las de la constitución o las leyes pero no delictivas. Y si ello es así indudablemente en el ámbito policial, una interpretación sistemática llevaba a confirmar también que en el ámbito militar la interpretación correcta es la de entender que el carácter manifiesto se exige en todas las infracciones, incluyendo las constitutivas de delito, pues no se entiende por qué iba a regir un criterio de obligatoriedad para los militares distinto del aplicable a los policías[23]. Ello ha sido plenamente confirmado con la redacción del art. 44.3 CPM 2015.

Tras estas dos regulaciones en el campo militar y en el policial, desde 1986 y durante dos décadas, al no haber hasta 2007 regulación de los límites de la obediencia debida para el resto de la obediencia funcionarial (ni tampoco de la obediencia ciudadana), cabía sostener dos posiciones posibles: una, que en el resto de la obediencia funcionarial y ciudadana, al no haber regulación expresa, regirían las reglas generales del Derecho administrativo y judicial sobre la no obligatoriedad de los actos nulos y obligatoriedad de los anulables o irregulares y por tanto obediencia debida en ese caso por mucho que fueran manifiesta o evidentemente anulables o irregulares, manteniendo

[23] Bajo la vigencia del art. 185, 12.º CJM MORILLAS, La obediencia debida, 1984, 198 s., consideraba que manifiestamente no se refería a la disyuntiva "o constituyan delito"; igual STS 22-4-1983, A 2300. Tras el CPM 1985 y la LOFCS 1986 CEREZO, Curso II, 1998, 306 s.; DP PG, 2008, 626 s., considera que, pese a que el art. 5.1 d LOFCS excluye de la obediencia debida la ejecución de la orden sólo cuando manifiestamente constituya delito, tampoco debe haber obediencia debida cuando su ejecución constituya delito aunque no sea manifiesto, porque la orden es nula según la LRJAP; su argumento se basa en que hay que interpretar lo mismo que para la obediencia militar en el art. 21 CPM 1985, donde según él el carácter manifiesto no se requiere para el delito, e invoca (p. 307), igual que aquí pero al revés, que no se entendería que rija algo distinto para la policía que lo que rige para los militares.

así la amplitud de la causa de justificación donde no ha sido legalmente restringida de modo expreso, situación que conviviría con la vigencia del criterio de la evidencia en los campos militar y policial; y otra, entender que no dejaría de ser extraño que en los distintos ámbitos de aplicación del principio de autoridad rigieran dos criterios distintos y que por tanto lo razonable era extender por interpretación sistemática al resto de los casos de obediencia el criterio de la evidencia que ha preferido la ley para los campos militar y policial en que se había adoptado una regulación expresa de la obediencia a órdenes, no la general de los actos administrativos o judiciales.

En cualquier caso hoy, tras la L 7/2007, de 12-4, del Estatuto básico del empleado público (con texto refundido por RDLeg 5/2015), **se ha extendido el criterio de la evidencia al resto de la obediencia funcionarial**, ya que su art. 54.3 dispone que los funcionarios "Obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico", donde por cierto encajan no sólo las infracciones de leyes penales y de leyes, comenzando por la Constitución, sino también las de reglamentos o principios generales del Derecho. Con lo cual, igual que ya sucedió antes con la legislación militar y policial, los funcionarios ya no tienen deber de obediencia a órdenes manifiestamente antijurídicas aunque sólo sean anulables, dado que la ley especial, en este caso sobre la obligatoriedad o no de las órdenes, deroga a la ley general sobre obligatoriedad o no de los actos (anulables o nulos). En vista de ello, parece lo más adecuado extender también a la obediencia ciudadana, no regulada expresamente, el criterio de la evidencia mantenido en toda la legislación funcionarial. Y siendo así, ahora sí es coherente sistemáticamente con toda la legislación sobre obediencia debida sostener que el art. 410.2 CP, aunque sólo prevé una eximente de responsabilidad penal, sin pronunciarse sobre su naturaleza, para el funcionario que no obedece un mandato que constituye una infracción manifiesta "de Ley o de cualquier otra disposición general" (donde también se ha ampliado la infracción evidente de la ley a la de los reglamentos), está reconociendo una causa de justificación por no ser debida tal obediencia.

No obstante, para aprovechar lo más válido de fondo del criterio de la nulidad, es decir, que los actos muy gravemente antijurídicos no deberían ser obligatorios aunque en el caso concreto no sea evidente esa grave antijuridicidad, creo que se debe hacer una *interpretación lo más amplia posible de los supuestos evidentemente antijurídicos, **de***

modo que la mayoría de los mandatos nulos se considere que son también simultáneamente manifiestamente antijurídicos. Ello no plantea problema en los vicios de competencia puesto que los que provocan nulidad son precisamente los casos de falta manifiesta de competencia; y tampoco ha de haber problema en los casos de nulidad por infracciones de forma, ya que en caso de que se prescinda totalmente del procedimiento legal o de las normas esenciales de formación de voluntad de órganos colegiados lo que procede es apreciar siempre que la infracción es evidente y manifiesta y no discutirlo en algún caso. Mayores dificultades podrían darse en la nulidad por el contenido delictivo de la orden o su ejecución o por vulnerar derechos fundamentales, ya que puede haber supuestos de no evidencia: tanto en los casos en que el superior se las arregla para que no sea ostensible para todos el carácter delictivo o vulnerador de derechos fundamentales pero éste es conocido por el concreto destinatario de la orden, como en los supuestos en que sea dudoso para la mayoría de destinatarios si la orden entraña un delito o no. En el primer caso es intolerable que la habilidad del superior para enmascarar el carácter delictivo (o vulnerador del contenido esencial de derechos fundamentales) de la orden la pueda convertir a esta en obligatoria por no ser ello evidente aunque el concreto inferior, funcionario o ciudadano, reconozca tal carácter delictivo o vulnerador. Pues bien, cabe una interpretación que sostiene que sí es evidente el carácter delictivo o vulnerador y por eso excluye el deber de obediencia, a saber, que **no se trata de lo que es evidente y ostensible sin más para cualquier funcionario o ciudadano, sino de lo que es evidente para el hombre/funcionario ideal colocado en la situación del autor y con los conocimientos de éste** (es decir, *el mismo criterio que se maneja para decidir cuándo hay previsibilidad objetiva o adecuación*); y entonces, si el inferior concreto por la razón que sea conoce o reconoce el carácter delictivo (o vulnerador de derechos fundamentales) en principio oculto o enmascarado de la orden, entonces éste resulta evidente o manifiesto también para el hombre/funcionario ideal colocado en la situación del autor y con los conocimientos de éste. Siendo así, sólo restan los supuestos en que *a priori* era dudoso para la mayoría de destinatarios el carácter delictivo de la ejecución de la orden (lo que no ocurrirá en delitos graves y conocidos para todos, sino en infracciones poco graves y técnicamente complicadas), aunque a posteriori se acabe comprobando que sí era delictivo, carácter que entonces efectivamente no es evidente, por lo que hay obligación de obedecer, lo que no parece tan preocupante dada la poca gravedad y el carácter más bien marginal de los supuestos.

IV. OBEDIENCIA NO DEBIDA EXCULPANTE O ATENUANTE

La obediencia a órdenes no obligatorias, por suponer una ilicitud evidente como hemos visto (*supra* III.4 b), por tanto ***obediencia no debida o indebida***, no está expresamente prevista entre las eximentes, ya que el art. 20, 7.º sólo admite como eximente la obediencia debida (cumplimiento "del deber"), es decir la causa de justificación, pero ciertamente *la situación de dependencia jerárquica* en militares y funcionarios, o incluso laboral, funcional, grupal o familiar del subordinado, con lo que implica de obligación en principio de obedecer y cumplir las órdenes o mandatos del superior *y en todo caso la situación de inferioridad y presión* que el subordinado tiene siempre frente al superior, pueden constituir al menos *en casos extremos una causa de exculpación por inexigibilidad penal subjetiva* o individual[24]. Y ello no sólo cuando la obediencia se deba a que el mandato no obligatorio produzca en el inferior, por las amenazas concomitantes explícitas o implícitas de incumplirlo, una situación de miedo insuperable del art. 20, 6.º, sino también cuando, sin llegar a ese punto, le produzca una situación tal de presión, ansiedad y conflicto motivacional que le resulte subjetivamente insoportable; en tal caso extremo, al estar prácticamente excluida su posibilidad normal de motivación por la norma ante esa situación extrema de presión y dificultad insoportable, se puede comprender y disculpar su conducta antijurídica por estar en una situación límite de inexigibilidad penal individual en los términos ya explicados, que, tal como ocurre en otros supuestos, puede operar como causa supralegal de exculpación, por analogía a las situaciones motivacionales del miedo insuperable o del encubrimiento entre parientes[25]. Cuando el conflicto no llegue a ese grado de insoportabilidad, pero sí de

[24] Un sector, cuya posición no comparto, considera que la obediencia jerárquica a órdenes antijurídicas obligatorias es siempre causa de exculpación, no de justificación, por considerar contradictorio que la obediencia sea conforme a Derecho y en cambio la orden obedecida sea antijurídica y genere responsabilidad en el superior: p. ej., ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 272 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, La ley y el delito, 2.ª, 1954, 436 ss.; Tratado VI, 1962, 800 ss.; DÍAZ PALOS, NEJ, XVII, 1982, 774 ss.; LH-Pérez-Vitoria, I, 1983, 200 ss.; QUINTERO, PG, 2.ª 1989, 513; MORILLAS, PG II-I, 2008, 300 s. (exculpación por error o por estado de necesidad subjetivo); DONNA, PG, III, 2008, 380, 383. Sobre la doc. mayorit. que la considera causa de justificación cfr. *supra* II.2 b1) y n. 8.

[25] Esta posición ya la he sostenido en LUZÓN PEÑA, Leccs PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 28/58, y en Libertas 2 2014, 249; porque antes en Leccs PG, 28/29; Libertas 2 2014, 247 s., admito que diversos supuestos de inexigibilidad penal individual no regulados legalmente pueden constituir causas de exculpación supralegales o por analogía con las legalmente admitidas. Ello a su vez porque (Leccs PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 5/21) acepto sin restricciones la posibilidad en general de eximentes supralegales o por analogía con las existentes sin que ello vulnere el principio de legalidad penal ni lo establecido en el art. 4.3 sobre que "de la rigurosa aplicación de la ley" resulte penada una acción que no debiera serlo, ya que, como ha puesto de relieve MIR, Introducción a las bases del DP, 1976, 319 ss.; PG, 10.ª, 2015, 4/42 s., la analogía es una forma de aplicación (concreción) de la ley a la realidad.

presión, disgusto y gran incomodidad para el inferior que recibe la orden ilegal, puede disminuir correlativamente la culpabilidad y apreciarse ello como una atenuante analógica a eximentes incompletas como el miedo o las de semiimputabilidad o a otras atenuantes que supongan culpabilidad atenuada como las 2.ª y 3.ª del art. 21: grave adicción a alcohol o a drogas y arrebato, obcecación u otros estados pasionales.

En Portugal admite también el art. 37 CP la obediencia indebida disculpante como causa de exculpación para todos los funcionarios bajo el presupuesto de no conocer la ilicitud penal no evidente del hecho: "actúa sin culpabilidad el funcionario que cumple una orden sin conocer que ésta conduce a la práctica de un crimen, no siendo eso evidente en el cuadro de las circunstancias representadas por él". Restringido al ámbito militar, en Alemania el § 5 de la Wehrstrafgesetz o Ley penal militar regula de modo similar ese caso de obediencia en error[26].

BIBLIOGRAFÍA

Sobre obediencia debida a órdenes obligatorias o vinculantes: ALAMILLO CANILLAS, La naturaleza jurídica de la eximente de obediencia debida, Anales Centro Asociado UNED Albacete n.º 2, 1980, 17 ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, El delito de desobediencia de los funcionarios públicos, Barcelona, Bosch, 1987, espec. 256 ss.; Obediencia y desobediencia al superior en los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, LH-Vives; Valencia, Tirant, 2009, 159 ss.; AMBOS, Die strafbefreiende Wirkung des "Handeln auf Befehl" aus deutscher und völkerstrafrechtlicher Sicht, JR 1998, 221 ss; AMELUNG, Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, JuS 1986, 329 ss.; V. AMMON, Der bindende rechtswidrige Befehl, (Strafrechtliche Abhandlungen, 189), Breslau, Schletter, 1926, reimpr. Frankfurt, Keip 1977; ANTOLISEI, PG 7.ª 1977, 217 ss.; ARNDT, Die strafrechtliche Wirkung ds militärischen Befehls nach dem Entwurf des WStG, GA 1957, 46 ss.; Die strafrechtliche Bedeutung ds militärischen Befehls, NZWehrR 1960, 145 ss.; Grundriβ des Wehrstrafrechts, 2.ª, München, Beck, 1966; BATTENBERG, Das auf Befehl begangene Verbrechen (Strafrechtliche Abhandlungen, 189), Breslau, Schletter, 1916; BERDUGO/ARROYO/ET AL., Curso de DP, PG, 2.ª, Barcelona, Experiencia, 2010, 311; BETTIOL, L'ordine dell'autorità nel diritto penale, Milano, Vita e pensiero, 1934; BINDING, Handbuch des Strafrechts, I, Leipzig, 1885, 743 ss.; BRANDÃO, Justificação e disculpa por obediência em Direito penal, Coimbra Ed., 2006; BRINGEWAT, Der rechtswidrige Befehl, NZWehrR 1971, 126 ss.; BUSTOS, Manual de DP, PG, 4.ª, Barcelona, PPU, 1994, 343 ss.; CEREZO MIR, Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia, REP 173 1966, 319 ss. (= Problemas fundamentales del DP, Madrid, Tecnos, 1982, 207 ss.); La eximente de obediencia en el CP español, LH-Fernández Albor, 1989, 175 ss.; Curso de DP español, II, 6.ª, Madrid, Tecnos, 1998, 304 ss.; DP, PG, Buenos Aires-Montevideo, B de F, 2008, 623 ss.; COBO/VIVES, DP, PG, 5.ª, Valencia, Tirant, 1999, 479 ss.; CÓRDOBA RODA, Las eximentes incompletas en el CP, Univ. Oviedo, Instit. Estudios Jurídicos, 1966, 329 ss.; en Córdoba/Rodríguez Mourullo/Casabó, Comentarios al CP, I, Barcelona, Ariel, 1972, 384 ss.; CUELLO CONTRERAS, DP, PG I, 3.ª, Madrid, Dykinson, 2002, X/238 ss., pp. 898 ss.; DIAS: v. Figueiredo Dias; DÍAZ PALOS, Obediencia debida, NEJ, XVII, 1982, 774 ss.; En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida, LH-Pérez-Vitoria, I, Barcelona, Bosch, 1983, 191 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, DP, PG, 5.ª, Valencia, Tirant, 2020, 332 ss.; DOEHRING, Befehlsdurchsetzung

[26] Cfr. respectivamente FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.ª, 2007, 645 ss.; ROXIN, AT I, 4.ª 2006, § 21/74; PG I, 1997, § 21/70.

und Waffengebrauch, Europäische Menschenrechtskonvention und deutsches Recht, Berlin, Zürich, Gehlen, 1968; DOLAPTSCHIEFF, Sind rechtswidrige bindende Befehle möglich?, ZStW 58 1939, 238 ss.; DONNA, DP, PG, III, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, 380 ss.; ERB, Die Schutzfunktion von Art. 103 Abs. 2 GG bei Rechtfertigungsgründen. Zur Reichweite des Grundsatzes "nullum crimen sine lege" unter besonderer Berücksichtigung der "Mauerschützen-Fälle" und der "sozialethischen Einschränkungen" des Notwehrrechts, ZStW 108 1996, 266 ss.; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, DP fundamental II, Bogotá, Temis, 2.ª 1989, 357 ss.; DP, PG II, Bogotá, Temis, 2012, 582 ss.; FIANDACA/MUSCO, Diritto Penale, PG, Bologna, Zanichelli, 7.ª 2014, 289 ss.; DE FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.ª, Coimbra Ed., 2007, 497 ss., 645 ss.; FUHRMANN, Der höhere Befehl als Rechtfertigungsgrund im Völkerrecht, München, Beck, 1963; GIL/LACRUZ/MELENDO/NÚÑEZ, v. Lacruz; Gómez Benítez, TJD, DP PG, Madrid, Civitas, 1984, 415 ss.; HASSEMER, Staatsverstärkte Kriminalität als Gegenstand der Rechtsprechung. Grundlagen der "Mauerschützen"-Entscheidungen des Bundesgerichtshof und des Bundesverfassungsgerichts, en FG-BGH 50 Jahre, IV, München, Beck, 2000, 439 ss.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2.ª 2016, 246; HIRSCH, LK, 11.ª (desde 1992), Berlin, de Gruyter, antes del § 32/173 ss.; HOYER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen. Sonderregeln für Amts- und Wehrdelikte und ihre Übertragbarkeit auf privatrechtliche Organisationen, München, Beck, 1998; JAKOBS, Strafrecht AT, 2.ª, Berlin, New York, W. de Gruyter, 1991 (DP, PG, Madrid, Pons, 1997), 16/11 ss.; JAVATO MARTÍN, El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado, Granada, Comares, 2005, 103 ss.; El concepto de legalidad de la actuación del funcionario sostenido por el Constitucional Alemán. Su incidencia en la interpretación del § 113-III StGB, RDPP 15 2006, 59 ss.; Art. 410, en Gómez Tomillo (dir.), Comentarios al CP, 2.ª, Valladolid, Lex Nova, 2011, 1556 ss.; El delito de desobediencia de funcionario, RGDP 21 2014, (1 ss.) 29 ss.; Intervención policial y orden jurídica obligatoria, en Ruiz Rodríguez/Lorente/Ayuso (coords.), Estudio multidisciplinar de la operativa y del uso de la fuerza policial, Valencia, Tirant, 2016, 195 ss.; JESCHECK, Befehl und Gehorsam in der Bundeswehr, en: Scheuner/Jescheck (eds.), Bundeswhr und Recht: eine Sammlung von Referaten …, Köln, Heymanns, 1965, 63 ss.; Strafrecht AT, 4.ª, Berlin, de Gruyter, 1988, § 46; Tratado PG, trad. de la 2ª y adiciones de Mir y Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, § 46; JESCHECK/WEIGEND, Strafrecht, AT, 5.ª, Berlin, de Gruyter, 1996 [DP, PG, trad. de Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002], § 46; JIMÉNEZ DE ASÚA, La ley y el delito, 2.ª, Buenos Aires, Losada, 1954, 436 ss.; Tratado de DP, VI, Buenos Aires, Losada, 1962, 759 ss.; JUANATEY DORADO, El delito de desobediencia a la autoridad, Valencia, Tirant, 1997, 103 ss.; KREUTER, Staatskriminalität und die Grenzen des Strafrechts. Reaktionen auf Verbrechen aus Gehorsam aus rechtsethischer Sicht, Heidelberg, Gütersloh, 1997; KÜPER, Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, 81 ss.; LACRUZ LÓPEZ, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso, PG, 2.ª, Madrid, Dykinson, 2015, 472 ss.; LANDECHO/MOLINA, PG, 11.ª 2020, Madrid, Tecnos, 356 s.; LEHLEITER, Der rechtswidrige verbindliche Befehl: strafrechtsdogmatische Untersuchung, demonstriert am Beispiel militärischen Befehels, Frankfurt, etc., Lang, 1995; LENCKNER, Der "rechtswidrige verbindliche Befehl" im Strafrecht – nur noch ein Relikt?, FS-Stree/Wessels, Heidelberg, Müller, 1993, 223 ss.; LINGENS/KORTE, Wehrstrafgesetz, 5.ª, München, Beck, 2012 (hasta la 4.ª, 2000, era SCHÖLZ/LINGENS); LUZÓN PEÑA, Aspectos esenciales de la legítima defensa, Barcelona, Bosch, 1978, 277 ss.; 2.ª, B. Aires-Montev., BdF, 2002, 277 ss.; Lecciones de DP, PG, 2.ª/3.ª, Valencia, Tirant, 2012/2016, 25/112 ss.; Obediencia debida justificante y obediencia no debida exculpante o atenuante, LH-Bajo, 2016, 243 ss.; Obediencia debida como causa de justificación: la discusión sobre sus requisitos, LH-Queralt, 2021, 265 ss.; MAIER, Desobediencia debida (A propósito de la llamada ley de "obediencia debida", DocP 38 1987, 239 ss.; H. MAYER, Der bindende Befehl im Strafrecht, FG-Frank, I, Tübingen, Mohr, 1930, 598 ss.; M. E. MAYER, Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, FS-Laband, 1908, 119 ss.; MEINI, La obediencia debida en DP: ¿órdenes ilícitas vinculantes?, IeVer-PUCP, 18 2008, 320 ss.; tb. en su: Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de DP Lima, Ara, 2009; MESSINA, L'ordine insindicabile dell'autorità come causa di esclusione del reato, Roma, S. Abete, 1942; MIR PUIG, DP, PG; Barcelona, Reppertor, 10.ª

2015/2016, 18/58 ss.; MORILLAS CUEVA, La eximente de obediencia debida en la PANCP: Una continuidad discutible, RFDUC monogr. 6 1983, 481 ss.; La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales, Univ. Granada, 1984; DP, PG II-1, Madrid, Dykinson, 2008, 294 ss.; Sistema DP, PG, Madrid, Dykinson, 2018, 573 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP, PG, 11.ª, Valencia, Tirant, 2022, 314 ss.; NÁQUIRA, DP, PG I, 2.ª, Santiago, Thomson-La Ley, 2015, 630 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, DP, PG; Madrid, Castellanos, 1986, 265 ss.; OEHLER, Handeln auf Befehl, JuS 1963, 301 ss.; OLMEDO CARDENETE, Art. 20, 7.º, en Cobo (dir.), Comentarios al CP, II, Madrid, Edersa, 1999, (497 ss.,) 575 ss.; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, Compendio de DP, PG, Valencia, Tirant, 8.ª 2019, 412 ss.; OSTENDORF, Die strafrechtliche Rechtmäβigkeit rechtswidrigen hoheitlichen Handelns, JZ 1981, 165 ss.; PAREDES CASTAÑÓN, Reflexiones críticas sobre el alcance de la exención por "obediencia debida" en un DP liberal, APen 1997, 319 ss.; PÉREZ DEL VALLE, La desaparición de la "obediencia debida" en el CP y su efecto en el DP militar, EDJ 5, 1996, 247 ss.; Lecciones de DP, PG, Madrid, Dykinson, 2016, 187 s.; POLAINO, Lecciones DP, PG, II, 2.ª, Madrid, Tecnos, 2016, 180; QUERALT JIMÉNEZ, La obediencia debida en el CP. Análisis de una causa de justificación (art. 8,12.ª CP), Barcelona, Libr. Bosch, 1986; Obediencia debida, EJB, Madrid, Civitas, 1995, 4489 ss.; QUINTERO OLIVARES, El delito de desobediencia y la desobediencia justificada, CPC 12 1980, 59 ss.= RJCat 1981, 629 ss.; DP, PG, 2.ª, Madrid, Pons, 1989, 512 ss.; PG del DP, con la colabor. de Morales Prats, 4.ª, Navarra, Aranzadi, 2010, 601 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, ¿Debe el miedo insuperable exculpar a un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad? Drazen Erdemovic ante el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, RDPCr 7, 2001, 95 ss.; REALE JÚNIOR, Instituições de Direito Penal, PG, 4ª, Rio de Janeiro, Edit. Forense, 4.ª 2013, 195 ss.; RIVACOBA Y RIVACOBA, La obediencia jerárquica en el DP, Valparaíso, Edeval, 1969; RODRÍGUEZ DEVESA, La obediencia debida en el DP militar, REDM 3 1957, 29 ss.; La subordinación militar en Derecho comparado, REDM 11, 1961, 73 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, DP PG, Madrid, Dykinson, 18.ª, 1995, 521 ss.; ROLDÁN BARBERO, El delito de desobediencia funcionarial, LL 1996-1, 1799 ss.; RÖNNAU, LK, t. 2, 12.ª, Berlin, de Gruyter, 2006, antes del § 32/295 ss.; ROSTEK, Der rechtlich unverbindliche Befehl. Ein Beitrag zur Effektivitätskontrolle des Rechts, Berlin, Duncker & Humblot, 1971; Der unkritische Befehlsempfänger, NJW 1975, 862 ss.; ROXIN, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA 1963, 193 ss.; Der strafrechtliche Rechtswidrigkeitsbegriffbeim Handeln von Amtsträger – eine überhohlte Konstruktion, FS-Pfeiffer, Köln, Heymann, 1988, 45 ss.; Strafrecht AT I, 4.ª, München, Beck, 2006 (DP, PG I, trad y notas de Luzón, Díaz y de Vicente, Madrid, Civitas, 1997), § 17/15 ss.; ROXIN/GRECO, Strafrecht AT I, 5.ª, München, Beck, 2020, , § 17/15 ss.; RUSCONI, DP, PG, Buenos Aires, Ad Hoc, 2.ª 2009, 272 ss.; SANCINETTI, Obediencia debida y Constitución nacional, DocP 39 1987, 467 ss.; SANTORO, L'ordine del superiore nel diritto penale, Torino, Giuffré, 1957; SCHIRMER, Befehl und Gehorsam, Köln, Berlin, Bonn, München, Heymanns, 1965; SCHNORR, Handeln auf Befehl, JuS 1963, 293 ss.; SCHÖLZ/LINGENS, Wehrstrafgesetz, 4.ª, München, Beck 2000; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, StGB, 30.ª, München, Beck, 2019, antes del § 32/83 ss.; SCHWENCK, Wehrstrafrecht im System des Wehrrechts und in der gerichtlichen Praxis, Frankfurt, Bernhard u. Graefe, 1973; Die Gegenvorstellung im System von Befehl und Gehorsam, FS-Dreher, Berlin, New York, W. de Gruyter, 1977, 495 ss.; STRATENWERTH, Verantwortung und Gehorsam. Zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gebotenen Handelns (escrito de habilitación), Tübingen, Mohr, 1958; Strafrecht, AT, Köln, Berlin etc., Heymanns, 4.ª 2000, § 9/127; STRATENWERTH/KUHLEN, Strafrecht, AT, 6ª 2011, § 9/134; TAIPA DE CARVALHO, Obediencia hierárquica e responsabilidade jurídica do funcionario, EPCr, XX, 1997, 287 ss.; THIELE, Zur Rechtmässigkeitsbegriff bei § 113 Abs. 3 StGB, JR 1975, 353 ss.; UGAZ HEUDEBERT, La eximente de obediencia debida en el DP, Lima, Ara, 2011; La naturaleza jurídica de la eximente de obediencia debida, LH-Villavicencio 1, 2021, 467 ss.; VELÁSQUEZ, Manual DP, PG, Bogotá, Andrés Morales, 4.ª 2010, 469 ss.; VILLAVICENCIO, DP, PG, Lima, Grijley, 2006, 644 ss.; VITT, Gedanken zum Begriff der "Rechtmässigkeit der Diensthandlung" bei § 113 StGB, ZStW 106, 1994, 581 ss.; Rechtsprobleme des sog. „gefährlichen Befehls", NZWehrR 1994, 45 ss.; VIVES ANTÓN, Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida, EPCr V, Univ. Santiago de Compostela, 1982, 131 ss.; V. WEBER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl, MDR 1948, 34 ss; WEGENER, Befehle Vorgesetzter

eine übertretung im Sinne des § 1 Abs. 3 StGB zu begehen, NZWehrR 1959, 132 ss.; WEIGEND, Bemerkungen zur Vorgesetzten verantvortlichkeit im Völkerstrafrecht, ZStW 116 2004, 999 ss.; ZAFFARONI, La Ley de obediencia debida, LyE 50 1988, 23 ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, DP, PG, 2.ª, Buenos Aires, Ediar, 2002, 758 ss.; ZAMBRANO, DP, PG, Guayaquil, Murillo, 2017, 617 ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, La obediencia debida: consideraciones dogmáticas y político-criminales, NFP 53 1991, 331 ss. = DerPCUP 46 1992, 193 ss.

Sobre obediencia (no debida) exculpante: BRANDÃO, Justificação e desculpa por obediência em Direito Penal, Coimbra Ed., 2006; *Díaz Palos*, Obediencia debida, NEJ, XVII, Barcelona, Seix, 1982, 774 ss.; En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida, LH-Pérez-Vitoria, I, 1983, 191 ss.; DE FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.ª, Coimbra Ed., 2007, 645 ss.; LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 2.ª 2012, 3.ª 2016, 28/58 s., 22 s.; Exculpación por inexigibilidad penal individual, Libertas 2 2014 (www.ficp.es), 232 ss.; LH-Schünemann (Dogmática del DP material y procesal y Política criminal contemporáneas), I, Lima, Gaceta Penal & Procesal Penal, 2014, 343 ss.; Obediencia debida justificante y obediencia no debida exculpante o atenuante, LH-Bajo, 2016, 243 ss.; QUINTERO, PG, 2.ª 1989, 512 ss.; QUINTERO/MORALES, PG, 4.ª 2010, 601 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, ¿Debe el miedo insuperable exculpar a un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad? Drazen Erdemovic ante el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, RDPCr 7, 2001, 95 ss.; ROXIN, AT I, 4.ª, 2006, § 21/74; PG I, 1997, § 21/70; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 21/74.

* * * * * *

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Javier Boix Reig

Catedrático de Derecho Penal. Universitat de València

~Notas sobre las crisis del proceso final por delito fiscal*~

Resumen.- Se abordan situaciones procesales que se reiteran en los procesos penales por delito fiscal, y que se consideran mal resueltas hasta la fecha, con quiebra de garantías propias del procedimiento, en el marco del artículo 24 de la Constitución Española. En este sentido se propone la necesidad de normalizar el proceso penal en estos casos, siendo tratados de la misma manera que el enjuiciamiento de otros delitos, trayendo a colación cuestiones claves, tales como:

1.- El problema de la prueba pericial. Reiteradamente constituye eje de la prueba pericial, a propuesta del Ministerio Fiscal y Acusación Particular, en nombre de la AEAT, la que lleva a cabo el propio Inspector de Hacienda que emitió el informe final al concluir su inspección, considerando la existencia de indicios de delito (fiscal y en su caso por falsedad documental). Tal emisión de informe, estableciendo incluso posibles responsables penales, permite cuestionar, tras dicho planteamiento previo en fase administrativa, que puedan ser peritos en el proceso penal, dada su evidente pérdida de imparcialidad objetiva. Se plantea la cuestión y se trae a colación la evolución jurisprudencial habida en España, con cita del TEDH.

2.- También se plantea la quiebra del derecho a la no autoincriminación, con análisis jurisprudencial, igualmente del TEDH, en relación con la utilización como prueba de cargo en el proceso penal de documentación requerida en fase administrativa de inspección, con obligación jurídica (coerción jurídica) de ser entregada.

3. Se plantean otras cuestiones como la relativa al sistema de prueba en relación con el dolo y el uso, a veces no correcto, de la llamada "ignorancia deliberada" como sistema elusivo de la objetiva prueba del dolo, siquiera sea eventual, o la relativa a la problemática concursal con el delito de blanqueo de capitales, haciéndose igualmente referencia a las quiebras que derivan del uso de medidas cautelares económicas en estos procesos y de su fase de ejecución, todo ello con el control y se diría decisión "real" de la AEAT, más allá de las facultades que le son propias a la jurisdicción penal".

I. INTRODUCCIÓN

Al proponer mi contribución, con la brevedad exigida por los organizadores, al libre homenaje al Prof. Dr. LUZÓN PEÑA pensé en un tema que viene siendo objeto de mi preocupación en los últimos años, exponente por otra parte de la crisis de principios básicos en la que está inserto actualmente el Derecho penal, en el marco de la auténtica zozobra legislativa en la que está sumido, de lo que son fiel exponente las dos reformas de 2019.

Desde la regulación primera en el ámbito fiscal en 1977 hasta la fecha[1] ha habido

* Las presentes notas constituyen mi modesta aportación al libro homenaje al Prof. Dr. Diego Luzón Peña, con motivo de su jubilación, gran jurista y excelente amigo, con quien he compartido no pocas cosas en la Universidad (oposición a adjuntos, oposición a agregados, concurso de acceso a cátedra), mostrándose siempre dispuesto a colaborar en las iniciativas que le he propuesto, de quien tanto debemos aprender en la comunidad universitaria. Diego, un fuerte abrazo. Se trata de la ponencia presentada asimismo en el III Congreso Internacional de la FICP, celebrado los días 15 y 16 de septiembre de 2022 y organizado por la FICP y el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá. Director: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña.

[1] BOIX REIG, J. y MIRA BENAVENT, J. Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 1999, pp. 15-24 (evolución legislativa).

una evolución legislativa tendente a lo que podríamos calificar de "normalización" material de los delitos contra la Hacienda Pública. En este sentido debe tenerse en cuenta que hasta las modificaciones legislativas que les afectan en 1985 la normativa penal en la materia era muy defectuosa en el orden sistemático, delimitación del sujeto pasivo y otras cuestiones, debiéndose destacar ciertamente las presunciones legales explícitas en el viejo art. 319 del Código Penal mediante las que se presumía el ánimo de lucro de constatarse la presencia de anomalías sustanciales en la contabilidad o se obstruía la labor inspectora. En palabras de COBO DEL ROSAL el panorama existente era "desolador para el penalista", también en el ámbito estrictamente tributario, proclamaba (ciertamente en época que ahora podemos considerar remota) "la insoslayable necesidad que tiene el Estado de recabar medios para el total respeto de las garantías jurídicas individuales del contribuyente que, en modo alguno ni deben ser puestas en duda, ni menos deben ser negadas"[2].

Con las reformas del Código Penal de 1985 se supera parte de las precedentes deficiencias en la regulación penal, y desde luego se suprimen las presunciones legales del necesario ánimo de lucro y en definitiva de la voluntad defraudatoria, lo que constituía ciertamente un avance legislativo importante por lo que se refiere a la adaptación de nuestra legislación penal a exigencias constitucionales y al necesario respeto del principio de culpabilidad[3].

En definitiva el proceso de normalización del delito fiscal es una realidad, llegándose a la reforma puntual de los delitos contra la Hacienda Pública de junio de 1995 (L.O. 6/1995), sobre cuya urgencia tal vez procediera articular un sainete, y su incorporación al Código Penal de 1995[4]. Dicho proceso, al menos aparentemente, se sitúa, como se ha dicho, en la necesaria adaptación en esta materia (y de todo el Derecho Penal) a nuestro marco constitucional de 1978. Los preceptos legales aparecen por decir así "normalizados", y por lo tanto el proceso habido en principio es satisfactorio. Se trataría, en definitiva, de que su interpretación jurisprudencial, su aplicación judicial del día a día, se apartara de las secuelas derivadas de la regulación anterior y de inercias

[2] COBO DEL ROSAL, M. Derecho Penal y Derecho Tributario, Revista del Foro Canario 48, 1967, pp. 7 y 8. - Pasados 52 años sigue vigente lo allí afirmado, lo que es de lamentar.

[3] Con motivo de la reforma de 1985 vid. BOIX REIG, J./BUSTOS RAMÍREZ, J. Los delitos contra la Hacienda Pública, bien jurídico y tipos legales. Ed. Tecnos. Madrid 1987.

[4] Sobre esta reforma y la regulación en el Código Penal de 1995, vid. mi artículo Aspectos de la nueva regulación del delito fiscal en: Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPPJ, 1996, pp. 261-285.

procesales sumidas, cuando no en exceso pendientes, del ámbito administrativo tributario, complejo, proceloso y tendente a condicionar sobremanera el proceso penal, lo que en no pocas ocasiones es una triste realidad.

Con las reformas posteriores del Código Penal el proceso legislativo no mejoró. Sin detenerme en ello diría que la regulación de determinadas conductas (retenciones), la normativización de la regularización en determinadas condiciones temporales, la dejación formal en algunos aspectos en favor de la Administración Tributaria, desde luego (aunque no sólo) en fase de ejecución de sentencias, la asombrosa posible separación de una misma cuota tributaria en, por decir así, parte "buena" y otra "mala" a efectos del posible fraude, y otras cuestiones, alarmaron a la doctrina, dado que presenciábamos un proceso de involución material, explicitado en la ley, poco comprensible y desde luego no aceptable. En definitiva la reforma habida en estos delitos por L.O. 7/2012, de 27 de diciembre (publicada en el BOE del siguiente día, de los Santos Inocentes) no pareció ejemplar desde una perspectiva respetuosa de los principios penales, de la nítida separación entre ilícitos administrativo y penal, de la evidente tendencia a dar preferencia en determinados momentos procesales a la Administración, con desaire a la preferencia y prevalencia de la Jurisdicción sobre la Administración[5].

Cierto, en suma, que el proceso que indicamos (no entorpecido por las reformas habidas en 2019) no ha evitado que por parte de buena parte de la doctrina y de los tribunales se haya sostenido críticamente la necesidad de mantener la que he denominado normalización material de estos delitos, que sea constitucionalmente aceptable.

No obstante a la par que tenía lugar este esperanzador proceso, que recordemos que partió haciendo desaparecer las presunciones legales del ánimo de lucro, se iba produciendo una situación procesal poco esperanzadora, probablemente vinculada a lo antes dicho. De ahí que algún autor comenzara a hablar de la necesidad de normalizar procesalmente el delito fiscal. Y en ello estamos, por cuanto es preciso evitar automatismos en el establecimiento de medidas cautelares a solicitud de la acusación particular, es necesario que sea en el procesal penal en el que se haga prueba "auténtica", con la debida contradicción, de la cuota supuestamente defraudada, sin que se vulneren elementales principios procesales por la mera plasmación judicial del informe de la

[5] De interés sobre esta reforma MARTÍN QUERALT, J., Código Penal y Ley General Tributaria: un enamoramiento fugaz I, El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho 34, 2013, pp. 10-14, y en el mismo número de dicha Revista, Boix, J. y Grima, V., bajo el mismo título, apartado II.

administración. Si de la querella resultado del Informe de la inspección por delito fiscal, se pasa al Auto incoatorio de procedimiento abreviado, sobra la instrucción penal. Y si con ese planteamiento mediante el escrito de acusación, que lo asume plenamente, se dicta sentencia, sobra el Juicio Oral. Esto es ciertamente extremo, pero hay quien ha establecido paralelismo en ocasiones entre el Informe previo de la Inspección y la Sentencia. Sobra en esos casos, como decimos, el Juicio oral y el mismo proceso penal.

Cuestiones como estas, pero también la utilización en estos procesos de declaraciones o información obtenida por la Administración, sin garantías, que luego constituyen la base de una condena. O la configuración de figuras tan curiosas, al menos linguisticamente, como la "ignorancia deliberada", cuando realmente no se tiene prueba de la concurrencia de los presupuestos del dolo eventual, el control real, como ya se ha señalado, de la ejecución, entre otras cuestiones, nos sitúan ante la emergencia jurídica de normalizar el proceso penal por delitos contra la Hacienda Pública, hacer realmente que la jurisdicción sea preferente, no sólo formal sino también materialmente, frente a la administración, que las sentencias, de cualquier sentido, se dicten tras la prueba plena y lícita en Juicio Oral, sin admitir falacias como la ignorancia deliberada o articulando pruebas indiciarias con o sin la anterior, más frecuentes que lo deseable, en el sí y desde luego en el cómo se estructura la prueba, consiguiendo en suma un proceso penal con las debidas garantías, como en todos los otros delitos, con normalidad procesal.

II. PERITOS

Entrando en alguna de las cuestiones suscitadas debo referirme a lo que puede entenderse a estas alturas como "un clásico", pero sigue sin estar bien resuelto en la práctica, por más que en mi opinión es un tema evidente, lo que realmente no se discute en lo que llamaríamos "bambalinas procesales".

Me refiero al hecho de que los actuarios de la Administración Tributaria (Agencia Estatal Tributaria) que han intervenido en el expediente de inspección previo, que se concluye por los mismos con el llamado informe de delito, con apreciaciones jurídico-tributarias pero también jurídico-penales sobre el aspecto objetivo y subjetivo del posible delito fiscal e incluso delimitando los "posibles responsables", no puedan intervenir después en el proceso penal que se incoa con la denuncia a que han dado lugar, y que no lo hagan como peritos, ni desde luego tampoco bajo la falaz fórmula del testigo-perito, pues supone que en la práctica acabe peritando.

No puede ser perito en el proceso penal el funcionario de la Administración Tributaria respecto de la que tiene una relación de sujeción especial, que ejerce en el proceso penal la acusación particular, que ha tramitado el previo expediente administrativo (contaminación objetiva) que da lugar al proceso penal (con el informe final con los contenidos jurídicos, tributarios y penales antes dichos), y que ha preconcebido (prejuzgado) en sede administrativa los posteriores posibles contenidos penales. Si posteriormente comparece como perito, en realidad lo es de cuestiones jurídicas principalmente (lo que es inadmisible), realmente perita sobre su propio informe (es decir sobre sí mismo), se confunde la condición de perito con la denunciante y su imparcialidad objetiva está comprometida por lo ya dicho. Alguien ha dicho que el ciudadano sentado en el banquillo que observa cómo en su juicio por delito fiscal se llama a declarar como perito, realmente de oficio, al inspector que previamente intervino en su inspección previa que abocó en dicho Juicio Oral, "sólo le queda cogerse fuerte al banquillo".

La muy importante Sentencia n.º 28/07 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el Rollo de Sala n.º 15/2005, dimanante del Procedimiento Abreviado n.º 262/1997 del Juzgado Central de Instrucción n.º 5, dictada el 19 de abril de 2007, tras citar la doctrina jurisprudencial existente en dicha fecha (a favor admisión como peritos las SSTS 15-12-2002 y 14-11-2005 y en contra las SSTS 21-02-2000 y 20-01-2006), afirma:

> "La constatación de los hechos basados en una comprobación de circunstancias fácticas inclusive las contablemente documentadas, no requieren, en principio, especiales conocimientos científicos o artísticos del art. 456 L.E. Criminal, y por tal razón es erróneo considerar a los funcionarios de la Agencia Tributaria como peritos.
>
> Por otra parte, cuando estos conocimientos sean necesarios, por ir más allá de la mera constatación, la designación de peritos contables deberá recaer en personas que no estén afectadas por las causas de recusación previstas en el art. 468 L.E. Criminal de 1882".

La Sentencia (confirmada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo) es clara y contundente. No confunde contaminación o pérdida de imparcialidad subjetiva con la objetiva, que es la que aprecia en autos, precisamente por la posición adoptada por los inspectores en fase previa administrativa, por la evidente confusión entre ser integrante de la parte denunciante y la condición de perito, más aún si son funcionarios cuya condición deriva de una unidad especial adscrita a Fiscalía. Decir que no hay pérdida de imparcialidad objetiva sonroja sin más, aunque sin el menor rubor se haya alabado incluso por escrito el papel que desempeñan los funcionarios que auxilian en tales circunstancias

al Ministerio Fiscal (nos abstenemos de hacer citas al respecto). Papel que no discutimos, aunque sí que luego se intervenga como perito en el poceso, tal y como estableció la mencionada Sentencia.

Además cabe tener en cuenta que esta esencial Sentencia no sólo considera que hay inadecuación por contaminación objetiva de los inspectores para ser peritos, sino que también hay inadecuación material por razón de objeto. Si se trata de análisis contable, procede encargar de oficio, en su caso, una pericial. Para explicar derecho tributario no procede una pericial, por razones evidentes, por respeto al órgano jurisdiccional (art. 456 Lecrim.). La inadecuación material por razón de objeto salta a la vista, salvo que definitivamente se admitan periciales jurídicas que se pretendan antesala de la Sentencia por las temidas inercias procesales.

En definitiva esta Sentencia indica que son inadmisibles periciales de funcionarios de auxilio de la Fiscalía porque tan sólo cabe esperar entusiasmo pericial (afirmación propia) para fundamentar qué bien hicieron su informe previo en fase administrativa (inspección) o que bien está la acusación del Ministerio Público, esto es qué bien lo han hecho. En suma, es una "pericial" sobre su propio trabajo, en clara confusión del papel del denunciante con el del perito, proscrito si de mínimas garantías procesales hablamos, como viene a poner de relieve la sentencia comentada. Así se afirma:

> "...si a esto se añade que el perito como medio de prueba en el orden penal presupone que ha de ser ajeno a la aportación del hecho denunciado, y a que la condición de perito y de denunciante no puede concurrir en la misma persona, como tampoco en los propuestos por el Ministerio Fiscal, es decir los funcionarios de la Inspección que intervinieron como actuarios en el expediente administrativo no merecen la consideración de peritos, la que en realidad les corresponde como autores o intervinientes en el acto administrativo que está sujeto al Control de los Tribunales de Justicia, y en el proceso penal, es claro que por la indicada Resolución de la AEAT de 8/01/1996, tanto el Jefe de la Unidad de Apoyo a la Fiscalía Anticorrupción (...), como el resto de los funcionarios que emitieron sus informes bajo la coordinación de aquél son componentes de un órgano o Servicio de Auxilio del Ministerio Fiscal al precisar parte de estos conocimientos técnicos propios de los funcionarios al Servicio de la Hacienda Pública cuya opinión sirve de apoyo para fundar la acusación Pública, contra los contribuyentes implicados, por ellos tales funcionarios quedan insertos en la línea de la acusación del Ministerio Público, con evidente interés en que la misma prospere, por lo que asumen la doble posición procesal de denunciante y perito, y en aras a la imparcialidad con que debe intervenir el que es ajeno al proceso penal, tendente a descubrir la verdad real, para destruir la presunción de inocencia de los acusados, es inconcuso que los indicados funcionarios de la AEAT por integrar un órgano de Auxilio al Acusador Público no pueden tener la consideración de perito ya que su imparcialidad objetiva queda totalmente contaminada".

La indicada Sentencia de la Audiencia Nacional, confirmada por la del Tribunal

Supremo de 23 de junio de 2008, marcó un hito claro en esta materia, conforme precedentes Sentencias del Alto Tribunal de enero de 2006 (con cita de sus Sentencias de 21 de febrero de 2005 y 28 de enero de 2005).

Posteriormente es cierto que diversas Sentencias del Tribunal Supremo han mantenido la consideración de los Inspectores de Hacienda como peritos atendida su consideración de funcionarios y, por lo tanto, en función de su imparcialidad, objetividad, e independencia. Creo que esa no es la cuestión y que esta última jurisprudencia es errónea por cuanto no se duda de dicha condición del Inspector de Hacienda; la cuestión no lo es en sede de imparcialidad subjetiva, sino objetiva, por las razones antes dichas.

El valor del expediente de la Inspección, con su informe final por delito no tiene más valor que el de una denuncia o atestado policial (Sentencia de 20 de noviembre de 2009 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia). Los Inspectores, debemos añadir, podrán declarar en su caso como testigos en relación con sus comprobaciones en actas y diligencias, sin que sean admisibles sus juicios de valor al respecto, por cuanto de lo contrario se altera totalmente el valor probatorio que cabe dar a tales actas y diligencias de acuerdo con las previsiones de la Ley General Tributaria sobre las mismas como dijera el Tribunal Constitucional en la Sentencia 76/1990, de 26 de abril "ese valor probatorio sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance sus calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los Inspectores consignen en las actas o diligencias". Admitir que los Inspectores sean peritos transgrede esta doctrina de forma frontal.

En esta situación conviene traer a colación resoluciones por decir así de jurisprudencia menor propia de Juzgados de lo Penal, que en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales resuelven en el día a día y que, pese a la última citada posición jurisprudencial del Tribunal Supremo, en uso de su legítima autonomía jurisdiccional, vinculados exclusivamente por el principio de legalidad, han establecido que no cabe aceptar que los Inspectores previamente intervinientes en el procedimiento administrativo, en el que concluyeron que existían indicios de delito fiscal y determinan incluso sus posibles responsables, puedan ser peritos en el ulterior proceso penal. A título de ejemplo, me refiero al procedimiento Juicio Oral n.º 101/2013 del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Alicante, que dicta Sentencia de 8 de noviembre de 2016 (en cuestiones previas el Juzgado entendió que sólo podían ser testigos no peritos – 7'10'' a 14'35'', sesión del 21 de junio de 2016-, y allí lo desarrolla, si bien la cuestión no queda recogida en

Sentencia, luego no recurrida; a la Sentencia de 26 de marzo de 2019 dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 4 de Castellón (cuestión igualmente resuelta en cuestiones previas, referida en Sentencia no recurrida), y al procedimiento abreviado n.º 433/2015 del Juzgado de lo Penal n.º 17 de Valencia en cuya sesión de cuestiones previas conforme el art. 786.2 de la Lecrim., del 21 de octubre de 2019 se llega a igual conclusión, indicándose que la valoración de la prueba de dichos Inspectores será como testigo y no como perito, declarando en la fase testifical y no pericial, si bien admitiendo que tienen especiales conocimientos por lo que la ficción del testigo-perito en el proceso penal puede subvertir la realidad procesal de la prueba quebrando sus garantías en materia de prueba pericial por las razones dichas.

En el orden jurisprudencial conviene traer a colación determinada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Me refiero a la Sentencia de 6 de mayo de 1985 (Caso Bönisch contra Austria) y a la Sentencia de 5 de julio de 2007 (Caso Sara Lind Eggertsdottir contra Islandia). En la primera se indica que "se comprende fácilmente que pueden surgir dudas, en particular en el ánimo del acusado, sobre la neutralidad de un perito cuyo informe ha provocado el ejercicio de la acción penal".

En el orden doctrinal baste a título de ejemplo alguna opinión, entre otras muchas. Como ya expresé en su momento, manteniendo el criterio de la imposibilidad de que los actuarios de la Agencia Tributaria fueran peritos[6], tiene interés el criterio manifestado en su día por MARCHENA quien tras referirse a la "hipervaloración jurisprudencial de los informes periciales prestados durante la investigación por centros oficiales" indica que "la experiencia diaria está demostrando que no faltan supuestos en los que el interés administrativo en el desenlace de un determinado proceso va mucho más allá de lo que podría considerarse la equidistante posición de tercero, absolutamente ajeno al hecho justiciable. Advertido ese interés por parte de las autoridades con capacidad de decisión en una determinada unidad administrativa, no parece procedente que un funcionario integrado en aquélla sea llamado a suplir las carencias científicas o artísticas del juez", y se refiere a la "censurable práctica que no duda en incorporar a las tareas de investigación a funcionarios provenientes de organismos administrativos que, con carácter previo al

[6] BOIX REIG, Cuestiones relativas al proceso penal por delito fiscal, en Principios, derechos y garantías constitucionales del régimen sancionador tributario, vol. I. Documentos. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. 2001, pp. 112-114. Mi agradecimiento a Eliseu FRÍGOLS por su aportación relativa a jurisprudencia del T.E.D.H.

proceso penal han podido adoptar decisiones en el plano administrativo que, por su propia naturaleza, no sitúan al funcionario—perito en las mejores condiciones para el desinteresado asesoramiento" e indica que "la confianza jurisprudencial en esa pintoresca categoría de la pericial institucional habría de dejar paso a una mayor prevención y, en consecuencia, a una rígida exigencia de aquellos principios que confieren al informe pericial su verdadero significado". Estas palabras son de 1998, pero sigue siendo hoy de interés para entender el problema y perfilar la prueba pericial en el proceso por delito fiscal con las garantías básicas[7].

De interés también, lo manifestado por CAMARENA; "Por ello estimo que la posición es la de testigos, testigos con las características expresadas (especialistas en una materia y que han participado en un procedimiento previo, por lo que su testimonio no va a ser como el de cualquier otro testigo), pero testigos, en la línea de la STS 13/2006 inicialmente mencionada". Y añade: "Finalmente, de ser necesarios dictámenes periciales, sería conveniente la existencia de funcionarios expertos, no pertenecientes a la Agencia Tributaria y claramente desvinculados de la Abogacía del Estado"[8].

III. OTRAS CUESTIONES

Limitaciones de espacio impiden desarrollar otras cuestiones que afectan a la normalidad procesal de los procedimientos por delito fiscal. Sólo voy a apuntarlas.

1. Derecho a la no autoincriminación

En relación con la posible vulneración del derecho a la no autoincriminación , y por tanto a la lesión de los derechos del acusado a un proceso con todas las garantías, a no declarar contra sí mismo y de consuno a la presunción de inocencia (art. 24.1 y 2 de la Constitución Española, art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), cabe decir que en estos procedimientos la entrega de documentación en el expediente de inspección previo bajo la coerción jurídica ex art. 203 de la Ley General Tributaria y la utilización posterior de dicha documentación en el procedimiento penal lesionan dichos derechos. No son admisibles ficciones jurídicas, contrarias a los mencionados derechos fundamentales, basadas en diferencias sobre el objeto de la prueba o en distinguir entre obligado tributario

[7] Citado en mi trabajo en nota *supra*. Vid. MARCHENA GÓMEZ, M.: en: Conde-Pumpido Ferrero (Dir.), Ley de Enjuiciamiento Criminal. Doctrina y Jurisprudencia, v. I, Ed. Trivium, Madrid, 1998, pp. 1599 y ss.

[8] 8.- CAMARENA, S. en: 99 cuestiones básicas sobre prueba en el proceso penal. Manual de Formación Continuada del CGPJ 51, 2009 (cuestión 46, pp. 301-309).

(mercantil) y acusado (persona física) y menos aún tras la incorporación al Código Penal de la responsabilidad penal de las personas físicas.

En efecto, nuestra Constitución reconoce de forma expresa en el apartado segundo del artículo 24 el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, que se hallan estrechamente ligados los derechos de defensa y a la presunción de inocencia, tratándose de una manifestación concreta de los mismos, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, entre otras, en la reciente Sentencia n.º 54/20015, de 16 de marzo.

Del mismo modo, aunque esta garantía no se halla expresamente reconocida en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la ha reconocido por tratarse de un derecho que se halla en el corazón de la noción misma de un proceso con todas las garantías, y afirmando, asimismo, su vinculación con el derecho a la presunción de inocencia (STEDH de 17 de diciembre de 1996, Saunders contra Reino Unido, § 68).

De esa forma, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han exigido la aplicación de esta garantía en todos los supuestos donde se imputa la comisión de infracción, tanto penal como de carácter administrativo, puesto que, como expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 18/2005, de 1 de febrero, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

> "El derecho a no autoincriminarse, en particular –ha señalado–, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la ''persona acusada''. Proporcionando al acusado protección contra la coacción indebida ejercida por las autoridades, estas inmunidades contribuyen a evitar errores judiciales y asegurar los fines del artículo 6» (STEDH de 3 de mayo de 2001, caso J.B. c. Suiza, § 64; en el mismo sentido, SSTEDH de 8 de febrero de 1996, caso John Murray c. Reino Unido, § 45; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders c. Reino Unido, § 68; de 20 de octubre de 1997, caso Serves c. Francia, § 46; de 21 de diciembre de 2000, caso Heaney y McGuinness c. Irlanda, § 40; de 21 de diciembre de 2000, caso Quinn c. Irlanda, § 40; de 8 de abril de 2004, caso Weh c. Austria, § 39). «En este sentido –concluye el Tribunal de Estrasburgo– el derecho está estrechamente vinculado a la presunción de inocencia recogida en el artículo 6, apartado 2, del Convenio» (Sentencias Saunders, § 68; Heaney y McGuinness, § 40; Quinn, § 40; y Weh, § 39)".

Pero, además, la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 54/2015, de 16 de marzo, añade que:

> "En relación a la garantía de no autoincriminación en el ámbito tributario, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado, entre otras, en las Sentencias de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders c. Reino Unido, y de 19 de septiembre de 2000, caso I.J.L. y otros c. Reino Unido, donde advierte que, si de acuerdo con la legislación aplicable

> la declaración ha sido obtenida bajo medios coactivos, esta información no puede ser alegada como prueba en el posterior juicio de la persona interesada, aunque tales declaraciones se hayan realizado antes de ser acusado".

El requerimiento de información bajo amenaza de sanciones supone una vulneración efectiva del derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta muy clara a este respecto, manteniendo una línea jurisprudencial uniforme que se extiende desde la Sentencia Saunders contra Reino Unido, de 17 de diciembre de 1996, pasando por la Sentencia I.J.L., G.M.R. y A.K.P. contra el Reino Unido, de 19 de septiembre de 2000, Sentencia Heaney and McGuinness contra Irlanda, de 21 de diciembre de 2000, Sentencia J.B. contra Suiza, de 3 de mayo de 2001, Sentencia Kansal contra Reino Unido, de 27 de abril de 2004, Sentencia Shannon contra Reino Unido, de 4 de octubre de 2005, y Sentencia Chambaz contra Suiza, de 5 de abril de 2012, entre otras.

En este sentido, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional han considerado que el sometimiento a la obligación de realizar manifestaciones en el ámbito tributario suponen el sometimiento a la coerción jurídica del Estado en el marco de la aplicación del derecho a no declarar contra uno mismo y de no confesarse culpable, y así se recoge en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de diciembre de 1996, Saunders contra Reino Unido, y en la de 19 de septiembre de 2000, I.J.L., G.M.R. y A.K.P. contra Reino Unido, así como, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 54/2015, de 16 de marzo; ya citada

Necesariamente habrá que considerar que la entrega coercitiva de dicha documental vulnera el derecho a la no autoincriminación. Bastaría reflexionar con que ni siquiera un juez instructor en un procedimiento penal puede obligar a entregar esa documentación, reconociéndose el derecho del investigado a no hacerlo. Cuestión distinta es que colabore o no con la Administración de Justicia, pero si no entrega esa documentación no realiza un ilícito (art. 24 Constitución). Si se acepta la tesis de la Sentencia se admitiría que lo que ni un Juzgado de Instrucción puede hacer, teniendo el máximo de facultades en la investigación (entrada y registro), se soslaya mediante la incorporación al procedimiento penal de lo obteniendo coercitivamente por la Agencia Tributaria. Semejante paradoja es falaz, y se resuelve aclarando que la coerción administrativa no puede suplir a la imposible coerción penal (en estos casos) validando una prueba por su incorporación al

proceso penal tras obtenerla con coerción jurídica en sede administrativa[9].

2. Blanqueo de capitales

Por lo que se refiere a las relaciones entre el delito fiscal y el delito de blanqueo de capitales sólo indicar que la jurisprudencia que venía dándose admitiéndolo, con una interpretación del delito de blanqueo (art. 301 CP) en exceso literalista, me parece que hacía entrar en crisis el fundamento mismo del principio non bis in idem y comportaba igualmente una crisis conceptual sobre la regla de consunción (art. 8.3ª CP), regla valorativa en el concurso de normas en ocasiones bastante orillada y cuyo entendimiento es básico para resolver problemas como el presente[10].

No puede aceptarse, sin más, que la cuota tributaria defraudada sea susceptible del blanqueo, pues no tiene su origen ni se genera por previa actividad delictiva, ni existe un interés jurídico sustancial diferenciable en este caso entre delito previo y posterior. Como en otro lugar expongo con GRIMA[11], existe al respecto jurisprudencia controvertida y no consolidada. Desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012, a una rectificatoria de 19 de noviembre de 2013, hasta la admisión de la doble punición sólo en algún caso en la Sentencia de 29 de abril de 2015 si se acredita la voluntad de activar "un proceso de integración o reconversión de los bienes obtenidos mediante la previa comisión de un hecho delictivo, logrando así dar apariencia de licitud a las ganancias asociadas al delito". Por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2018 (conocido por Caso Noos) realmente es un reflejo de que el debate sigue abierto. Y entiendo que los límites del mismo son claros desde la perspectiva de la prohibición de la doble sanción, sin eufemismos ni medios elusivos de su cumplimiento, y del respeto conceptual a lo que comporta y significa la regla de consución.

3. Medidas cautelares y ejecución

Por último unas pocas palabras en relación con las medidas cautelares y la ejecución de la Sentencia. Por razón de la relación con la Administración Tributaria en esta materia

[9] La quiebra de la garantía procesal de no autoincriminación ya la sostuve en el trabajo BOIX REIG, en Principios, derechos y garantías constitucionales del régimen sancionador tributario, vol. I, 2001, pp. 111 y 112.

[10] De interés, MARTÍN QUERALT, J., La idoneidad del delito de defraudación tributaria como presupuesto del delito de blanqueo de capitales: una cuestión inquietante, Tribuna Fiscal, 266, mayo-junio 2013, pp. 4 y ss.; y La evolución jurisprudencial acerca de la conexión entre el delito fiscal y el delito de blanqueo de capitales, Carta Tributaria, 22, enero 2017, pp. 33 y ss.

[11] BOIX REIG, J./GRIMA LIZANDRA, V.: en Derecho Penal. P.E. Vol. II, 2ª edición. Ed. Iustel en prensa 2019.

deben evitarse inercias procesales por las que acabe decidiendo la Administración en lo que es competencia exclusiva de la jurisdicción, sin que el apoyo legalmente establecido se convierta en materialmente decisorio.

Por lo que se refiere a las medidas cautelares, que durante el procedimiento se producen interesando la Administración Tributaria su adopción de modo prácticamente mecánico, puede decirse que en todo procedimiento penal por este delito es un mecanismo casi automático, así como su admisión en sede judicial[12]. Conviene reconducir los parámetros de su apreciación judicial desde la consideración real de la concurrencia efectiva de sus presupuestos (periculum in mora y fumus boni iuris), sin argumentar con peticiones de principio y en términos iguales a los de cualquier otro proceso penal.

Algo análogo cabe decir sobre las ejecuciones de Sentencia. La colaboración de la Administración Tributaria no puede convertirse en dirección material de las mismas, por lo que se refiere a decisiones sobre el modo y forma de ejecución de la responsabilidad y menos aún, si cabe, en la incidencia de sus planteamientos en las decisiones, como todas estrictamente jurisdiccionales, que afectan al cumplimiento de la pena privativa de libertad y su modo de ejecución, pues no cabe olvidar la máxima relativa a que la última palabra en materia de derechos y libertades, debe serlo del juez, quien juzga y hace ejecutar lo juzgado, sin que el papel de una acusación, también de la Administración Tributaria a través de la Abogacía del Estado, pueda soslayar lo anterior ni directa ni indirectamente. No es admisible que en términos acusatorios se puedan contemplar planteamientos distintos por razón de delito, con afección a dichos derechos y libertades[13], ni que siga persistiendo la imposición de intereses de demora a la responsabilidad civil, a diferencia de otros delitos en los que se impone el interés legal, por referencia a una norma tributaria que entiendo junto con Grima inconstitucional y que no puede ser de aplicación directa, por infracción del principio non bis in ídem, por el propio carácter punitivo de los intereses de demora y visto que la multa impuesta en este delito es proporcional a la cuota defraudada. Criterio que sostenemos con contrariedad a la jurisprudencia dominante en la materia[14].

[12] De interés en el ámbito tributario, MARTIN QUERALT, J., Medidas cautelares en los procedimientos de aplicación de los tributos y en el proceso penal, en X Congreso Tributario. La Justicia. ¿Garantías del Estado de Derecho?, Edic. Foro Jurídico-Valencia, 2015, pp. 443-468.

[13] Me remito a BOIX REIG, J./GRIMA LIZANDRA, V.: en Derecho Penal. P.E. Vol. II, 2ª edición. Ed. Iustel en prensa 2019, donde tratamos extensamente esta cuestión.

[14] BOIX REIG, J./GRIMA LIZANDRA, V.: en Derecho Penal. P.E. Vol. II, 2ª edición. Ed. Iustel en prensa 2019.

El actual art. 308 bis del Código Penal introducido por Ley Orgánica 1/2015 no debe hacer variar un ápice lo dicho. Realmente consideramos superflua dicha regulación[15]. Y además es perturbadora pues puede aparentar facultades inexistentes de la Administración Tributaria. No es comprensible, salvo por esta última sinrazón, que exista una regulación específica que finalmente afecta al cumplimiento de la pena y su modo de ejecución. Creemos que sobra dicho precepto. Y desde luego, con o sin él, la ejecución es responsabilidad exclusiva del juzgador. No caben parámetros añadidos, siquiera se entiendan simbólicos, que enturbien, aunque sea aparencialmente, la específica, exclusiva y excluyente facultad jurisdiccional de ejecutar la sentencia en términos de igualdad.

IV. CONCLUSIONES

Concluyo estas líneas volviendo a situar la cuestión realmente tratada: normalizar el proceso penal por delito fiscal. Un proceso con las debidas garantías, igual a los del resto de delitos comprendidos en el Código Penal, en términos de respeto a la práctica de la prueba con todas las garantías, y a la aplicación de éstas también en fase de ejecución. La prevalencia y preferencia de la jurisdicción sobre la administración no puede quedar en entredicho, ni siquiera por inercias procesales fácilmente superables.

Se trató sobre situaciones procesales que se reiteran en los procesos penales por delito fiscal, y que se consideraron mal resueltas hasta la fecha, con quiebra de garantías propias del procedimiento, en el marco del artículo 24 de la Constitución Española.

En este sentido se propuso la necesidad de normalizar el proceso penal en estos casos, siendo tratados de la misma manera que el enjuiciamiento de otros delitos, trayendo a colación cuestiones claves, tales como:

1. El problema de la prueba pericial. Reiteradamente constituye eje de la prueba pericial, a propuesta del Ministerio Fiscal y Acusación Particular, en nombre de la AEAT, la que lleva a cabo el propio Inspector de Hacienda que emitió el informe final al concluir su inspección, considerando la existencia de indicios de delito (fiscal y en su caso por falsedad documental). Tal emisión de informe, estableciendo incluso posibles responsables penales, permite cuestionar, tras dicho planteamiento previo en fase administrativa, que puedan ser peritos en el proceso

[15] BOIX REIG, J./GRIMA LIZANDRA, V.: en Derecho Penal. P.E. Vol. II, 2ª edición. Ed. Iustel en prensa 2019.

penal, dada su evidente pérdida de imparcialidad objetiva. Se planteó la cuestión y se trajo a colación la evolución jurisprudencial habida en España, con cita del TEDH.

2. También se planteó la quiebra del derecho a la no autoincriminación, con análisis jurisprudencial, igualmente del TEDH, en relación con la utilización como prueba de cargo en el proceso penal de documentación requerida en fase administrativa de inspección, con obligación jurídica (coerción jurídica) de ser entregada.

3. Se plantearon otras cuestiones como la relativa al sistema de prueba en relación con el dolo y el uso, a veces no correcto, de la llamada "ignorancia deliberada" como sistema elusivo de la objetiva prueba del dolo, siquiera sea eventual, o la relativa a la problemática concursal con el delito de blanqueo de capitales, haciéndose igualmente referencia a las quiebras que derivan del uso de medidas cautelares económicas en estos procesos y de su fase de ejecución, todo ello con el control y se diría decisión "real" de la AEAT, más allá de las facultades que le son propias a la jurisdicción penal.

* * * * *

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carlos María Romeo Casabona

Catedrático em. de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco/EHU, País Vasco, España.
Socio de la FICP.

~La atribución de responsabilidad penal por los hechos cometidos por sistemas autónomos inteligentes, robots y tecnologías conexas*~

I. INTRODUCCIÓN

La inteligencia artificial (IA), la robótica y los sistemas autónomos inteligentes forman parte de la vida cotidiana de los seres humanos[1]. Su potencia es creciente y hasta se ha aceptado por algunos muy rápidamente –demasiado- su superioridad sobre el ser humano. Lo cierto es que, por el momento, la IA está especializada en diversos ámbitos de la actividad humana a la que pretende emular, pero el ser humano tiene una capacidad inteligente –o una capacidad para aplicar su inteligencia- en multitud de actividades y situaciones[2].

De todos modos, la gran revolución de la IA está aún por llegar. Los llamados sistemas inteligentes autónomos comportan un gran paso en el desarrollo de estos sistemas, dada su capacidad de reprogramación a partir de la inferencia de información tomada de su entorno que son capaces de procesar y asimilar –aprender- por si mismos. A partir de ese aprendizaje pueden tomar decisiones (*deep learning* y *machine learning*), lo que les convertirá en auténticos entes autónomos. Son sistemas que aprenden, se proponen objetivos y construyen planes para alcanzarlos más allá de las funciones específicas para las que fueron programados inicialmente por sus diseñadores.

Sin perjuicio del deseo de la humanidad de conseguir el progreso de sistemas inteligentes artificiales y del desarrollo de robots lo más parecidos posible al ser humano, incluso más inteligentes y capaces que éste[3], existe de forma paralela y creciente el temor

* El presente trabajo se realiza en el marco del Proyecto de investigación financiado por el Ministerio español de Ciencia e Innovación sobre "Ciberseguridad y Ciberdelitos" (RTI2018-099306-B-100); y del apoyo a Grupos de Investigación del Sistema Universitario Vasco del Gobierno Vasco (IT 1541-22).

[1] V. EUROPEAN COMMISSION, Communication on Artificial Intelligence for Europe, Brussels, 25.04.2018, p. 2.

[2] V. un amplio y novedoso estudio del EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES (EGE), Opinion on The Future of Work? The Future of Society? Brussels, 2018; Schwartz, B., *Why We Work?* Simon and Schuster Publish., London, 2015, pássim.

[3] V. SHANAHAN, M., La singularité technologique, FYP Éditions, 2018, pp. 91 y ss.

sobre el poder destructor que podrían llegar a adquirir estos artificios, hasta alcanzar incluso a su propio creador, el ser humano.

El Parlamento Europeo ha declarado que la determinación de la responsabilidad como consecuencia de las decisiones tomadas por sistemas de IA y robots es una cuestión de gran interés y de extrema importancia a medida de que el perfeccionamiento de estas tecnologías va creciendo en la industria y empieza a impactar más directamente en nuestra vida cotidiana[4]. Asimismo, ha anunciado que van a ser objeto de regulación legal diversos aspectos relativos a la creación, desarrollo y puesta en funcionamiento de robots y sistemas de IA en el marco ético y jurídico adecuados[5].

Inmediatamente surgen numerosas preguntas: ¿Debemos reconocer que los robots y sistemas de IA pueden lesionar bienes jurídicos penalmente protegidos? No cabe duda de que la respuesta ha de ser afirmativa, tanto si los calificamos como meros instrumentos en manos de los humanos, lo que no supondría una novedad para el sistema penal actual, como si les reconocemos cierta autonomía en sus decisiones, no dependiente ya de los humanos, o no significativamente dependiente de ellos. Por consiguiente, las preguntas que podemos plantearnos han de ser otras e ir más lejos.

¿Deberán responder penalmente los seres humanos que mantienen alguna forma de supervisión y control sobre los mismos? ¿Cumplirán los sistemas inteligentes, especialmente los llamados autónomos, siempre los requisitos asignados por la doctrina y la jurisprudencia a la teoría del delito y será por ello posible su imputación penal? ¿O bastará con satisfacer civilmente los daños y perjuicios causados por un sistema de IA? Es decir, si deberemos conformarnos con la reparación del daño y con la indemnización de los perjuicios materiales y morales sufridos.

Como consecuencia de esta preocupación del potencial lesivo de las tecnologías emergentes crecientemente autónomas, se va extendiendo la posición, que arranca de los debates producidos en torno a los sistemas de armas letales autónomas (*Lethal Autonomous Weapons Systems*, LAWS)[6] y a los sistemas de vehículos autónomos; de que

[4] PARLAMENTO EUROPEO (PE), Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, 27.01.2017, A8-0005/2017.

[5] V. la Resolución del PE, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas (2020/2012(INL)).

[6] V. The Weaponization of Increasingly Autonomous Technologies: Considering how Meaningful Human Control might move the discussion forward, UNIDIR Resources Nr. 2, United Nations Institute for Disarmament Research, 2014.

un Control Humano Significativo, CHS (*Meaningful Human Control*, *MHC*)[7], es esencial para la responsabilidad moral. Esto significa que los humanos –y no los ordenadores y sus algoritmos- deberían mantener el control último, pudiendo ser de este modo moralmente responsables[8] y tal vez por ello, también legalmente.

El CHS debería convertirse en un estándar sobre cuál debe ser la actitud del ser humano ante cualquier tecnología que será capaz de ir aumentando su autonomía respecto de los humanos que la crearon o utilizaron. Es nuestra obligación en cuanto especie viva que domina el planeta y que, por desgracia, con frecuencia abusa de él.

El concepto de CHS podría trasladarse, más allá de su origen en el control humano de los sistemas de armas letales autónomas, en relación con otras tecnologías *increasingly autonomous*, en particular para los sistemas autónomos inteligentes. De acuerdo con el UNICIDIR, el concepto de CHS descrito por la Organización del Artículo 36 es distinto de la caracterización tradicional de un humano "en o sobre el bucle" ("*in or on the loop*"), ya que ofrece más precisión (control frente al concepto algo más ambiguo de "bucle" –'*loop*'- o el "juicio", que sería más pasivo), hace hincapié explícitamente en la calidad del control ("significativo") y otorga implícitamente responsabilidad a los agentes humanos por las decisiones relativas a cada acción individual[9].

También es cierto que en el marco del Derecho Penal el CHS continúa siendo una expresión todavía algo imprecisa, en particular por el término 'significativo', que es, no obstante, la palabra clave de este concepto. La seguridad jurídica, en cuanto derivación del principio de legalidad, que es uno de los basamentos fundamentales del Derecho Penal contemporáneo, tiene como uno de sus requerimientos la taxatividad, es decir, una concreción suficiente de la descripción de las categorías jurídico-penales.

¿Cómo conseguir entonces trasladar el CHS al Derecho Penal en relación con la IA? En primer lugar, por medio de revisiones y validaciones sobre la decisión concreta que puede proponer o ejecutar el sistema inteligente. Es cierto también que sería

[7] MHC es una expresión creada por Article 36, Killer Robots: UK Government Policy on Fully Autonomous Weapons, April 2013 p. 4:
http://www.article36.org/wp-content/uploads/2013/04/Policy_Paper1.pdf.

[8] En este sentido, EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES (EGE), Artificial Intelligence, Robotics and 'Autonomous' Systems (Statement), Brussels, 2018, p. 10.

[9] The Weaponisation of Increasingly Autonomous Technologies: Considering how Meaningful Human Control might move the discussion forward, UNIDIR Resources Nr. 2, United Nations Institute for Disarmament Research (UNIDIR), 2014, pássim.

impracticable o nada útil controlar cada decisión individual. Para evitar esto, teniendo en cuenta que tampoco es necesaria siempre una evaluación individual, salvo en el caso de sistemas autónomos con una capacidad de daño muy elevada, como las armas mortales inteligentes o los 'killer robots', habría que buscar otras formas de control humano realmente significativo de diferente naturaleza. En todo caso deberían ser de carácter preventivo, esto es, antes de introducir en el mercado el sistema inteligente autónomo o de autorizar su funcionamiento con una cierta -significativa- capacidad de producir daños.

II. ¿NECESITAMOS UN NUEVO SISTEMA PENAL CONSTRUIDO PARA LA IA Y LOS ROBOTS?

La pregunta más atrevida es si también la IA, los robots, los sistemas inteligentes autónomos deberán responder directamente de los delitos cometidos por sus hechos, con independencia ahora de cómo se puedan calificar penalmente estos hechos; es decir, si podremos imputarles penalmente por considerar que existe el fundamento suficiente para considerarles sujetos penalmente responsables o por medio de alguna categoría diferente que dé lugar a la misma respuesta penal.

La cuestión está sobre la mesa y lo que necesitamos ahora es todo tipo de reflexiones, salvo respuestas simplistas.

Los elementos más característicos del delito establecidos por la doctrina y aceptados hasta el presente de forma pacífica son la realización de una acción u omisión típica, dolosa o imprudente, antijurídica y culpable… *por un ser humano* (o por una persona jurídica en los sistemas penales que así lo admiten). Y en los delitos de resultado debemos añadir la relación de causalidad y la imputación objetiva del resultado.

La cuestión es averiguar si estas categorías fundamentales, concebidas para el ser humano y aplicadas al mismo durante más de dos siglos, son plenamente trasladables a los robots y en especial a los sistemas autónomos inteligentes y a otras tecnologías conexas; o si debemos renunciar a ellas y, en consecuencia, al sistema penal como respuesta a las conductas típicas "cometidas" por los sistemas inteligentes; o si, finalmente, debemos adaptar la estructura conceptual –dogmática- del delito a las características de estos sistemas o, incluso, aprovechar esta oportunidad para renovar y/o

modernizar el Derecho Penal, pero, ¿en qué dirección?[10].

Una de las mayores y permanentes preocupaciones de los penalistas ha sido asegurar que el Derecho Penal se mantenga lo más cerca posible de los aspectos materiales del delito, huyendo de ficciones y formalismos (a salvo de los derivados principalmente del principio de legalidad) propios de otros sectores del ordenamiento jurídico. No obstante, no podemos olvidar que el Derecho, y también el Derecho Penal, es una creación humana, un instrumento normativo del que se vale, entre otros, para asegurar la convivencia social. Es decir, que esta poderosa y sofisticada herramienta jurídica puesta al servicio de la sociedad puede ser supeditada a las necesidades humanas de cada momento y por ello adaptarla y modificarla según demanden aquéllas.

No habría problema en revisar las características actuales de la teoría del delito y adaptarlas para dar cabida a la responsabilidad penal de los sistemas y productos de inteligencia artificial. Sin embargo, no es menos cierto que esta modificación, orientada a satisfacer unos objetivos específicos, podría "contaminar" la concepción y los requisitos de la teoría del delito aplicable a seres humanos, con el probable efecto de relajar algunos de ellos –de los requisitos-, o incluso prescindir de los mismos, en detrimento de las garantías que comportan y que en suma descansan en la concepción subjetiva de la responsabilidad penal a partir del elemento objetivo irrenunciable del hecho –(acción u omisión típicas), o principio del hecho.

En efecto, el dolo implica una voluntad de realización de una acción tipificada (descrita en la figura delictiva), además de la conciencia de la misma[11]. Y, sin perjuicio de otras importantes concepciones, la culpabilidad presupone una capacidad de obrar de otro modo (de que el autor sea motivado por la norma, defenderían algunos autores) y ser susceptible de recibir el reproche jurídico por haber obrado antijurídicamente, cuando pudo haberse actuado conforme a derecho; en suma, de otro modo a como se actuó en la situación concreta[12].

Una cuestión que debe ser discutida es, en consecuencia, si estas características concurren en los sistemas inteligentes actuales o que pueden estar disponibles a medio

[10] A revisar a fondo la categoría de la culpabilidad apuntan también SIMMLER, M. / MARKWALDER, N., Roboter in der Verantwortung? – Zur Neuauflage der Debatte um den funktionalen Schuldbegriff, en ZStW 2017, 129(1), pp. 20–47 (p. 47).

[11] CEREZO MIR, J., Derecho Penal Español, Parte General, Buenos Aires, BdF, 2008, pp. 430 y s.

[12] CEREZO MIR, DPE, PG, 2008, pp. 744 y ss.

plazo; o si, al no ser posible encontrarlas en la actualidad, debemos renunciar a ellas cuando se trate de imputar penalmente a un sistema inteligente.

Por ello habría que valorar también el coste que podría comportar para la estabilidad del sistema penal introducir modificaciones profundas en la estructura del delito con el fin de dar cabida a la responsabilidad penal de los sistemas inteligentes.

Y al final, deberíamos preguntarnos también si no será mejor buscar otras vías de imputación penal que se dirijan contra seres humanos, si es que reúnen todos los presupuestos de imputación –objetiva y subjetiva- penal, aunque también puedan verse afectados por las consecuencias jurídicas del delito los sistemas de IA relacionados con el mismo.

III. ¿VALIDEZ DE LOS ESTÁNDARES LEGALES PARA RESOLVER PROBLEMAS DE RESPONSABILIDAD DE SISTEMAS DE IA POR DAÑOS A PERSONAS O COSAS? LESIONES DE BIENES JURÍDICOS PRODUCIDAS INTENCIONADAMENTE.

La primera cuestión que surge se refiere a si los estándares legales actuales del derecho propio y/o comparado podrían ser aplicados a hechos realizados por sistemas autónomos inteligentes a través de sistemas de redes que pueden dar lugar a la muerte o a la lesión de seres humanos o a daños relevantes en cosas, incluyendo en estas últimas otras formas de vida no humana y los ecosistemas.

Si el resultado producido forma parte del tipo de un delito determinado y se halla como tal tipificado como un delito imprudente, habrá que comprobar entonces si concurren los elementos del tipo de lo injusto de ese delito. Aun siendo ésta una cuestión de primer orden, por razones de espacio no me voy a ocupar de ella y voy a centrarme en la imputación de delitos dolosos.

1. El robot o el sistema de IA, como meros instrumentos de la acción humana

Si el sistema inteligente ha sido utilizado por una persona humana ésta podría ser responsable penalmente como *autora directa* o inmediata (p. ej., delitos dolosos de homicidio, de lesiones corporales o de daños, según el caso), pues él realizaría materialmente la acción típica en la medida en que el sistema hubiera sido utilizado como un mero instrumento o herramienta para cometer el delito.

No procede calificar estas hipótesis entonces como de autoría mediata, como, p. ej., cuando una persona utiliza a otra para cometer un delito evitando ejecutarlo directamente aquélla, utilizando al ejecutor –el que perpetra la acción u omisión- como mero instrumento, aprovechando el error o engaño del último o sometiéndole a violencia o intimidación física o psíquica, o valiéndose de organizaciones de poder jerarquizadas, como se han pretendido encuadrar en alguna ocasión, pues en realidad no hay un ser humano que ejecute la acción –el sujeto instrumento- interpuesto entre el presunto autor mediato y el sujeto pasivo del delito o el propio bien jurídico lesionado. En nuestro caso el autor ejecuta directamente la acción sin intermediarios, mientras que el sistema IA o el robot son una mera prolongación de su acción, como una herramienta o instrumento de los que se vale (p. ej., un arma).

2. Sistemas autónomos inteligentes: ¿agentes criminales?

¿Podrá llegarse a la misma conclusión cuando se trate de robots o sistemas inteligentes autónomos que supuestamente actuarían intencionadamente para producir la lesión de un bien jurídico protegido por el Derecho penal?

La hipótesis que tomamos en esta situación como punto de partida es que ni el propietario ni el creador o diseñador del sistema inteligente tienen la capacidad de un control previo sobre las decisiones que pueda adoptar el sistema inteligente. Nosotros partimos entonces de la hipótesis de que éste las toma por su cuenta de manera autónoma, gracias a esa capacidad de autoaprendizaje o reprogramación previa.

El tratamiento jurídico de las decisiones de esta naturaleza parece, a primera vista, que debería dirigirse al sistema de IA en cuanto tal y analizar la posibilidad de atribución de un delito doloso a dicho sistema autónomo. La adopción de medidas preventivas de aseguramiento del sistema parece necesaria previamente a la introducción en el mercado o a la incorporación funcional efectiva de estos sistemas.

Cualquier duda que pudiera surgir sobre su seguridad podría dar lugar a la prohibición de su comercialización por parte de las autoridades administrativas hasta no proceder previamente a una reprogramación de su sistema con el fin de prevenir cualquier fuente de daño proveniente del diseño del sistema inteligente, incluso aunque lo hubiera sido de modo que el propio robot fuera capaz de desarrollar su autonomía a partir de los conocimientos y experiencias adquiridos por él mismo desde el comienzo de su puesta en funcionamiento (*machine learning*).

Nos encontramos, pues, ante una situación similar a la que genera la responsabilidad penal de las personas jurídicas. De acuerdo con la configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en algunos ordenamientos jurídicos, el fundamento de esta responsabilidad se basa en la existencia o no de estructuras organizativas que impidan conductas ilícitas -delitos- en su seno (*compliance*). Lo oportuno sería trasladar al régimen de los robots, sistemas inteligentes y tecnologías conexas procedimientos de validación de su inocuidad para el ser humano y para otros bienes que interese proteger antes de introducirlos en el mercado o de ponerlos a disposición de la persona que los encargó. Una cuestión crucial en este contexto de validación debería ser asimismo mantener el sistema o robot bajo un control "significativo" por parte de los humanos (CHS), por ejemplo, por parte del usuario final del sistema o robot[13].

La duda que puede plantearse es si el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de estos procedimientos enfrentaría la responsabilidad del diseñador, el fabricante o el homologador del sistema, según los casos, con los efectos que también pudieran derivarse para este último (la no autorización de su distribución o de su puesta en funcionamiento), o si habría que hacer responsable directamente al ente inteligente. Por el momento, parece más razonable y eficaz, al tiempo que menos perturbador, optar por la primera vía.

En el caso de que un sistema artificial inteligente pudiera causar daño tal vez la respuesta podría ser bloquearlo o destruirlo, sin calificar por el momento la naturaleza jurídica (penal) de estas respuestas. Pero la cuestión es si sólo habría que actuar de este modo sobre ese elemento en concreto o habría que hacerlo también sobre todos los modelos de la misma serie de un sistema inteligente o robot determinado; éstos deberían ser destruidos o bloqueados y sometidos a revisión, incluso aunque hubieran desarrollado habilidades diferentes a partir de su capacidad de auto-reprogramación autónoma o cuando su diseño mismo no respondiera a un patrón o estándar determinado. Esta pregunta requerirá una respuesta más detallada.

Si el modelo inteligente en cuanto tal ha producido la lesión de un bien jurídico penalmente protegido sin haber sido sometido a ninguna variación o modificación de su programación, todos los modelos producidos y puestos en funcionamiento en el mercado adolecerían del mismo *riesgo objetivo* de producir la lesión de bienes jurídicos, por lo que

[13] EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES (EGE), Opinion on Artificial Intelligence, Robotics and 'Autonomous' Systems, Brussels, 2018, 9 y s.

deben recibir la misma respuesta jurídica. Es en ese riesgo objetivo donde radica el fundamento jurídico de paralizar o eliminar el sistema inteligente (o el robot). Podríamos decir que el riesgo de reiteración a partir del hecho típico cometido por un modelo se traslada a toda la producción de ese modelo.

IV. PROPUESTAS A CORTO/MEDIO PLAZO

El lado emocional desempeña un papel decisivo en el funcionamiento de la inteligencia humana, en concreto en la toma de decisiones y en las deliberaciones previas a éstas. Aunque se está trabajando también en los aspectos emocionales de los sistemas inteligentes, ¿puede sostenerse en la actualidad que esta cualidad forma parte esencial de los sistemas inteligentes que conocemos? La respuesta sería negativa.

La culpabilidad, como elemento también esencial del delito, consistente en un reproche jurídico al sujeto activo del delito por haber obrado de manera antijurídica, tampoco se vería satisfecha en relación con estos entes, pues este juicio de reproche no produciría ningún efecto sobre su actitud respecto al delito cometido, es decir, una vez realizado un hecho respecto al cual el sistema inteligente "conoce" que es contrario a la ley penal.

La culpabilidad supone al mismo tiempo como presupuesto, aunque haya sido tradicionalmente objeto de profundas y a veces irreconciliables discusiones entre los penalistas, el libre albedrío del ser humano ¿Podrá predicarse lo mismo de sistemas inteligentes y autónomos con este máximo nivel de autonomía o con el que podría desarrollarse en un futuro más o menos delimitable? En el momento actual las decisiones que toman los sistemas inteligentes son el resultado de un proceso algorítmico fundamentalmente causal, lejos de interferencias de naturaleza axiológica.

Estos y otros argumentos semejantes no implican que haya que renunciar a cualquier forma de reacción jurídico-penal frente a los hechos tipificados como delito cometidos por sistemas de IA. Estos habría que imputarlos a los seres humanos a los que de un modo u otro corresponde una esfera de dominio o control sobre aquéllos y fallaron en el cumplimiento de los deberes relacionados con dicho dominio o control (*compliance*), bien en el conjunto de todas sus actividades, bien al menos en su origen.

Esta conclusión no significa abandonar el principio de culpabilidad en relación con los humanos penalmente imputables. En ellos es también necesaria la concurrencia de

dolo o imprudencia, tener capacidad de culpabilidad y poder realizar sobre ellos un juicio de reproche jurídico por haber actuado en contra del Derecho.

De este modo estos delitos podrían constituirse como delitos de infracción de deberes especiales cometidos por personas físicas –y, en su caso, por personas jurídicas-. Para satisfacer las exigencias del principio de legalidad de los delitos, podría el legislador introducir una cláusula general de cobertura de modo semejante a lo que suele hacerse con los delitos de comisión por omisión.

Frente a los robots y a los sistemas inteligentes en cuanto tales, bastaría con aplicar las llamadas consecuencias accesorias oportunas, introduciendo, si fuera preciso, alguna específica adaptada a las necesidades de respuesta a los sistemas inteligentes involucrados en la comisión de un delito. El presupuesto sería la comprobación de la existencia de peligrosidad objetiva en el sistema, es decir, un riesgo objetivo de volver a cometer un delito a través del sistema inteligente, autónomo o no. Las medidas a tomar por el juez encargado del proceso penal contra los seres humanos acusados girarían en torno a la eliminación del foco de peligro que constituye sistema inteligente, aplicando una o varias de las siguientes: bloqueo del software, retirada del mercado, reprogramación antes de su retorno al mercado, destrucción del sistema inteligente o robot involucrados en el delito o destrucción en su conjunto del modelo diseñado. Todo ello con independencia de las penas aplicables a los seres humanos condenados por el delito de que se trate.

V. MIRANDO AL FUTURO: LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LOS SISTEMAS INTELIGENTES AUTÓNOMOS.

Desde el momento en que se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los Estados miembros de la UE también es posible asumir la responsabilidad penal a los sistemas de IA, al menos teóricamente, prescindiendo de los elementos de un Derecho Penal concebido para atribuir responsabilidad sólo a los seres humanos. Sin embargo, no parece que sea necesario a corto o medio plazo, ni está en consonancia con el planteamiento general de que los humanos deben mantener el dominio sobre las tecnologías autónomas emergentes, en particular cuando lleguen a operar con efectividad de forma autónoma.

Se está extendiendo la posición, que parte de los debates en torno a los LAWS[14] y a los sistemas de vehículos autónomos, de que el CHS[15] es esencial para atribuir la responsabilidad moral. Esto significa que los seres humanos -y no los ordenadores y sus algoritmos- deben mantener el control final, pudiendo así ser responsables moralmente y quizás también legalmente de él. El Reglamento General de Protección de Datos de la UE[16] ha adoptado un enfoque similar. Excluye que las decisiones en el contexto de los sistemas de IA puedan tomarse de forma automatizada, entendida como un proceso de toma de decisiones basado únicamente en el tratamiento automatizado de datos[17].

Nos encontramos en una fase de discusión sobre la razón de ser de la responsabilidad penal de los robots y sistemas de IA que es todavía preliminar y necesariamente provisionales serán las conclusiones y propuestas que puedan hacerse en el debate actual.

Es una previsión cierta que en el futuro los sistemas de IA se desarrollen y perfeccionen tanto que la comisión de errores o fallos sea excepcional y no sea necesaria una respuesta sancionadora, sino reparadora o indemnizatoria. Probablemente, esta predicción no debería excluirse. Sin embargo, no parece que los daños producidos deban tomarse como fenómenos naturales con los que habrá que convivir, como se ha propuesto[18]. Si esto ocurre, serán otros juristas los que en un futuro más lejano tendrán que analizar el encaje de estas reglas excepcionales en el Derecho Penal. Mientras tanto, habrá que buscar soluciones que se consideren adecuadas para la sociedad actual.

El concepto de control humano significativo (CHS) o cualquier otro concepto similar que pueda desarrollarse en el futuro puede trasladarse al ámbito del Derecho. Se trata de una premisa que puede ayudar a establecer la posición de dominio que

[14] V. UNIDIR, The Weaponisation of Increasingly Autonomous Technologies: Considering how Meaningful Human Control might move the discussion forward, p. 5 y s.

[15] CHS, expresión creada por el colectivo Article 36, Killer Robots: UK Government Policy on Fully Autonomous Weapons, April 2013 p. 4:
http://www.article36.org/wp-content/uploads/2013/04/Policy_Paper1.pdf. Su objetivo es el control político y legal con el fin de prevenir daños derivados de la utilización de armas autónomas totalmente letales.

[16] Reglamento UE 2016/679 del PE 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 (…).

[17] Art. 22.1: "Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar".

[18] MAGRO, M.B., Robot, Cyborg, e Intelligenze Artificiali, en: A. Cadoppi, S. Canestrari *et alt*. (Dirs.), Cybercrime, Milano, UTET, 2019, pp. 1179 y 1211.

corresponde a los seres humanos respecto a las crecientes tecnologías autónomas; es un requisito metodológico para establecer el correcto enfoque jurídico de la relación entre los seres humanos y las máquinas inteligentes, incluso más allá del origen de esta construcción y orientación en relación con las armas autónomas letales (*LAWS*); y también más allá de la necesidad de precisar más el alcance de "significativo".

Por supuesto, puede ir por vías alternativas a la penal en su sentido actual. Pero a corto y medio plazo, el sistema penal más extendido en la actualidad puede dar respuestas satisfactorias, centrando adecuadamente la atribución de responsabilidad penal a los seres humanos implicados.

Tiempo habrá de replantear nuevas soluciones ante los nuevos escenarios previsibles, que podrían pasar por la construcción de un nuevo sistema penal o para-penal específico y exclusivo para los futuros sistemas inteligentes o superinteligentes, es decir, sistemas artificiales inteligentes verdaderamente autónomos.

A la vista de lo indicado, es preferible seguir, a corto y medio plazo, la vía de las medidas de seguridad preventivas y no la de las penales para hacer frente a los sistemas inteligentes autónomos. O sea, aplicar el modelo de cumplimiento con las correspondientes adaptaciones.

Estas medidas tendrían como requisito previo, según lo dicho, el riesgo objetivo e irrazonable que presenta el sistema inteligente de realizar un acto tipificado como delito por la ley penal.

La fuente del riesgo y el riesgo en sí mismo podrían encontrarse en la falta de estructura y organización para prevenir los daños, en particular en lo que se refiere al grado de perfección alcanzado por el sistema inteligente, evitando la causación de efectos lesivos a bienes jurídicos colaterales. Así como por no haber pasado por la autorización de puesta en el mercado del sistema inteligente y/o sin haber procedido a realizar la correspondiente comprobación de seguridad antes de su puesta en marcha y comercialización.

La valoración objetiva de este riesgo vendría determinada por la comisión de un hecho tipificado como delito por la ley penal por ese mismo ente inteligente o por otro de la misma serie y modelo, que presente las mismas características de diseño y funcionamiento y, en consecuencia, de causar la lesión de un bien jurídico. Al mismo tiempo, serviría como límite que fijaría el Estado de Derecho en cuanto a la exigencia de

un antecedente penal y la observancia del llamado principio de intervención mínima de la ley penal.

El segundo elemento de valoración se fundamentaría en la estructura y programación inteligente de ese sistema de IA (de forma similar a lo que ocurre con las personas jurídicas, en cuanto a su organización interna, estructura, etc.). El enfoque de cumplimiento (*compliance*) construido para las personas jurídicas podría tener, mutatis mutandis, aplicación en relación con los robots autónomos y los sistemas inteligentes. Es decir, se trataría de trasladar a los humanos diseñadores, productores, distribuidores y usuarios los deberes de supervisión en cada una de las funciones que corresponden a estas personas en las sucesivas etapas hasta la de su puesta en marcha. Estos seres humanos serían los que responderían penalmente, siempre que se den en ellos los elementos del tipo penal cometido.

En el caso de que el daño producido no de lugar a la comisión de un delito, las medidas no tendrían carácter penal y no serían ordenadas por los jueces, sino por la autoridad administrativa correspondiente, de acuerdo con lo que prevea la ley. Y sin perjuicio de la indemnización civil por daños y perjuicios[19].

* * * * *

[19] Estando de nuevo así en desacuerdo con MAGRO, en: A. Cadoppi, S. Canestrari *et alt.* (Dirs.), Cybercrime, 2019, p. 1211.

Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo, Asturias, España.
Patrono de la FICP.

~Dolo y psicología de sentido común*~

I. Todos los estudios empíricos sobre moralidad de sentido común coinciden en que el carácter intencional de una acción es uno de los rasgos más determinantes a la hora de enjuiciarla moralmente[1]. Ello ha sido acogido en nuestra cultura jurídica a través del concepto de dolo: aunque existen diferentes opiniones sobre la razón de ser de la mayor gravedad de la conducta dolosa[2], en todo caso, a la hora de definir la expresión *"acción dolosa"*, casi todas las definiciones[3] vuelven esta expresión sinónima de la expresión *"acción intencional"*, en el sentido usual de esta última[4].

En la filosofía contemporánea de la acción, una acción (= un evento interpretado como atribuible a un agente) es calificada como intencional cuando una determinada descripción de su sentido objetivo (= de su efecto causal sobre el mundo exterior) coincide con lo que fueron las razones del agente para actuar de ese modo. Así, una acción puede ser, bajo una cierta descripción (por ejemplo: *"S_1 conduce un automóvil a 60 Km/h por una calle estrecha y con muchos peatones cruzándola"*), intencional, mientras que bajo otra (por ejemplo: *"S_1 atropella a S_n"*) no lo es, porque las razones del agente para actuar coinciden con la primera de las descripciones, pero no con la segunda (S_1 conocía que estaba conduciendo a esa velocidad y quería hacerlo, pero no quería atropellar a ningún peatón)[5].

II. El carácter intencional o no intencional de una acción parece depender, entonces, de cómo haya sido el proceso de motivación psíquica de la acción: solamente si en dicho

---

* Artículo publicado en el Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (dirs.: de Vicente/Díaz y García Conlledo/Paredes/Olaizola/Trapero/Roso/Lombana), I, Madrid, Reus/FICP, 2020, pp. 875-885.

[1] CUSHMAN, Crime and punishment: Distinguishing the roles of causal and intentional analyses in moral judgment, Cognition 108, 2008, 375-376.

[2] Vid. LUZÓN PEÑA, Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., Montevideo/ Buenos Aires, BdeF, 2016, 390.

[3] Una excepción sería la de las teorías objetivistas del dolo, que definen el dolo en atención a la gravedad del peligro creado por la acción y, por consiguiente, lo conciben como un elemento objetivo del delito: ROXIN, Strafrecht. Allgemeiner Teil, I, 4ª ed., München, Beck, 2006, 457-459, 465-467. Aunque se trata de opiniones muy minoritarias.

[4] Es cierto, no obstante, que siempre ha existido discusión sobre la cuestión de cuántos y cuáles de los elementos de la conducta típica deben ser objeto de la intención: vid. ROXIN, Strafrecht. Allgemeiner Teil, I, 4ª ed., München, Beck, 2006, 462-463. Pero ello no afecta a la cuestión examinada en el trabajo, que es la naturaleza y descripción de los estados mentales mismos.

[5] MOYA, The Philosophy of Action, Cambridge, Polity, 1990, 129-130.

proceso ciertas razones para la acción han tenido la máxima relevancia causal como factores determinantes de las propiedades causales de la conducta externa del agente, la acción podría ser calificada como intencional. La teoría estándar acerca de la intencionalidad y del dolo es, pues, una teoría mentalista, en la que la calificación de una conducta como intencional o no intencional depende de propiedades de sus estados mentales.

En concreto, la psicología de sentido común (*folk psychology*)[6] reconstruye dichos estados mentales en términos de actitudes proposicionales[7]. De acuerdo con la reconstrucción más habitual, una conducta intencional se caracterizaría porque el proceso psíquico que condujo a la formación de la intención tuvo lugar a través de los siguientes pasos[8]:

1º) Existencia en la mente del agente de un deseo D_x: el deseo sería una propiedad disposicional de la mente, a tenor de la cual ésta es particularmente propensa a generar una determinada intención de actuar[9].

2º) Existencia en la mente del agente de una creencia C_x, con contenido instrumental, acerca de que la conducta A_x sería la que mejor satisfaría D_x.

3º) En un agente adecuadamente racional, la existencia de D_x y de C_x conduciría a éste, si no existen causas psíquicas que contrarresten su influencia (otro deseo D_y igual más intenso que D_x, una creencia C_y que señale los costes de satisfacer D_x,…), a formarse la intención I_x: la intención (= motivo psíquico racional –en términos de razones para la acción- predominante)[10] de llevar a cabo la acción A_x.

---

[6] Esto es, el conjunto de creencias comúnmente compartidas (en nuestra cultura) acerca de cómo funciona la mente humana. Creencias que no tienen por qué coincidir necesariamente –ese es justamente el problema- con el conocimiento científico: MORTON, Folk Psychology, en MCLAUGHLIN/ BECKERMANN/ WALTER (eds.), The Oxford Handbook of Philosophy of Mind, Oxford, Oxford University Press, 2009, 713-714.

[7] Según la teoría mentalista acerca de las actitudes proposicionales (la que subyace a la psicología de sentido común en este ámbito), una actitud proposicional es una determinada actitud de la mente de un sujeto (de creencia, de no creer, de esperar, de desear, etc.) hacia una concreta proposición: BERMÚDEZ, Philosophy of Psychology, New York, Routledge, 2005, 249 ss. Las actitudes proposicionales serían, de este modo, las piezas con las que es posible describir, en un determinado nivel de descripción (el llamado *"nivel personal"*), cómo la mente humana lleva a cabo sus procesos, tanto cognitivos como de toma de decisiones.

[8] La exposición canónica de esta teoría estándar es la de ARISTÓTELES, De motu animalium, en ARISTÓTELES Obra biológica, trad. Bartolomé, Madrid, Luarna, 2010, 295-298.

[9] SCHROEDER, Three Faces of Desire, Oxford, Oxford University Press, 2004, 107 ss.

[10] MELE, Springs of Action, Oxford/ New York, Oxford University Press, 1992, 130-137.

4º) En ausencia de circunstancias externas impeditivas, la existencia I_x dará lugar a una motivación psíquica suficiente para que se produzca A_x.

Siguiendo con el ejemplo de antes, la conducta *"S_1 conduce un automóvil a 60 Km/h por una calle estrecha y con muchos peatones cruzándola"* quedaría explicada como acción intencional por la siguiente secuencia: 1ª) S_1 deseaba llegar cuanto antes a la oficina; 2ª) S_1 creía que si circulaba a menos velocidad, iba a llegar tarde; 3º) debido a esta combinación de deseo y creencia, se formó la intención de conducir por aquella calle a 60 Km/h; 4º) y, efectivamente, así lo hizo; 5º) por consiguiente, su acción puede ser calificada (bajo esta descripción) de intencional.

III. Cabe albergar, sin embargo, serias dudas acerca de la viabilidad de esta descripción de la acción intencional mediante una sucesión de actitudes proposicionales. Y, por consiguiente, de la utilidad de la definición correlativa del contenido psicológico del dolo en dichos términos, así como de los métodos usuales para probarlo[11]. Es cierto, que la explicación del origen de la acción humana mediante actitudes proposicionales posee una gran virtud: aunque ciertamente esté sujeta a un riesgo no insignificante de error[12], empíricamente está demostrado que adoptar ante las conductas ajenas una actitud intencional constituye una buena estrategia para intentar predecir el comportamiento de terceros (y, por consiguiente, para ajustar el propio a tales expectativas). La actitud intencional (*intentional stance*) es una estrategia dirigida a interpretar la conducta de un agente al que se está observando, explicando dicha conducta como una conducta racional; y, consiguientemente, en atribuir la causa principal de dicha conducta a razones que, presumiblemente, habrían estado presentes en la mente del agente[13].

[11] En PAREDES CASTAÑÓN, Problemas metodológicos en la prueba del dolo, AFD 2001, 67 ss., expliqué ya por qué la forma habitual en la que la jurisprudencia penal razona acerca de la prueba del dolo resulta completamente insatisfactoria; y argumenté que esta deficiencia resulta insalvable, dado el abismo en las formas de argumentar de juristas y de científicos sobre el tema. Al final, apuntaba que la solución deberá venir de una reelaboración del concepto de dolo, más atenta a los avances en filosofía de la mente y en ciencia cognitiva. El presente trabajo pretende contribuir a la primera parte, crítica, de dicha reelaboración. Queda pendiente –para otra ocasión- la segunda parte, constructiva.

[12] La razón es que la interpretación de comportamientos humanos ajenos que se apoya en la evidencia empírica perceptible acerca de la conducta y pretende inferir, a partir de ella, cuál es el estado mental del agente constituiría, en el mejor de los casos (es decir, si fuese capaz de acceder así a la mente del agente), una inferencia abductiva, a la mejor explicación, que resultaría en todo caso inevitablemente falible (DOUVEN, Inference to the Best Explanation. What Is It? And Why Should We Care?, en McCain/ Poston (eds.), Best Explanations, Oxford, Oxford University Press, 2018, 7 ss.). Falibilidad que, además, se ve incrementada exponencialmente por la frecuente concurrencia de sesgos cognitivos y de prejuicios en la mente del observador.

[13] DENNETT, Brainstorms, Cambridg, MIT Press, 1981, 3 ss.; DENNETT, La actitud intencional, trad. Zadunaisky, Barcelona, Gedisa, 1998, 25 ss.

Sin embargo, la observación en actitud intencional de la conducta de un tercero, por sí sola, no puede garantizar ninguna certeza acerca de los auténticos estados mentales de dicho tercero. Y ello, cuando menos por cuatro razones: dos de naturaleza conceptual y dos de índole empírica.

En primer lugar, desde el punto de vista conceptual, existen serias dificultades para construir un vocabulario intersubjetivamente válido acerca de estados mentales, dado que estos permanecen inobservables públicamente. Conocido es, en este sentido, el experimento mental (*beetle in the box*) que propuso Ludwig Wittgenstein, con el fin de desacreditar la posibilidad de un vocabulario mentalista acerca de estados –como los mentales- inaccesibles a la observación pública: si los estados mentales de cada agente no son accesibles más que mediante introspección, no existe manera alguna de asegurar que, cuando dos individuos S_1 y S_2 hablan cada uno acerca de sus propios estados mentales, en realidad estén hablando de lo mismo (que *"miedo$_1$"*,… equivalga a *"miedo$_2$"*,…), puesto que no es posible saber qué experimenta realmente cada uno de ellos; y, por consiguiente, si las expresiones de uno y de otro son sinónimas[14].

En segundo lugar, existe amplia evidencia empírica de que, de hecho, la mayor parte de los juicios de atribución de estados mentales a terceros que se realizan cotidianamente no se llevan a cabo mediante un razonamiento completo en términos de actitudes proposicionales. Por el contrario, la mayor parte de dichos juicios están casi automatizados y tienen su origen en heurísticas[15], algunas innatas y otras aprendidas[16]. Lo que significa que ni siquiera son, pues, perfectamente racionales, desde el punto de vista de la lógica de la abducción.

En tercer lugar, aun en el mejor de los casos (esto es, cuando el observador se enfrenta a un caso inusual y, por ello, se ve forzado a abandonar el pensamiento heurístico –el *Sistema 1*- y a razonar de forma completa –empleando el *Sistema 2*)[17], los juicios de atribución que el observador realiza acerca de los estados mentales del agente se apoyan en generalizaciones de sentido común, sujetas a numerosas excepciones: no son leyes de

[14] WITTGENSTEIN, Investigaciones filosóficas, trad. García Suárez/ Moulines, Barcelona, UNAM/ Crítica, 1988, p. 244-245.

[15] Las heurísticas mentales son estrategias de razonamiento rápido en las que, para ahorrar tiempo y/o energía, se prescinde de parte de la información disponible y relevante a la hora de realizar un juicio o adoptar una decisión: *Gingerenzer/ Gaissmaier*, Heuristic Decision Making, Annual Review of Psychology 62, 2011, 454.

[16] BERMÚDEZ, Philosophy of Psychology, New York, Routledge, 2005, 180-185.

[17] KAHNEMAN, Pensar rápido, pensar despacio, trad. Chamorro Mielke, Barcelona, Debate, 2012, 33 ss.

aplicación universal, sino que solamente se verifican si se les incorporan numerosas cláusulas *ceteris paribus*[18].

Por fin, la estrategia intencional tiene siempre necesariamente un componente normativo: la atribución de contenido intencional a los estados mentales[19] de un tercero implica explicar las disposiciones de conducta del agente razonando como si éste actuase en todo caso como un agente racional[20]. Ello, sin embargo, suscita dos problemas: primero, la posibilidad de que la atribución sea completamente injustificada, porque en el caso concreto el agente haya obrado irracionalmente[21]; y segundo, que, incluso si no es así, un proceso de decisión racional siempre puede ser reconstruido de modos alternativos, mediante razones para la acción diferentes que resulten todas ellas normativamente satisfactorias y que, sin embargo, sean incompatibles entre sí[22].

IV. Las objeciones expuestas pretenden poner de manifiesto que la explicación mentalista de la conducta mediante la atribución de actitudes proposicionales a la mente del agente se revela incapaz –contra lo que pretende- de superar los obstáculos existentes para el acceso a otras mentes[23]. Puede, sí, describir la estructura de disposiciones de la mente: es decir, las propensiones de conducta a las que la actividad eferente del sistema nervioso puede dar lugar[24]. Pero no es realmente capaz de proporcionar una explicación acerca de los mecanismos causales que dan lugar a dicha actividad eferente; y, por ende, de los mecanismos causales psíquicos que causan la conducta[25]. Por lo que, de hecho, no puede garantizar que los juicios de atribución que se realizan sobre su base se

[18] BECHTEL/ WRIGHT, What is Psychological Explanation?, en Robins/ Symons/ Calvo (eds.), The Routledge Companion to Philosophy of Psychology, 2ª ed., New York, Routledge, 2020, 117-119; HEIL, Philosophy of Mind, 4ª ed., New York, Routledge, 2020, 123.

[19] La intencionalidad de los estados mentales es aquella característica de muchos estados mentales –pero no de todos- consistente en tener por objeto un determinado contenido con significado representativo: CRANE, Intentionalism, en McLaughlin/ Beckermann/ Walter (n. 6), 474-478.

[20] WEDGWOOD, The Normativity of the Intentional, en MCLAUGHLIN/ BECKERMANN/ WALTER (eds.), The Oxford Handbook of Philosophy of Mind, Oxford, Oxford University Press, 2009, 431-435.

[21] En nuestro ejemplo: si S_1 estaba completamente intoxicado por una droga que le producía euforia y le hizo perder el sentido de la velocidad a la que iba.

[22] Así, la intención que explicaría la acción de S_1 de conducir a 60 km/h puede ser reconstruida, en términos de actitudes proposicionales, alternativamente como *"S_1 tenía prisa"*, *"S_1 iba eufórico y se dejó llevar por el ritmo de la música trepidante que escuchaba"*, *"a S_1 le gusta presumir de sus habilidades como conductor"*,… Todas estas explicaciones intencionales resultan compatibles con la conducta de S_1, pese a que cada una conlleva suponer estados mentales en el agente que pueden ser incompatibles entre sí.

[23] Vid. AVRAMIDES, Other Minds, London/ New York, Routledge, 2001, passim.

[24] Únicamente las propensiones, pues: como suele ocurrir con muchas propiedades disposicionales, no siempre la propensión a actuar de una determinada forma en cierta situación se actualiza adecuadamente: MANLEY/ WASSERMAN, A Gradable Approach to Dispositions, The Philosophical Quarterly 57, 2007, 68 ss.

[25] DAVIDSON, Ensayos sobre acciones y sucesos, trad. Hansberg/ Robles/ Valdés, Barcelona, UNAM/ Crítica, 1995, 290-295, 309 ss.

correspondan con la realidad de los estados mentales del agente.

Más aún, ni siquiera en el mejor de los casos, en el de un agente completamente sincero que estuviera dispuesto, en un ejercicio de introspección, a revelarse, explicándose acerca de cuáles fueron sus razones para actuar, podríamos asegurar que sus explicaciones se correspondiesen con los auténticos estados mentales en los que se encontraba en el momento de actuar. Pues, de todas formas, no se trataría de una revelación directa de dichos estados mentales (que permanecen siempre ocultos a la observación pública), sino de una (auto-)interpretación de las propias acciones: también mediante una abducción, mediante una inferencia a la mejor explicación, en la que el agente intentaría explicar, ante sí mismo y ante los demás, por qué actuó como actuó. Interpretación y explicación que, en principio, nada garantiza que tenga una correspondencia fiel con los verdaderos estados mentales del agente en el momento de actuar[26].

Adviértase que no se trata de propugnar ninguna forma de escepticismo acerca de la existencia o de la cognoscibilidad de los estados mentales[27]: a estas alturas del desarrollo de la ciencia cognitiva, dicho escepticismo parece completamente fuera de lugar. Por el contrario, la auténtica dificultad no es ontológica ni epistemológica, sino metodológica: estriba en la radical incompatibilidad entre la naturaleza de los enunciados utilizados en la explicación de la conducta en términos de actitudes proposicionales, propios de la psicología de sentido común, y el tipo de enunciados que, en cambio, parece más pertinente para explicar verdaderamente (= científicamente) las causas psíquicas de la conducta humana.

En efecto, el discurso mentalista de la psicología de sentido común presenta la mente como una sustancia diferenciada de la materia (del sistema nervioso); o, cuando menos, con unas propiedades diferentes e independientes de las propiedades del sistema nervioso[28]. Serían esas propiedades mentales las que permitirían explicar la conducta. Y

[26] En efecto, aunque que parece indudable que cada sujeto tiene un acceso privilegiado y con plena autoridad a ciertas facetas de sus estados mentales, como son las sensaciones, la evidencia empírica muestra cómo dicho privilegio no se extiende al contenido de los estados mentales intencionales: buena parte de cuando deseamos, sabemos, decidimos, etc. ocurre "por debajo del radar" de nuestra consciencia, por lo que las explicaciones *a posteriori* sobre cualquiera de dichos procesos mentales es siempre una reconstrucción: WILSON, Strangers to Ourselves, Cambridge/ London, Harvard University Press, 2002, 93-115.

[27] Que propugnaron en su día las teorías conductistas de la mente y que hay buenas razones para rechazar: HEIL, Philosophy of Mind, 4ª ed., New York, Routledge, 2020, 59-69.

[28] HEIL, Philosophy of Mind, 4ª ed., New York, Routledge, 2020, 17 ss., 178-192.

la explicarían en virtud del contenido intencional de ciertos estados mentales (actitudes proposicionales): un contenido apto para ser formulado lingüísticamente, de manera que la descripción de la conducta externa coincidiría, en el caso de la acción intencional, exactamente con la representación interna de la conducta contenida en la mente[29].

Sin embargo, esta teoría de la mente parece más una forma (práctica) de racionalización de conductas ajenas que una verdadera explicación (teórica) de los mecanismos causales que hacen que el sistema nervioso de un organismo vivo lleve a cabo determinadas operaciones computacionales que acaban por causar una cierta actividad eferente del organismo[30]. Pues, aun siendo cierto que, según la concepción funcionalista de mente (hoy dominante), es preciso distinguir entre la descripción de los procesos mentales en el nivel psicológico (en el que los mismos quedarían definidos por su rol causal-funcional) y la realización física (biológica) de tales procesos[31], no lo es menos que, para que la descripción en el primer nivel –psicológico- resulte científicamente pertinente, es imprescindible que la misma pueda ser traducida a una descripción en el segundo nivel, biológico; o, a la inversa, que sea posible inferir, a partir de la descripción biológica, el rol causal-funcional (y, por ende, las características y naturaleza) del proceso mental, tal y como es descrito en el nivel psicológico[32].

Precisamente, esta condición de posibilidad de traducción mutua entre descripciones psicológicas y descripciones físicas de los procesos mentales parece faltar en el caso de las descripciones en términos de actitudes proposicionales. Pues, hasta donde alcanza nuestro conocimiento actual acerca del funcionamiento de la mente, la misma opera mediante computaciones: mediante cambios en el patrón de activación de una red de nodos (en el caso de la mente humana, de una red neuronal cerebral); cambios que se corresponden (mediante alguna forma de isomorfismo) con una alteración en las representaciones que se derivan de dicho patrón, lo que permite atribuir significado a las computaciones[33]. Pero, justamente, las computaciones no parecen tener lugar

[29] La psicología de sentido común propone, pues, una descripción de los estados mentales (y una explicación de la conducta) en un nivel personal: mediante la referencia al contenido intencional de los estados mentales. En cambio, una descripción de dichos estados en un nivel subpersonal hace referencia más bien a los eventos y a los procesos que tienen lugar en el sistema nervioso y que dan lugar a la conducta: *Drayson*, The Personal/Subpersonal Distinction, Philosophy Compass 9, 2014, 339-340.

[30] Esta es la definición estricta (en lenguaje psicológico –científico) del concepto de explicación causal (psíquica) de una conducta: CRAVER, Explaining the Brain, Oxford, Oxford University Press, 2009, 21 ss.

[31] POLGER, Computational Functionalism, en Robins/ Symons/ Calvo (n. 18), 150-151.

[32] BECHTEL, A Bridge between Cognitive Science and Neuroscience: The Functional Architecture of Mind, Philosophical Studies 44, 1983, 322-38.

[33] KOK, Funcions of the Brain, London/ New York, 2020, 105.

prácticamente nunca, en primera instancia, como operaciones lingüísticas, sino como meros cambios en el nivel de activación de los nodos de la red[34]. En última instancia, pues, como fenómenos eléctricos (con fundamentos bioquímicos)[35].

Si esto es así, entonces la actividad eferente del sistema nervioso puede ser explicada (= explicados los mecanismos causales que la producen), en el nivel físico (biológico), por procesos eléctricos (bioquímicos) de comunicación neuronal (sinapsis neuronal, creación de redes, plasticidad de las mismas). Y, en el nivel psicológico, por las representaciones que cabe inferir de dichos procesos eléctricos (alteraciones en los patrones de activación neuronal) y que en ellos están codificados.

En cambio, no cabe establecer ninguna correspondencia clara entre un juicio de atribución de estados mentales a un agente en términos de actitudes proposicionales (*"S_1 desea, cree, quiere…"*) y los procesos computacionales (= alteraciones en el proceso de activación de una red neuronal) subyacentes que ocurren en la mente del agente, por lo que la conexión entre aquel y estos es solamente aproximativa y no permite extraer inferencias fiables (sino tan solo generalizaciones, sujetas a excepciones y a la posibilidad de error). Además, ocurre que la pretendida descripción de estados mentales en términos de actitudes proposicionales reconstruye los procesos psíquicos en unos términos muy poco realistas desde el punto de vista psicológico, al generalizar como modelo de formación de las intenciones un caso (el del proceso de toma de decisiones que transcurre mayoritariamente en la consciencia del agente) que, en realidad, es más bien infrecuente[36].

---

[34] KOK, Funcions of the Brain, London/ New York, 2020, 91-93, 121, n. 1. En el mejor de los casos, el código en el que las representaciones mentales aparecen en la mente podrían corresponder –así se ha propuesto- con un lenguaje del pensamiento (MENTALESE): FODOR, El lenguaje del pensamiento, trad. Fernández Zulaica, Madrid, Alianza Editorial, 73 ss. Sin embargo, este supuesto lenguaje no tendría correspondencia directa con la manera de significar de las lenguas naturales, sino que se aproximaría más bien, según sus defensores, a un lenguaje puramente formal: a un conjunto de sartas de símbolos, manipulables en razón de su estructura sintáctica, independientemente de la interpretación semántica que quepa atribuir a cada una de dichas fórmulas y del contexto (MATEESCU/ SALOMAA, Formal Languages: An Introduction and a Synopsis, en Rozenberg/ Salomaa (eds.), Handbook of Formal Languages, I, Heidelberg, Springer, 1997, 1). Y, de todas formas, la existencia de lenguaje del pensamiento es una tesis polémica, pues otras formas de codificación neuronal parecen más plausibles: BERMÚDEZ (n. 7), 280 ss.

[35] BERMÚDEZ, Cognitive Science, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 209 ss.; KOK, Funcions of the Brain, London/ New York, 2020, 98-101.

[36] En efecto, la consciencia como acceso (BLOCK, On a confusion about a function of consciousness, Behavioral and Brain Sciences 18, 1995, 231-233) es un estado particularmente alto de activación de alguna o algunas determinadas funciones mentales (memoria, percepción, razonamiento,…): BERMÚDEZ, Cognitive Science, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 209 ss.; KOK, Funcions of the Brain, London/ New York, 2020, 469-475; KOK, Funcions of the Brain, London/ New York, 2020, 164-

Así pues, la explicación de los procesos mentales en términos de actitudes proposicionales resulta innecesaria desde el punto de vista causal, dado que la explicación en términos de computaciones y de patrones de activación neuronal resulta suficientemente explicativa. Y, por ello, puede ser abandonada por una psicología científica sin pérdida alguna. La explicación de conductas propia de la psicología de sentido común resultaría ser, pues, en el mejor de los casos, epifenoménica; y, por lo tanto, prescindible, por causalmente inerte[37].

V. Así pues, en el actual estado de la ciencia cognitiva, ya resulta bastante claro que la definición usual en la doctrina penal de la expresión *"acción dolosa"* sobre la base de la descripción de actitudes proposicionales carece de un referente claro en el plano de la explicación psicológica (científica) de los procesos mentales. Por lo que no es posible establecer correspondencias precisas entre aquellos conceptos (deseo, creencia, intención) y los hechos psíquicos demostrados que tienen lugar en la mente.

Ello significa, en suma, que cuando hablamos sobre el dolo, o intentamos probarlo, usando el vocabulario de la psicología de sentido común, nada garantiza que nuestras afirmaciones o nuestras pruebas realmente hagan referencia a auténticos estados mentales del agente. Lo cual debería preocupar a quien mantenga –como es mi caso- que la naturaleza intencional de una conducta debe seguir siendo un criterio relevante para enjuiciar la responsabilidad del agente[38]. Tomarse en serio este presupuesto valorativo supone, a día de hoy, aceptar que debemos cambiar por completo nuestro lenguaje y nuestro aparato conceptual a la hora de definir el concepto de dolo y de intentar probarlo: que debemos fundamentar la atribución de responsabilidad penal por delito doloso en algo más que en puros juicios psicosociales de atribución (que es lo único que permite el vocabulario de las actitudes proposicionales). Y que ello exige abandonar el discurso de la psicología de sentido común[39] y acoger, en cambio, los conceptos y categorías propios

167. Lo que, en definitiva, significa que la gran mayoría de los procesos mentales de memoria, percepción, razonamiento, etc. ocurren en cambio con niveles bajos de activación (de atención).

[37] MASLEN/ HORGAN/ DALY, Mental Causation, en Beebee/ Hitchcock/ Menzies (eds.), The Oxford Handbook of Causation, Oxford, Oxford University Press, 2012, 524-531.

[38] PAREDES CASTAÑÓN, Recensión a Armando Sánchez Málaga: Una teoría para la determinación del dolo, InDret 1/2019.

[39] Así, por ejemplo, Vid. LUZÓN PEÑA, Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., Montevideo/ Buenos Aires, BdeF, 2016, 394-395, afirma que en los casos en los que la realización del hecho típico es probable, pero no segura, *"el hecho de que la finalidad del sujeto sea precisamente realizar el tipo (es decir, la mayor intensidad de la voluntad) compensa cierto grado de inseguridad en la producción del tipo"*. Sin embargo, no hay manera de definir rigurosamente el concepto –sugerente, como sin duda lo es- de *"intensidad de la voluntad"*, para hacerle rendir en los casos límite: ¿cómo determinar, en efecto, allí donde la causación del

de la ciencia cognitiva.

Ello debe tener igualmente repercusión en la forma de probar el dolo en los casos dudosos. En efecto, la forma habitual de intentar probarlo es recurrir a las declaraciones del propio acusado (introspección) y/o a las inferencias de terceros (testigos presenciales o el propio tribunal juzgador) acerca de sus estados mentales, a partir de la observación. Sin embargo, como se ha visto, ninguno de ambos métodos permite en realidad acceder a los estados mentales del agente, sino únicamente deducir generalizaciones acerca de sus posibles propensiones de conducta (sujetas a una probabilidad no despreciable de error). Por ello, si de lo que se trata es de obtener una explicación psicológica científicamente plausible acerca de qué mecanismos psíquicos han sido los decisivos para la causación de la conducta enjuiciada, el valor de los testimonios y de las observaciones ha de ser relativizado y, en cambio, se debería dar entrada a aportaciones procedentes de pruebas periciales, tanto sobre las características psicológicas concretas del acusado como sobre las generalizaciones que constituyen el bagaje teórico que la ciencia cognitiva puede proporcionar.

VI. Este artículo está dedicado con todo el cariño y la admiración a mi querido maestro, Diego Manuel LUZÓN PEÑA. En este momento culminante de su larga y fructífera trayectoria, quiero recordar únicamente lo mejor que, como discípulo suyo, he recibido de él: con su ejemplo, me enseñó a no dejar de aprender y a hacer mía una ética rigurosa en el trabajo intelectual; y a hacerlo, además, disfrutándolo y no renunciando por ello a la calidez de las relaciones humanas. Se dice pronto, pero todos sabemos que enseñanzas así no es frecuente recibirlas. Mi suerte ha sido encontrarlas, desde un inicio (junto con mucha sabiduría y un cariño excepcional), en quien iba a ser mi guía para entrar en la profesión universitaria.

* * * * *

resultado típico no sea más que remotamente probable, qué es exactamente lo que el autor ha de *"querer"* para calificar su conducta como dolosa, y cómo se puede diferenciar entre lo que el agente *"quiere"* y aquello que meramente *"desea"*?

Prof. Dr. Juan Luis Modolell González

Profesor de Derecho Penal de la Universidad Alberto Hurtado, Chile.
Socio de la FICP.

~Valores constitucionales y bien jurídico penal*~

Un sector de la doctrina suele expresar que el Derecho penal se rige por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos[1]. Semejante afirmación conduce a preguntarnos si dicho fin protector vincula realmente al legislador y hasta dónde puede ser aplicado por los jueces.

Según V. LISZT, los bienes jurídicos aluden a intereses que reconoce el Estado como dignos de protección, representan "[…] intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad. No es el ordenamiento jurídico el que genera el interés, sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés de la vida a la categoría de bien jurídico. La libertad personal, el derecho al secreto de la correspondencia, al igual que los derechos de autor y los derechos de los inventores, eran intereses vitales mucho antes de que fueran protegidos por documentos constitucionales contra la intervención arbitraria del poder estatal o por leyes penales contra la infracción de los individuos. La necesidad genera la protección, y con los intereses cambiantes varía el número y la naturaleza de los bienes jurídicos por parte del Estado"[2].

Como puede apreciarse claramente en el texto trascrito, para V. LISZT el interés a proteger es previo al Derecho, deriva de las propias relaciones sociales[3]. Igualmente, expresa este autor, la "protección jurídica", es decir la intervención del Estado, transforma dicho interés en un bien jurídico fundamental para la teoría del delito al mismo nivel que la norma penal: "El ordenamiento jurídico delimita las esferas de poder entre sí; determina hasta qué punto la voluntad puede ejercerse libremente, hasta qué punto puede, en particular, exigir o negarse a invadir los círculos de voluntad de otros sujetos jurídicos: garantiza la libertad, el querer hacer, y prohíbe la arbitrariedad; eleva las relaciones de vida a relaciones jurídicas, los intereses de vida a bienes jurídicos; crea la relación jurídica

* Resumen de la ponencia presentada en el III Congreso Internacional de la FICP, celebrado los días 15 y 16 de septiembre de 2022 y organizado por la FICP y el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá. Director: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña.

[1] Por todos, MIR PUIG, Derecho penal. Parte general, Barcelona, Reppertor, 2015, pp. 130 y ss.

[2] v. LISZT, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlín, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1900, pp. 53 y ss.

[3] Aunque ello, según BUSTOS RAMÍREZ, Manual de Derecho penal. Parte general, Edición aumentada, corregida y puesta al día por Hormázabal Malarée, Barcelona, PPU, 1994, p. 104, en modo alguno quiere decir que v. LISZT atribuya naturaleza ontológica al bien jurídico.

a partir de la relación de vida, vinculando derechos y deberes a determinadas condiciones. Las normas del ordenamiento jurídico son el muro protector de los intereses jurídicos, que definen y prohíben una determinada acción o no acción en determinadas condiciones. La protección jurídica que el ordenamiento jurídico otorga a los intereses de la vida es una protección normativa. «Bien jurídico» y «norma» son los dos conceptos básicos del Derecho"[4].

Pareciera quedar claro entonces que para V. LISZT las normas penales están al servicio de la referida protección de intereses sociales de existencia previa.

Por su parte, afirma BINDING que el bien jurídico no es en sí mismo un derecho pero tiene valor para el legislador como condición para la sana vida de la comunidad jurídica, en cuya conservación inalterada e imperturbable tiene interés y que por tanto se esfuerza en proteger de infracciones o puestas en peligro indeseables a través de sus normas[5]. Al legislador penal le ha parecido mucho más importante que la protección de los derechos subjetivos, "[…] la salvaguarda de todas las condiciones de una vida jurídica sana, en la que la paz prevalece sin perturbaciones, los sujetos de derecho se desarrollan libremente, al mismo tiempo con moderación y poder, y los derechos se ejercen sin perturbaciones ni obstáculos. Esta garantía de los presupuestos para una vida jurídica feliz ha sido siempre la gran y propia tarea de las normas y leyes penales, desde que existen"[6].

Y agrega BINDING: "El legislador busca las condiciones reales de una sana vida común; su mirada es mucho más efectiva sobre las personas, las cosas y las circunstancias que sobre los derechos…así se encuentra el objeto de la necesidad inmediata de protección: este se convierte en el objeto de la norma, su violación se estampa como un delito. Depende de la prudencia y de la práctica del legislador reconocer estos objetos de la manera más completa posible, de la agudeza de su ojo para fijarlos con precisión, tanto del alcance de las normas y de su poder de cobertura como de la utilidad de las leyes penales"[7].

[4] v. LISZT, Lehrbuch, 1900, p. 54.
[5] BINDING, Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts, Leipzig, Engelmann, 1897, pp. 96 y ss; similar, BINDING, Die Normen und ihre Übertretung, tomo I, reedición de la 4° edición de 1922, Leipzig, Scientia Verlag Aalen, 1965, pp. 353 y ss.
[6] BINDING, Die Normen I, 1965, p. 339.
[7] BINDING, Die Normen I, 1965, pp. 339 y ss.

Aunque la doctrina tiende a oponer ambas formas de entender el bien jurídico[8], pareciera que BINDING se refiere igualmente a la actividad del legislador como un "reconocimiento" de condiciones para el desarrollo de la vida, por lo tanto a primera vista no parece concebir el bien jurídico como una simple creación del legislador[9]. No obstante, el propio V. LISZT critica a BINDING al sostener que el "error básico de la teoría de la norma radica en la concepción puramente formal del delito como violación del deber de obediencia, por lo que la dirección del delito contra las condiciones de vida de la comunidad humana legalmente ordenada retrocede completamente a un segundo plano"[10]. Incluso llega a decir V. LISZT que el "concepto de bien jurídico en Binding es un concepto aparente (*Scheinbegriff*), es decir, una palabra sin contenido"[11].

Desde mi punto de vista, ambos autores se refieren a la necesidad de la intervención del legislador a los fines de calificar como bien jurídico los intereses sociales o las condiciones de la vida. Sin embargo, V. LISZT recalca el carácter previo de dichos intereses en la sociedad, mientras que Binding se centra en la labor (¿constitutiva?) del legislador en el reconocimiento de dichas condiciones sociales. Independientemente de los distintos énfasis hechos por estos autores pudiéramos concluir que la visión del bien jurídico, especialmente la de V. LISZT, pareciera tener al legislador como destinatario principal, quien al momento de crear los delitos y las penas debería perseguir como objetivo la protección de intereses vitales que forman parte del colectivo social[12].

Pero, hasta qué punto podría exigírsele al creador de las leyes penales la protección únicamente de "intereses sociales vitales". Por ejemplo, a la luz de una Constitución democrática y de los tratados internacionales sobre derechos humanos estaría fuera de

[8] Al respecto ver MODOLELL, Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva, Caracas, Livrosca, 2001, pp. 251 y ss.

[9] Para BUSTOS RAMÍREZ, Manual PG, 1994, p. 104, la opinión de v. LISZT contraria a BINDING radica en que para aquel los bienes jurídicos giran en torno al ser humano y no al Estado, la norma jurídica se limita a protegerlos, la norma está al servicio de ellos; por lo tanto, los bienes jurídicos están más allá de la norma, no derivan de esta.

[10] v. LISZT, Lehrbuch, 1900, p. 55.

[11] v. LISZT, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche -Ein kritischer Beitrag zum juristichen Methodenlehre-, en: v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, I, Berlin, Walter de Gruyter, 1970-1905, p. 224.

[12] MODOLLEL, Bases fundamentales, 2001, pp. 252 y ss. Al respecto, afirma HASSEMER, Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos, en Nuevo Foro Penal, Trad. Elena Larrauri, 51, 1991, p. 26, que la función de los bienes jurídicos es negativa y de crítica del Derecho, ya que el legislador únicamente debe castigar los comportamientos que amenazan un bien jurídico, por lo tanto, los atentados contra la moral, valores sociales o contra el soberano, no pueden ser considerados delitos. Igualmente, HASSEMER, ¿Puede haber delitos que no afecten un bien jurídico penal?, en: HEFENDEHL, Roland (ed.), La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Trad. de Beatriz Espínola, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 98.

discusión que el legislador no pueda prever penas inhumanas o degradantes para los delitos. En este caso existe una norma superior vinculante que obliga directamente al legislador. Cuestión similar sucedería con relación al mandato de determinación derivado del principio de legalidad de los delitos y las penas, que impide al órgano legislativo tipificar ambigua o ampliamente un comportamiento como delito. Sin embargo, fijarle límites al ente estatal representante por excelencia de los electores, sobre lo que pudiera ser objeto de castigo resulta mucho más complejo. Hacerle ver al poder legislativo la necesidad de acatar el llamado de V. LISZT, y en consecuencia proteger mediante la ley penal *exclusivamente* los intereses sociales fundamentales, no deja de parecer ilusorio. De hecho, el propio legislador (o el sector mayoritario que lo conforma) determinará según su visión y proyecto político, cuáles serían esos intereses del colectivo. La definición de estos, en la práctica, pareciera ser algo contingente y relativo, dependiente de las circunstancias políticas del momento. En este sentido, la doctrina penal acepta que el legislador tiene un amplio margen de maniobra y discrecionalidad para determinar las conductas penalmente prohibidas[13].

Por otra parte, aplicar la visión "lisztiana" del bien jurídico a la función judicial pudiera comportar dificultades. En efecto, ello implicaría que el juez ante la ambigüedad del posible bien jurídico protegido por un tipo penal concreto, debiera indagar directamente en la realidad social con el fin de "descubrir" el interés que protege la norma penal. Esta labor de interpretación "sociológica" por parte del juzgador sería muy complicada de llevar a cabo, aparte del peligro que podría derivarse de una discrecionalidad semejante: a fin de cuentas, el interés colectivo sería lo que el juez pudo encontrar en su subjetiva labor de auscultación social[14]. No sería descabellado pensar que una indeterminación semejante de los criterios para definir los llamados "intereses de la vida" acarree una posible arbitrariedad interpretativa, que incluso pondría en cuestión el propio principio de legalidad. Adicionalmente, pareciera resultar limitado el poder de control del juez sobre la valoración política hecha por el legislador al momento de la tipificación penal, en especial si se acata estrictamente el principio de separación de poderes. El carácter

[13] Así, por todos, HASSEMER, en: Hefendehl, La teoría del bien jurídico, 2007, pp. 100 y ss.
[14] Ver MODOLLEL, Bases fundamentales, 2001, p. 263.

político de la decisión del poder legislativo al calificar un hecho como delito fundamentaría la imposibilidad de su revisión por parte del juez[15].

A primera vista pareciera entonces que solo un anclaje del bien jurídico en el Derecho positivo serviría no solo a la interpretación del tipo penal respectivo sino igualmente a los fines de hacer vinculante el citado principio de "exclusiva protección de bienes jurídicos". Si el legislador en la creación de la ley penal o el juez al momento de su aplicación se vieran constreñidos normativamente a no infringir el referido principio, quedaría en evidencia su "capacidad de rendimiento"[16].

En todo caso, antes de proseguir estas breves líneas, debe aclararse que las disquisiciones precedentes (y las que expresaré) tienen sentido si se acepta la protección de bienes jurídicos como fin del Derecho penal. Es de Perogrullo afirmar que lo anteriormente planteado sería huecas palabras si se prescindiera del bien jurídico como concepto, tendencia esta última que no deja de tener abundantes defensores en la doctrina[17] (y en aumento, además). Desde mi punto de vista, si la norma penal se concibe comunicacionalmente, es decir, como un medio para influir en su destinatario, debería entonces contener la razón de su existencia, el fin que la justifica[18]. Aunque "bien jurídico" y "fin de la le ley" no son conceptos equivalentes, el propósito legislativo se materializa en el interés protegido penalmente, en el valor social que mediante el castigo del delito se quiere garantizar en el futuro[19]. El mandato jurídico penal no se justifica en

[15] Al respecto, ver STERNBERG-LIEBEN, Detlev, Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal, en HEFENDEHL, Roland (ed.), La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Trad. de Iñigo ORTIZ, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 120 y ss.

[16] En general, las legislaciones penales no consagran el principio de tutela de intereses jurídicos. FERRAJOLI, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Trad. de Terradillos y otros, Madrid, Trotta, 1995, p. 516 -nota 54-, cita a BRICOLA quien aboga por incorporar al Código Penal lo que denomina un "principio de tipicidad sustancial" que expresaría: "No es punible el hecho típico cuando no lesione el interés específicamente protegido por la norma criminalizadora en su concreta dimensión social y constitucional".

[17] Por todos, JAKOBS, Günther, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Berlin-New York, WdeG, 1993, pp. 44 y ss; Criminalización del estadio previo a la lesión de un bien jurídico, en, Jakobs: Estudios de Derecho Penal, Trad. de Enrique Peñaranda, Madrid, UAM-Civitas, 1997, p. 295. Al respecto, MODOLLEL, Bases fundamentales, 2001, pp. 272 y ss.

[18] MODOLLEL, El tipo objetivo en los delitos de mera actividad, en Política Criminal, v. 11, 22, 2016, pp. 375 y ss.

[19] Así, afirma BINDING, Die Normen I, 1965, pp. 356 y ss: "la existencia de personas o cosas, ciertas características de las mismas, ciertas condiciones son valiosas para la comunidad jurídica; de ello se deriva el valor de su conservación y el desvalor de su alteración […] Este juicio de valor es, sin duda, el único motivo de protección jurídica legislativa. Se expresa en la norma y en la ley penal […]".

sí mismo, salvo que la obediencia al Estado sea un valor independiente[20]. Además, si se concibe al Estado y sus normas como un instrumento al servicio del ciudadano, entonces la función (protección de intereses sociales) que cumplen aquellos constituye un factor a tener en cuenta a la hora de aplicar la ley.

Aceptando el bien jurídico como objeto de protección de la norma penal, queda exponer las razones efectivas que conduzcan al juez a considerarlo en sus decisiones[21]. Un primer motivo para ello sería el deber de sujeción a la ley que tiene ese funcionario. Si el legislador durante el proceso de creación de un tipo penal efectuó la valoración de un estado de cosas que quiere mantener o crear, por lo tanto ponderó intereses sociales para protegerlos e incluso inculcarlos mediante la ley penal, dicha actividad valorativa debe ser considerada por el juez al momento de la interpretación (indagación del bien jurídico protegido)[22]. La cuestión sobre los valores o bienes jurídicos que protege un tipo penal seguramente no se planteará en el ámbito del llamado Derecho penal nuclear. Nadie discutiría que delitos como el homicidio, las lesiones, la violación o el secuestro protegen intereses esenciales para la sociedad. El problema surgirá en aquellas áreas de intervención punitiva donde la línea entre lo penalmente relevante y lo irrelevante es muy tenue. Ocurre, por ejemplo, respecto de ciertos hechos que podrían afectar el honor de las personas o con relación al castigo de conductas en el ámbito económico, entre otros. Es precisamente en estas zonas nebulosas donde podría ser importante la utilidad de un concepto como el de bien jurídico.

---

[20] Para COBO/VIVES, Derecho Penal. Parte General, 4.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 289, la relevancia del principio de ofensividad se basa en una visión del Derecho como protector de bienes e intereses constituidos, no como un orden exclusivamente imperativista, regulador de las voluntades individuales; dicho principio, afirman estos autores, parte de una concepción liberal del Derecho penal que distingue claramente la moral del derecho y la Moral, lo cual requiere la exteriorización de la lesividad del delito, garantía de la libertad individual frente al poder punitivo del Estado.

[21] Desde el punto de vista práctico, es precisamente el juez el órgano llamado a controlar si el legislador consideró el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos al momento de criminalizar una conducta. Sobre esto, opinan ROXIN/GRECO, Strafrecht. Allgemeiner Teil, tomo I, München, C.H.Beck, 2020, pp. 78 y ss. -94-: "Es cierto que la doctrina de los bienes jurídicos pertenece sobre todo al parlamento. Al respecto, se puede distinguir una perspectiva de producción de una perspectiva de control: el examen de los bienes jurídicos debe ser más estricto cuando se trata de introducir una nueva disposición, mientras que, una vez tomada la decisión, puede adoptar una forma algo más generosa por respeto al margen de maniobra (discrecionalidad) del legislador. Sin embargo, cuando el estado actual de la discusión es tal que la suposición de que una disposición penal sirve a la protección de bienes jurídicos no es defendible, nuestro Tribunal Constitucional no debería temer declarar dicha disposición inconstitucional si llega a la misma conclusión".

[22] MODOLLEL, Bases fundamentales, 2001, p. 209; del mismo, en Política Criminal, v. 11, 22, 2016, p. 376.

En este sentido, podría ensayarse aceptar como bien jurídico aquello que el Derecho positivo reconoce como tal. Por lo tanto, aparte del estudio por el juez del proceso de creación del tipo penal a la hora de aplicar este último, habría que pensar si se podría materializar efectivamente el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos mediante la interpretación constitucional de los tipos penales. Se trataría de la referencia al Derecho positivo (no legal) para materializar el principio de "exclusiva protección de bienes jurídicos". En un Estado democrático de Derecho nadie discutiría la inaplicabilidad de un tipo penal que infrinja directamente las disposiciones de la ley superior del Estado (vgr. una norma que castigue penalmente el ejercicio de algún culto religioso)[23]. Sin embargo, la cuestión a plantear es la siguiente: ¿pudiera aceptarse una disposición punitiva que proteja un interés sin referencia a los valores de la Constitución, aunque no contradictoria con el texto fundamental? O, lo que es igual, ¿deben los tipos penales proteger *exclusivamente* intereses reconocidos constitucionalmente? Esto último implicaría no solo descartar los delitos cuyos supuestos bienes jurídicos contradicen directamente algún valor constitucional, también obligaría al juez a analizar si el propio interés protegido por la ley penal goza de alguna alusión en el texto constitucional o en las normas de rango similar que se consideren directamente vinculantes (vgr. tratados internacionales sobre derechos humanos).

Al respecto, podemos citar dos importantes autores que se pronuncian afirmativamente. Así, ROXIN, concretamente la primera edición de su conocido manual de Derecho penal, sostiene que "un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado"[24]. Igualmente, expresa BRICOLA: "La relevancia constitucional de un bien no significa simplemente la *no contrariedad* de éste respecto a la Constitución, sino la asunción del bien entre los valores explícita o implícitamente garantizados por la carta constitucional"[25].

[23] Como bien afirma ROXIN, Derecho Penal. Parte General, tomo I, Trad. y notas de Luzón, Díaz y de Vicente, Madrid, Civitas, 1997, p. 57: "[…] preceptos penales que crearan o aseguraran la desigualdad entre los seres humanos no protegerían ningún bien jurídico; y lo mismo ocurriría con una punición de la expresión de opiniones, que infringiría el art. 5 GG, etc."

[24] ROXIN, Derecho Penal PG, I, 1997, pp. 55 y ss.

[25] BRICOLA, Teoría general del delito, Trad. de Diana Restrepo, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2012, p. 39. Según dicho autor, la norma penal "nunca crea intereses, pues sólo puede recortar y especificar, sin desnaturalizarlos, los valores ya previstos en la Constitución…el legislador, además de no poder incriminar

Lo expuesto podría apreciarse aún mejor mediante el siguiente ejemplo: si una mayoría conservadora del parlamento aprueba una ley penal que castiga el uso de tatuajes en el cuerpo por jóvenes adultos entre 18 y 25 años, un juez que interprete dicho tipo penal podría apreciar la contradicción de ese hecho punible con una norma de rango constitucional que reconozca el libre desarrollo de la personalidad. Ahora bien, cambiando el caso, en el delito de contrabando habría que determinar si el texto fundamental del Estado reconoce el patrimonio fiscal (o la potestad de recaudación fiscal) como un valor de rango constitucional. Se trataría entonces de establecer el asidero constitucional de cada interés protegido por el tipo penal respectivo. El juez no induciría el bien jurídico directamente de la sociedad, sino de los valores (se suponen de carácter social) reconocidos positivamente en la suprema ley.

La necesidad de la referencia constitucional de los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales se fundamentaría en un razonamiento ya señalado por la doctrina: si la tipificación del delito y la pena implican una importante restricción de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución (libertad, honor, propiedad, etc.), ello solo será legítimo en aras de la protección de intereses fundamentales de mayor o similar importancia[26]. Incluso, en un sentido más amplio, algún autor expresa: "La libertad constitucionalmente protegida del ciudadano sólo puede ser restringida en cumplimiento del deber de protección también fundamentado en la cláusula de Estado de Derecho e impuesto para el

hechos que se concreten en el ejercicio de un derecho constitucional, salvo que se trate de la tutela de un bien que tenga un peso constitucional superior o de un bien que sirva como límite previsto por la norma constitucional respecto al ejercicio del mencionado derecho, no puede adoptar sanciones penales por hechos lesivos de valores que, sin ser antitéticos a la Constitución, no encuentren en ésta ningún reconocimiento explícito o implícito" (2012), pp. 43 y ss.

[26] Para BRICOLA, Teoría general del delito, 2012, pp. 34 y ss, "la sanción penal puede ser adoptada sólo en presencia de la violación de un bien, el cual, aunque no sea de igual grado que el valor (libertad personal) sacrificado, cuente al menos con relevancia constitucional. Es decir, el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una *significativa* lesión de un valor constitucionalmente relevante". Similar, CARBONELL, Derecho penal. Concepto y principios constitucionales Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, p. 34; MODOLLEL, Bases fundamentales, 2001, pp. 265 y ss. En la misma línea, afirma claramente FERRAJOLI Derecho y razón, 1995, pp. 474 y ss: "Cierto que nuestra Constitución, aun supeditando el contenido de las prohibiciones penales al respeto a otros principios (de libertad, de igualdad, etc.), no contiene norma alguna que enuncie expresamente la garantía de lesividad. Sería ilógico, sin embargo, entender que admita privaciones de un bien constitucionalmente primario, como es la libertad personal, si no es para evitar ataques a bienes de rango igualmente constitucional. Ello no quiere decir que no sea deseable una explícita formulación constitucional de esta garantía tanto frente al legislador, impidiéndole el recurso a prohibiciones penales sin bien jurídico, como frente al juez, excluyendo la responsabilidad penal por comportamientos formalmente prohibidos pero ayunos, en concreto, de resultado dañoso o peligroso".

aseguramiento de la libertad ciudadana…la libertad del ciudadano sólo podrá ser restringida en tanto no se supere la prohibición de exceso. Así, la cláusula de Estado de Derecho, en conjunción con los derechos fundamentales, sienta límites a la potestad estatal de limitar la libertad mediante la definición de ciertas conductas como delito"[27].

Con relación a lo anterior, surge de inmediato una evidente objeción: los textos constitucionales son lo suficientemente amplios y ambiguos para que cualquier interés encuentre cabida en ellos, por lo cual no se lograría el loable fin de protección de bienes jurídicos ni por ende la contención del *ius puniendi* estatal. Ello se agrava especialmente porque durante el proceso creador de la Constitución pudo haberse apoderado del constituyente una suerte de "fetichismo normativo-constitucional", según el cual todas las demandas sociales y de reconocimiento de derechos, incluso contradictorias entre sí, tendrían cabida sus normas.

A esta última crítica podría responderse que el juez analiza el bien jurídico protegido por el tipo penal mediante el tamiz constitucional, aplicando dos métodos sucesivos y distintos[28]. El primero consistiría en determinar si el bien jurídico efectivamente representa un valor constitucionalmente reconocido. Si bien en la Constitución pueda que exista una cierta inseguridad en lo relativo a los intereses dignos de protección, esta vaguedad será muchísimo menor que acudir a la propia "realidad social" en busca de los llamados "bienes jurídicos"[29]. Por más ambiguo y amplio que sea el texto constitucional, "la enumeración de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución pueden ser valores tangibles a tener en cuenta, al igual que la forma de Estado adoptada, la forma de gobierno, principios relativos a la participación ciudadana, etc."[30]. En segundo lugar, habiéndose afirmado el reconocimiento constitucional del bien

[27] STERNBERG-LIEBEN, en Hefendehl (ed.), La teoría del bien jurídico, 2007, pp. 106 y ss. En la misma línea, afirman ROXIN/GRECO, Strafrecht, AT, I, 2020, p. 77 -92-: "Se tiende a coincidir con los partidarios de una recepción constitucional del concepto de bien jurídico y su importancia para la prohibición de medidas excesivas. Pues si […], el concepto de bien jurídico deriva de las funciones del Derecho penal, que a su vez se desarrollan a partir del fundamento de los elementos liberales y de los derechos fundamentales de nuestra Constitución, los límites de la potestad punitiva del Estado deben derivar también del fundamento de la pena. Una disposición penal que no protege ningún bien jurídico es inadecuada y una intromisión excesiva en la libertad de los ciudadanos".

[28] Sobre las formas de control por el juez, derivadas del carácter constitucional del bien jurídico, BRICOLA, Teoría general de delito, 2012, pp. 51 y ss.

[29] MODOLLEL, Bases fundamentales, 2001, p. 263.

[30] MODOLLEL Bases fundamentales, 2001, p. 263. "Incluso, es posible decir que el ilícito penal puede lesionar también un valor carente de relevancia constitucional, siempre que esté unido a un valor constitucional por una relación de presuposición necesaria, de manera que la lesión del primero sea

jurídico, el juez deberá solucionar el posible conflicto entre valores constitucionales contradictorios[31]. En efecto, la propia Constitución establece una jerarquía de valores y normas que el juez debe determinar en el caso concreto. Por ejemplo, considerará si la protección de animales reconocida constitucionalmente se extiende al trato que respecto de aquellos practique tradicionalmente una determinada comunidad originaria, cuya cultura y existencia goza igualmente de reconocimiento y protección constitucional. En todo caso, la solución de estas contradicciones es consustancial a cualquier exégesis jurídica; solo están en juego normas constitucionales que no por ser tales escapan de la interpretación y aplicación judicial[32].

Habría que pensar, sin embargo, si se está dispuesto a asumir todas las consecuencias de tal método, es decir, si se acepta ciertamente una restricción de tal naturaleza al *ius puniendi* del Estado. Así, posibles bienes jurídicos como la "confianza en el sistema financiero" o la "fe pública", por ejemplo, pueda que no tengan reconocimiento en las Constituciones modernas. ¿Podría entonces desaplicarse los delitos que castigan conductas en dichos ámbitos? No hay que olvidar que precisamente el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se origina para limitar el poder punitivo del Estado, para restringir este a los casos más graves para la sociedad.

Por otra parte, la circunstancia de limitar el Derecho penal a valores expresamente reconocidos por el texto fundamental podría ser una característica diferenciadora entre el ilícito penal y el de naturaleza administrativa: este último no solo sería un posible medio para proteger cualquier interés de la administración pública, sea o no constitucionalmente reconocido, sino que además puede prescindir de la protección de bienes jurídicos como objetivo y limitarse a la imposición de deberes de obediencia. Esto tendría sentido en razón de que el Derecho administrativo sancionador no debería recurrir a la privación de la libertad personal. En cambio, la pena como medio de intervención más grave del Estado en

imprescindible e inequívocamente idónea para poner en peligro el segundo" (BRICOLA, Teoría general del delito, 2012, p. 40). Aunque, añade este autor, "el legislador tiene un deber preciso de tutelar penalmente tal valor en su exacta dimensión constitucional" (p. 41).

[31] Al respecto, BRICOLA, Teoría general del delito, 2012, pp. 50 y ss.

[32] Cabe aclarar que este breve artículo no es el lugar para responder si dicho control constitucional corresponde a un tribunal superior especializado (vgr. tribunal constitucional), al supremo tribunal general de un Estado o al propio juez de una causa (control incidental de la constitucionalidad).

la esfera de los particulares, pues afecta intereses y derechos fundamentales cuyo goce la Constitución garantiza, solo puede justificarse, como mencioné antes, en aras de la protección de valores similares o de mayor importancia[33].

Cabría alegar en contra del supuesto carácter constitucional de los bienes jurídicos protegibles mediante el Derecho penal, que una Constitución al consagrar los derechos a la vida, libertad personal, debido proceso, etc., lo hace dentro de una relación de poder, es decir, concretamente frente al Estado. Del mismo modo, los llamados derechos sociales como la salud, educación, seguridad social, etc., se incorporan como prestaciones exigidas al Estado. Por lo tanto, el homicida no lesiona un derecho fundamental a la vida del cual sería titular la víctima. Ello solo podría realizarlo el Estado cuando, por ejemplo, uno de sus funcionarios policiales ejecuta a un disidente político. Sin embargo, a esta objeción podría responderse que aun concibiendo tales derechos en el ámbito de la relación Estado-ciudadano, se les otorga rango constitucional precisamente porque son considerados valores fundamentales para el desarrollo de la sociedad y sus individuos.

El carácter "positivo" del descrito método de referencia constitucional del bien jurídico, a su vez, implica que el juez en modo alguno podrá analizar si el valor constitucional refleja el sentir de la sociedad dado que ello se presume *juris et de jure* como cierto en un Estado democrático de Derecho[34]. De igual manera, el legislador penal no podría realizar valoraciones directas sobre las necesidades de la sociedad a los fines de crear bienes jurídico-penales[35]. El hacedor de la ley debería partir de la previa valoración hecha por el constituyente. Su labor político-criminal consistiría en seleccionar entre los valores constitucionales previamente establecidos, cuáles considera necesarios de protección penal. Obviamente, de ninguna manera ello puede traducirse en el sentido de que *todos* los valores reconocidos constitucionalmente deban ser protegidos penalmente[36]. Por el contrario, se quiere afirmar que únicamente dichos valores serían

[33] MODOLLEL, Bases fundamentales, 2001, p. 288.
[34] MODOLLEL, Bases fundamentales, 2001, p. 270.
[35] MODOLLEL Bases fundamentales, 2001, pp. 261 y ss, En este sentido, afirma ROXIN, Derecho Penal, PG, I, 1997, p. 56, que el concepto de bien jurídico "le viene previamente dado al legislador penal, pero no es previo a la Constitución".
[36] Afirma BRICOLA, Teoría general del delito, 2012, p. 45: "…el legislador no puede adoptar sanciones penales sino por hechos lesivos de valores constitucionales. Sin embargo, aun en presencia de un hecho dotado de tal fuerza lesiva, podría igualmente acudir a modelos sancionatorios extrapenales".

aptos para ser calificados como bienes jurídico-penales y no otros[37]. Dentro de ellos, toca al legislador hacer la selección de tutela penal.

En conclusión, de aceptarse el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos en el ámbito penal, una posible forma de hacerlo efectivamente realizable sería otorgándole un fundamento constitucional a dichos intereses según lo descrito *supra*. No obstante, habría que plantearse si una limitación de tal naturaleza sería viable desde un punto de vista político criminal. En otras palabras, ¿estarían dispuestos los aplicadores de la ley penal a considerar una restricción semejante del *ius puniendi* estatal?

BIBLIOGRAFÍA

BINDING, Karl, Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts, Leipzig, Engelmann, 1897.

BINDING, Karl, Die Normen und ihre Übertretung, tomo I, reedición de la 4° edición de 1922, Leipzig, Scientia Verlag Aalen, 1965.

BRICOLA, Franco, Teoría general del delito, Trad. de Diana Restrepo, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2012.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual de Derecho penal. Parte general, Edición aumentada, corregida y puesta al día por Hormázabal Malarée, Barcelona, PPU, 1994.

CARBONELL, Juan Carlos, Derecho penal. Concepto y principios constitucionales Valencia, Tirant lo Blanch, 1991.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, Derecho Penal. Parte General, 4.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Trad. de Terradillos y otros, Madrid, Trotta, 1995.

HASSEMER, Winfried, Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos, en Nuevo Foro Penal, Trad. Elena Larrauri, nº 51, 1991, pp. 17-30.

HASSEMER, Winfried, ¿Puede haber delitos que no afecten un bien jurídico penal?, en: HEFENDEHL, Roland (ed.), La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Trad. de Beatriz Espínola, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 95-104.

JAKOBS, Günther, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Berlin-New York, WdeG, 1993.

JAKOBS, Günther, Criminalización del estadio previo a la lesión de un bien jurídico, en, JAKOBS: Estudios de Derecho Penal, Trad. de Enrique Peñaranda, Madrid, UAM-Civitas, 1997, pp. 293-324.

V. LISZT, Franz, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1900.

V. LISZT, Franz, "Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche -Ein kritischer Beitrag zum juristichen Methodenlehre-", en V. LISZT, Franz, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, tomo I, Berlin, Walter de Gruyter, 1970 -1905.

MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte general, Barcelona, Reppertor, 2015.

[37] MODOLLEL, Bases fundamentales, 2001, pp. 263 y ss -con referencias doctrinales-.

MODOLELL, Juan Luis, Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva, Caracas, Livrosca, 2001.

MODOLELL, Juan Luis, El tipo objetivo en los delitos de mera actividad, en Política Criminal, Vol. 11, nº 22, 2016, pp. 368-390.

ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General, tomo I, Trad. y notas de Luzón, Díaz y de Vicente, Madrid, Civitas, 1997.

ROXIN, Claus/GRECO, Luis, Strafrecht. Allgemeiner Teil, tomo I, München, C.H.Beck, 2020.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev, Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal, en HEFENDEHL, Roland (ed.), La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Trad. de Iñigo Ortiz, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 105-127.

* * * * *

Prof. Dr. Dr. h.c. Mario Caterini

Profesor de Derecho Penal, Universidad de Calabria (Italia). Socio de la FICP.

~Il 'probabilismo' per sciogliere i dubbi interpretativi nel diritto penale: riflessioni storico-comparate~

I. DALL'IN DUBIO PRO REO DELLA RETORICA CICERONIANA ALL'INTERPRETATIO BENEVOLA DELLA PRIMA DOTTRINA CRISTIANA

Dopo alcuni prodromi dell'in dubio pro reo rinvenienti in scritti di CICERONE[38] e di SENECA[39], è con Traiano[40] che il favor rei, sebbene in forma embrionale, si trasformò in vero principio di diritto, di matrice stoica, nel clima culturale e filosofico che caratterizzò l'impero romano a partire dal I sec. d.C.[41]. Si può dire, dunque, che già nell'antichità i giuristi iniziarono a porre seri limiti alla discrezionalità del giudice, anche nell'interpretazione delle norme penali. Man mano, infatti, si affermò la necessità di evitare decisioni ispirate alle convinzioni personali ovvero volte a procurarsi "gloria" mediante una peculiare severità o clemenza, dovendo piuttosto il giudice moderare e non esasperare il rigore delle disposizioni vigenti e applicare le pene «cum aliquo temperamento benignitatis»[42]. Dagli antichi giureconsulti emerse la propensione verso

[38] La regula in dubio pro reo, sotto forma di carenza di prove, fu utilizzata nella pratica forense da CICERONE come argomento retorico a favore di un suo difeso, nella pro Roscio Amerino, l'arringa pronunciata nell'80 a.C. in difesa di un giovane nobile di Ameria, accusato di parricidio. Cfr. COPPOLA BISAZZA, Traiano, l'affermarsi del principio del favor rei e il suo consolidarsi anche in campo privatistico, in Teoria e storia del diritto privato, 2019, pp. 6-12.

[39] SENECA, Epistula ad Lucilium, Ep. 10.81.26: «Quemadmodum reus sententiis paribus absolvitur et semper quidquid dubium est humanitas inclinat in melius […]». Nel caso di collegi giudicanti che non raggiungevano una maggioranza a favore o contro l'imputato, bisognava assolverlo. In tema, LÓPEZ PEDREIRA, Algunas reflexiones acerca de la presunción de inocentia en el ámbito penal romano, in RESINA SOLA (a cura), Fvndamenta ivris, Universidad de Almería, Almería, 2012, p. 381.

[40] È, infatti, agli inizi del II sec. che si colloca la prima formale attestazione del principio nel rescritto dell'imperatore Traiano, tramandatoci da Ulpiano e contenuto in un brano del suo settimo libro de officio proconsulis, successivamente raccolto dai Compilatori, in Digesto 48.19.5 pr.; cfr. Cfr. COPPOLA BISAZZA, Traiano, cit., pp. 13-16. In caso di meri sospetti sull'imputato il colpevole doveva rimanere impunito, perché ciò era preferibile all'eventuale condanna di un innocente. Il principio, del resto, si riferiva solo al caso dell'esistenza di mere suspiciones a carico del reo, rivelando così l'in dubio pro reo nella sua fase embrionale. In tema DE DOMINICIS, Brev. Pauli Sententiarum IV, 12, § 5 e l'origine romano-cristiana del principio "in dubiis pro reo", in Archivio penale, I, 1962, pp. 411-417.

[41] Sulla matrice stoica v. FASOLINO, Regole di giudizio e garanzie dell'imputato nel processo criminale romano: la presunzione di innocenza, in SOLIDORO (a cura), Regole e garanzie nel processo criminale romano, Giappichelli, Torino, 2016, p. 47 ss.

[42] Digesto, 48.19.11pr., Marcianus 2 de publicis iudiciis, «Perspiciendum est iudicanti, ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam causa deposcit: nec enim aut severitatis aut clementiae gloria affectanda est, sed perpenso iudicio, prout quaeque res expostulat, statuendum est. plane in levioribus causis proniores

una libertà interpretativa, se però in melius, unica in grado di giustificare il superamento del dato letterale della norma[43].

Il Digesto giustinianeo, più specificamente, ribadiva e consacrava il principio – espresso da PAULUS PRUDENTISSIMUS – secondo cui «in poenalibus causis benignius interpretandum est»[44], che ben si accordava all'altro, riferito segnatamente alla scelta e alla quantificazione della pena, stando al quale «interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae»[45]. La benignitas veniva utilizzata quale criterio di orientamento delle decisioni, frutto non già di un astratto umanesimo compassionevole, ma di un'esigenza etico-sociale indirizzata all'utilitas communis[46]. L'interpretatio benevola assunse così una portata molto ampia utile ad un equilibrio tra le opposte esigenze: della conservazione dell'ordine sociale, da un lato e, dall'altro, della protezione dell'individuo, tale da farvi rientrare tutto il complesso iter di accertamento dei reati, non solo dunque l'interpretazione delle norme in senso stretto, ma anche la valutazione delle prove[47]. Si può dire, perciò, che l'in dubio pro reo si affermò come principio giuridico in primo luogo in riferimento alla quaestio iuris e poi anche a proposito della quaestio facti, uso, il secondo, invalso poi modernamente.

Nell'ordinamento giuridico, dunque, vennero introiettati tali princìpi di promanazione umanitaria e stoica che furono amplificati dalla dottrina cristiana. Infatti, è nell'età postclassica (IV e V sec. d.C.) che le diverse implicazioni del favor rei si affermarono con maggiore forza grazie all'influenza che il favor miserarum e l'humanitas

ad lenitatem iudices esse debent, in gravioribus poenis severitatem legum cum aliquo temperamento benignitatis subsequi». In tema, BRASIELLO, La repressione penale el diritto romano, Jovene, Napoli, 1937 p. 571 ss.

[43] FASOLINO, Alle origini del principio in dubio pro reo, in PIRO (a cura), Scritti per Alessandro Corbino, Tricase, Libellula edizioni, pp. 567-582.

[44] Digesto, 40.17.155, Paulus libro 65 ad edictum, cfr. IRIGOYEN TROCOMIS, Sobre las diversas reglas del derecho antiguo (Digesto 50.17), Universidad Nacional Autónoma de México, Città del Messico, 2005, p. 17.

[45] Digesto, 48.19.42, Hermogenianus 1 epit. Su questo brano, BERGER, In dubiis benigni ora, in MOSCHETTI (a cura), Atti del Congresso Internazionale di Diritto romano e di Storia del diritto, Verona 27-28-29 settembre 1948, vol. II, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 187 ss., pp. 201 ss.; PALMA, Benignior interpretatio. Benignitas nella giurisprudenza e nella formazione da Adriano ai Severi, Giappichelli, Torino, 1997, p. 90, p. 148 ss. Più recentemente, SOLIDORO, Interazioni tra diritto penale sostanziale e processuale nella tradizione storica di civil law, in De Iustitia, n. 3/2016, pp. 91-104. In età adrianea, poi, il proculiano Giuvenzio Celso figlio, affermava che «Benignius leges interpretandae sunt» (Celsus, 29 Digestorum, D. 1.3.18), suggerendo un'interpretazione della legge ispirata al favor rei. Nello stesso senso si esprimevano altri giuristi come, ad esempio, Gaio secondo cui «semper in dubiis benigniora praeferenda sunt» (Gaius, 3 De legatis ad edictum urbicum, D. 50.17.56).

[46] CERAMI, La concezione celsina del ius. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche, I, L'interpretazione degli atti autoritativi, in Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo, vol. XXXVIII, 1985, p. 95 ss.; PALMA, Benignior interpretatio, cit., p. 86 ss.

[47] FASOLINO, Regole di giudizio, cit., p. 50.

di matrice cristiana ebbero sul diritto classico[48]. Con il riconoscimento della fede cristiana quale religione ufficiale dell'Impero, infatti, la Chiesa entrò nell'organizzazione politico-sociale dello Stato, con inevitabili e notevoli sviluppi anche nella sfera giuridica[49].

II. DALLA CERTEZZA DIVINA DEL GIUDIZIO ORDALICO ALLA BENIGNIOR INTERPRETATIO DELLA CANONISTICA MEDIOEVALE

Se l'interpretatio benevola ebbe valore nell'epoca postclassica, non altrettanta fortuna poté avere nel diritto barbarico e ciò perché, com'è noto, in quel contesto ordinamentale in genere il processo penale si esauriva in una sorta di giudizio divino, come l'ordalia, che attraverso una prova fisica determinava le sorti dell'imputato, senza spazi per dubbi interpretativi o incertezze decisionali, incompatibili con una verità superiore di promanazione sovrannaturale capace sempre di garantire l'innocente[50].

Il sistema processuale canonico, dopo aver risentito fino al XII sec. delle influenze magico-naturalistiche del diritto germanico, si dotò di una struttura più stabile e unitaria[51]. Così, mentre nel processo barbarico al giudice era affidata la sola funzione di dichiarare il risultato della prova ordalica, in quello romano-canonico dopo il XII sec. si riaffermò – sebbene in maniera inquisitoria – la necessità di una valutazione in fatto e in diritto da parte del giudice. In tale forma di processo penale riprese vigore l'autorità del giudice, al quale venne nuovamente affidato il ruolo attivo di accertare i fatti e di stabilirne la difformità dalle norme. Questa fase del diritto penale si caratterizzò per un

[48] Specificamente in tema DE DOMINICIS, Brev. Pauli, cit., p. 411 ss.; ID., Ancora sulla «formula dubitativa», in Archivio penale, 21, 1965, p. 534 ss.; più recentemente LÓPEZ PEDREIRA, Algunas reflexiones, p. 380 ss.; FASOLINO, Alle origini, cit., p. 575 ss.; ID., Regole di giudizio, p. 51 ss.; SOLIDORO, Interazioni tra diritto penale, cit., pp. 97; COPPOLA BISAZZA, Traiano, l'affermarsi del principio del favor, pp. 30-31.

[49] Sui rapporti tra diritto romano e cristianesimo, fondamentale BIONDI, Il diritto romano cristiano, in particolare vol. III, Giuffrè, Milano, 1954, passim, spec. p. 183, il quale attribuisce addirittura ex novo al prevalere delle concezioni cristiane, e quindi al Tardoantico, la genesi della regola in dubio pro reo. Più in generale, ROBLEDA, Perché il mondo latino nel suo diritto si lascia influenzare dal Cristianesimo?, in Gregorianum, 1985, Vol. 66, n. 1, pp. 111-128.

[50] Sul tema, in generale SORRENTINO, Storia del processo penale, Dall'ordalia all'inquisizione, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1999, passim, spec. p. 28 ss. Sulla certezza di tali giudizi e sull'infallibilità divina che non avrebbe tollerato il trionfo di chi fosse nel torto e l'oppressione di chi avesse ragione, cfr. LÉVY, La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Age, Librairie du Recueil Sirey, Parigi, 1939, pp. 112-115.

[51] Per una ricostruzione storica dell'ordalia e l'influenza sulla dottrina cristiana, si veda PATETTA, Le ordalie. Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato, Fratelli Bocca, Torino 1890, p. 164 ss. I canonisti indicarono l'ordalia come purgatio vulgaris, in opposizione alla purgatio canonica, rappresentata dal giuramento dell'imputato, ordalia in parole anziché in azione. Per le ordalie nella giurisdizione ecclesiastica, le relative resistenze e per la loro irrazionalità a fronte della razionalità dei giuramenti di purgazione nella prospettiva canonistica, si veda FIORI, Il giuramento di innocenza nel processo canonico medievale, Klostermann, Francoforte, 2013, p. 141 ss.

robusto recupero delle fonti romanistiche che però vennero selezionate e adattate al carattere teandrico del diritto canonico[52].

Infatti, la regula iuris XLIX del Liber Sextus promulgato da BONIFACIO VIII nel 1298[53] – poi confluito nel Corpus Iuris Canonici pubblicato ufficialmente da GREGORIO XIII nel 1582 – recuperò il menzionato principio giustinianeo del Digesto 40.17.155[54], affermando che «in poenis benignior est interpretatio facienda»[55]. Secondo la dottrina canonistica settecentesca tale regula trovava applicazione solo nei casi dubbi, quando la legge fosse incerta; in caso contrario il giudice la doveva applicare secondo il testo esplicito, senza mitigarne né inasprirne il contenuto[56]. «Quando in lege, vel alia dispositione verba circa paenas non certa et clara, sed ambigua sunt, mitior et benignior interpretatio facienda est. Ratio est; quia Odia restringi, et favores convenit ampliari […]. Et semper in dubiis benigniora praeferenda sunt. […] atque In obscuris minimum (id est, minus gravans, et obligans) est sequendum […]. Siquidem ea tanto digniora sunt imitatione, quanto excellentiora pietate»[57].

La regola dell'interpretazione benevola in caso di dubbio, oltre ad avere derivazione

[52] BASDEVANT-GAUDEMET, Les sources du droit romain en matière de procédure dans le Décret de Gratien, in Revue de droit canonique, 1977, pp. 193-242; LEFEBVRE, Procédure, in Dictionnaire de droit canonique, vol. VII, Letouzey et Ané, Parigi, 1965, cc. 281-309.

[53] Per un'introduzione alle norme del Liber Sextus di Bonifacio VIII, si veda ROELKER, An Introduction to the Rules of Law: Part II: Observations on the Rules of Law of Pope Boniface VIII, in The Jurist. Studies in Church Law and Ministry, vol. 9, 1950, pp. 417-436. Sulle regulae iuris in generale e il significato e la funzione di queste nella collezione di Bonifacio VIII, STEIN, Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims, Edinburgh University Press, Edimburgo, 1966, passim, spec. pp. 148-152.

[54] V. supra nota n. 8. Militano nello stesso senso, seppur non riferibili esclusivamente ai giudizi penali e non solo alla quaestio iuris, anche la regula XI: «Cum sunt partium jura obscura, reo favendum est potius, quam actori», nonché la regula II del Liber Sextus: «Dubia in meliorem partem interpretari debent». In questi termini, SÁNCHEZ-GIL, Il principio in dubio pro reo nel diritto penale canonico. La perenne attualità di un'antica regola giuridica, in CITO (a cura), Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico, Giuffrè, Milano, 2005, p. 641 ss.

[55] Per un'ampia disamina di questa regula si rinvia a MCGRATH, The glossa ordinaria on regula juris 49 in the Liber sextus of Boniface VIII, in The Jurist. Studies in Church Law and Ministry, vol. 53, 1993, pp. 344-395, con l'ausilio delle glosse di cui al Liber Sextus Decretalium del canonista del XIV sec. ANDREAE. Tra i decretalisti, si veda MUXELLANI, Commentarii in Regulas Iuris Pontificij, Colonia, 1569, pp. 334-335, che tra le esemplificazioni della regula annovera il dubbio sul dolo.

[56] REIFFENSTUEL, Jus canonicum universum, tomus sextus, Bortoli, Venezia, 1735, p. 75: «Regulam tantum procedere in dubio, seu tunc, quando in lege, statuto, vel alia dispositione poena certa claris verbis non invenitur imposita. […] Quando in lege, vel alia dispositione verba circa paenas non certa et clara, sed ambigua sunt, mitior et benignior interpretatio facienda est».

[57] ID., p. 76. «Quando in lege, vel alia dispositione verba circa paenas non certa et clara, sed ambigua sunt, mitior et benignior interpretatio facienda est. Ratio est; quia Odia restringi, et favores convenit ampliari. […] Et semper in dubiis benigniora praeferenda sunt. […] atque in obscuris minimum (id est, minus gravans, et obligans) est sequendum. […] Siquidem ea tanto digniora sunt imitatione, quanto excellentiora pietate […]». L'Autore, del resto, enunciava delle eccezioni alla regola dell'interpretazione benevola: nei fatti che prevedevano la pena della scomunica, nei casi di contumacia e nei delitti più gravi, portando l'esempio di quelli di lesa maestà nei quali si poteva derogare sfavorevolmente alla regola della necessità che l'intenzione si tramutasse in azione, essendo, in tali casi, sufficiente la prima.

romanistica, era anche un'implicazione del precetto evangelico «nolite iudicare et non iudicabimini, nolite condemnare et non condemnabimini»[58]. Argomentando sempre con le parole dei canonisti del XVII sec., colui che aveva una cattiva opinione del prossimo, senza sufficiente ragione, commetteva ingiuria nei suoi confronti e lo giudicava in maniera approssimativa ed indirettamente lo condannava, il che non era lecito appunto secondo il richiamato insegnamento di Cristo. La regula trovava inoltre fondamento nella legge della carità, per cui un individuo si doveva presumere buono fino a quando non ne era provata la malvagità[59].

Se oggi il precetto evangelico "non giudicare per non essere giudicato" ha un peso anzitutto religioso, in passato aveva invece una cogenza più immediata sul giudizio penale[60]. L'in dubio pro reo, infatti, in questa fase storica non ebbe ricadute volte tanto a evitare un'ingiusta punizione, ossia a fornire delle garanzie all'imputato, ma soprattutto a procurarle alle "anime" dei giudici[61]. In sostanza, la necessità di risolvere i dubbi a favore dell'imputato serviva per permettere ai giudici di condannare senza l'angoscia di aver violato il precetto evangelico. Il principio, dunque, svolgeva la funzione di "conforto morale" dei giudici, sollevandoli dalla responsabilità per la condanna che non vi poteva essere se era frutto di una decisione priva di ragionevoli dubbi[62]. Ciò perché «cum homo juste occiditur, lex eum occidit, non tu»[63]. Era dunque la legge, non l'uomo, che condannava, se ciò però avveniva giustamente, appunto secundum ius. Il giudice, quindi, non peccava giudicando e condannando, a condizione che avesse rispettato la legge, in tal caso ricadendo sulla legge stessa la responsabilità; dunque anche il dubbio sulla legge doveva essere risolto a favore dell'imputato, altrimenti il giudice poteva incorrere nel

[58] MATTEO, 7,1; LUCA, 6,37.

[59] REIFFENSTUEL, Jus canonicum, cit., sub. Regula II, p. 5: «… quia ille, qui habet malam opinionem de proximo absque sufficienti ratio ne, facit ei injuriam, eumque temere judicat, et indirecte contemnit, quod licite facere non potest juxta illud Salvatoris Matth 7. v. 1. et Luca 6. v. 37. Nolite judicare (intellige temere sine sufficienti ratione) et non judicabimini: nolite condemnare, et non condemnabimini. Fundatur etiam in lege charitatis volente, ut quivis praesumatur bonus et innocens, donec probetur malus. arg. c. unico de Scrutinio. c. fin. de Praesumpt. et l. merito 51. ff. pro Socio». Sulle origini del principio di presunzione d'innocenza fino a prova contraria, PENNINGTON, Innocent Until Proven Guilty: The Origins of a Legal Maxim, in The Jurist. Studies in Church Law and Ministry, vol. 63, 2003, pp. 106-124, scaricabile al link https://scholarship.law.edu/scholar/172/.

[60] Già DE BEAUVAIS nel Speculum maius (1260) trattò del rischio in cui incorreva l'anima del giudice, che sparge il sangue per preservare la giustizia.

[61] WHITMAN, The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial, Yale University Press, New Haven, 2008, p. 3, pp. 9-26, parla di «souls of the jurors».

[62] ID., pp. 12-16, che parla di «moral comfort» dei giudici e del ragionevole dubbio capace di «comfort the judge by forcing some other agent to assume all or part of the responsibility».

[63] S. AGOSTINO, Quaestiones in Heptateuchum libri VII, In Leviticum, PL, 34, 707. qui in WHITMAN, The Origins of Reasonable Doubt, cit., p. 53 ss.

peccato. Il dubbio interpretativo sulla legge si trasformava in dubbio sul peccato del giudice, con la compromissione della serenità della decisione per il tormento derivante dall'aver violato il precetto evangelico.

La canonistica medioevale, per preservare l'anima del magistrato, pare aver così distinto la sua figura in due entità, quella soggettiva e quella legale, affidando solo alla seconda il compito di giudicare e condannare[64]. In questo contesto storico il ruolo dell'interpretatio benevola non era più quello della sola utilitas communis romana, tesa a trovare un equilibrio tra la preservazione dell'ordine sociale e le garanzie dell'imputato, ma si tingeva di una connotazione teologica volta a salvare le anime dei giudici dal peccato. Né era d'ostacolo a tale soluzione la considerazione che il giudice, chiamato a dare un'interpretazione benigna, poteva spesso errare, perché, secondo SAN TOMMASO, ciò era comunque più accettabile rispetto a chi sbagliava avendo una cattiva opinione di un uomo giusto, giacché in quest'ultimo caso si realizzava un'ingiuria nei suoi confronti[65]. D'altronde, invocando SAN GIOVANNI CRISOSTOMO, meglio render conto della misericordia che della crudeltà[66].

III. L'INTERPRETATIO BENEVOLA NELLA TEOLOGIA MORALE DEL PROBABILISMO DAL XVI AL XIX SEC.

Da quanto sinora è emerso, appare evidente che la dottrina del '700 era ben consapevole che la legge potesse essere dubbia e che dalla sua interpretazione potessero derivare diversi esiti, tanto che uno dei più noti canonisti dell'epoca ricordava che l'atto che poteva essere al contempo ricostruito quale delittuoso o non delittuoso, doveva essere interpretato come carente di delittuosità[67]. All'incertezza tipica del diritto penale

[64] MOTTA, In causa fidei, Libreria stampatori Torino, Torino, 2017, p. 151.

[65] Sulle radici nel diritto naturale e nello ius gentium dell'equilibrio fra la tutela del diritto di difesa della comunità e quello del singolo, cfr. LLOBELL, Pubblico e privato: elementi di comunione nel processo canonico, in La giustizia nella Chiesa: fondamento divino e cultura processualistica moderna, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1997, pp. 47-84; ID., Contemperamento tra gli interessi lesi e i diritti dell'imputato: il diritto all'equo processo, in CITO (a cura di), Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico, Giuffrè, Milano, 2005, in nota 11, pp. 63-143; ID., Il giusto processo penale nella Chiesa e gli interventi (recenti) della Santa Sede, in Archivio giuridico, 2012, pp. 165-224 (prima parte) e pp. 293-357 (seconda parte).

[66] REIFFENSTUEL, Jus canonicum, cit., sub. Regula II, p. 5: «Nec obstat, contingere posse, quod ille qui in meliorem partem interpretatur, frequentius fallatur; Respondetur enim, melius esse, quod quis fallatur habens malam opinionem de homine bono; quia ex hoc fit proximo injuria, non autem de primo, ut bene advertit S. Thom. l. c. art. 4. Hinc etiam arg can. alligant. cau. 26. q. 7. melius est, de misericordia argui, quam de crudelitate; nam ut habet S. Chrysost. citato can. relatus: nonne melius est propter misericordiam rationem reddere, quam propter crudelitatem?».

[67] ID.: «Actus, qui potest denotare delictum et non delictum, ut carens delicto interpretari debet. l. 51. ff. pro socio. l. 4. §. docere. 12. ff. de vi bon. rapt.».

premoderno – caratterizzato, com'è noto, da un'oscura definizione normativa dei reati in carenza di una codificazione in senso moderno e dalla caotica sovrapposizione delle norme[68] – la dottrina canonista rispondeva concedendo al giudice un potere interpretativo in melius, potenzialmente in grado di smorzare il rigore espansivo del diritto penale. In tale ottica, dunque, il giudice non poteva essere quella mera «bouche qui prononce les paroles de la loi» come auspicava Montesquieu[69]. Ciò perché i canonisti ragionavano sull'antico materiale normativo che per le sue caratteristiche intrinseche necessitava d'interpretazione, mentre gli illuministi guardavano al futuro in una tensione ideal-politica riformista ancor'oggi non compiutamente realizzata, volta utopicamente a eliminare, ma più realisticamente a ridurre l'oscurità delle leggi e, di conseguenza, la loro interpretazione[70].

La benignior interpretatio, in sostanza, era un principio capace di sciogliere i dubbi interpretativi, che indirizzava i giudici in una direzione imposta dai precetti cristiani. Del resto, le regulae iuris, almeno da Leibniz in poi, sono state concepite come una sorta di algoritmo della giusta decisione per la soluzione dei casi perplexi[71]: dei princìpi superiori capaci di risolvere situazioni in cui tesi opposte erano entrambe sostenibili[72].

A questo punto si profila un'intima connessione dell'interpretazione benevola con

[68] Diffusamente DAMAŠKA, La ricerca del giusto processo nell'età dell'inquisizione, in Criminalia, 2012, p. 27 ss.

[69] MONTESQUIEU, Esprit des lois (1748), Garnier, Londra, 1777, Tome 1, Livre XI, Chapitre VI, p. 327.

[70] BECCARIA, Dei delitti e delle pene (1764), Rizzoli, Milano, 1981, §§ IV-V, pp. 68-71. «Se l'interpretazione delle leggi è un male, egli è evidente esserne un altro, l'oscurità che strascina seco necessariamente l'interpretazione». Per una recente disamina della modernità del pensiero di Beccaria, si rinvia a MAIELLO, Legge e interpretazione nel 'sistema' di Dei delitti e delle pene, in DisCrimen, on line 18 novembre 2020, pp. 22-23, che chiarisce come sarebbe ingeneroso e fuorviante giudicare il perfetto sillogismo invocato dall'illuminista milanese con le lenti delle raffinate consapevolezze ermeneutiche contemporanee, mentre lo stesso deve essere inquadrato nella sua ottica eminentemente politica volta a garantire il cittadino nei rapporti con l'istituzione punitiva, alla stregua di un parametro regolativo ideal-normativo.

[71] DE IULIIS, I casi perplessi, il metodo geometrico e la topica, in VON LEIBNIZ, I casi perplessi in diritto (De casibus perplexis in iure), Giuffré, Milano, 2014, pp. IX ss.; VINCENTI, Metodologia giuridica, Cedam, Padova, 2008, pp. 64-67. Del resto, ID., La monadologia (1720), Firenze, Sansoni, 1935, p. 31, riteneva di poter «ridurre tutti i ragionamenti umani ad una specie di calcolo che servirebbe a scoprire la verità, nei limiti di ciò che è possibile ex datis, posto cioè quel che ci è dato o conosciuto». Per Leibniz, infatti, l'interpretazione non è un'attività passiva di recezione intellettuale, ma di ricostruzione logica in cui regole generali vengono sì enucleate induttivamente, ma consentono poi una vasta operazione deduttiva da condurre con metodo matematico, capace di colmare le lacune del sistema. Cfr. CORTESE, voce Norma (storia), in Enc. dir., vol. XXVIII, p. 407, con letteratura ivi indicata.

[72] SACCHI, La regula iuris del giurista romano e i casi perplexi di Leibniz tra analogia e anomalia nel diritto, in Právněhistorické studie, 2018, pp. 111-124.

la teoria del probabilismo[73] nella teologia morale[74], al fine di delimitare quella che con linguaggio moderno potremmo definire la ragionevolezza del dubbio interpretativo, onde impedire un ingiustificato lassismo che si realizzerebbe se, viceversa, si attribuisse rilievo a qualsiasi dubbio. Il probabilismo, infatti, forgiava un principio universale secondo il quale, quando il confine dell'obbligatorio appariva incerto, bisognava favorire la libertà di coscienza rispetto alla legge. La ragionevolezza del dubbio che legittimava la libertà dell'agire, secondo tale teoria, si aveva quando l'ipotesi più favorevole fosse probabile, ancorché l'altra sfavorevole fosse più probabile. In altri termini, nell'incertezza prevaleva sempre la libertà, purché suffragata da un parere autorevole in grado di conferire 'probabilità' o serietà all'ipotesi, oggi potremmo dire ragionevolezza, escludendo così i pretesti temerari o le ragioni meramente apparenti[75]. Da ciò discendevano le tesi

[73] È con Aristotele che prese avvio il primo tentativo di un'analisi scrupolosa della conoscenza 'probabile' non riconducibile alla decisa contrapposizione platonica tra ἐπιστήμη e δὸξα, che definì le premesse delle argomentazioni dialettiche e retoriche come opinioni che sono in "fama" (ἔνδοξα), vale a dire opinioni «condivise da tutti o dai più o dai sapienti, e tra questi o da tutti o dai più o dai più noti e famosi» (Topici, I, 100 b 21-23). Né 'probabili' in senso statistico, né 'verosimili', le premesse ἔνδοξα costituivano le opinioni autorevoli, importanti, alle quali si doveva dare necessario credito nell'argomentazione non apodittica e da cui non ci si poteva discostare. La distinzione tra ἐπιστήμη e δὸξα fu oggetto di riesame nel successivo orientamento, di stampo 'probabilistico', assunto dalla 'Nuova Accademia', che con Arcesilao di Pitane (ca 315-241 a.C.) indicò nel 'ragionevole' (εὔλογον) il criterio pratico di giudizio, mentre con Carneade (214-129 a.C.) lo identificò con il 'persuasivo' o 'approvabile' (πίθανον), discriminando le conoscenze secondo il loro grado di probabilità. Cicerone introdusse il concetto nella cultura latina rendendo il greco con l'attributo probabiles, nel senso primitivo di 'approvabili', le rappresentazioni che Carneade chiama 'persuasive', determinando così l'origine del termine probabilismo. Per un'efficace e sintetica esposizione del probabilismo nel pensiero antico, cfr. voce Probabilismo, in Dizionario di filosofia, Treccani, on line. Per l'epoca medioevale, PRETI, Dialettica terministica e probabilismo nel pensiero medievale, in BANFI (a cura), La crisi dell'uso dogmatico della ragione, Bocca, Roma, 1953, pp. 61-97.

[74] A partire dalla metà del XVI sec. in Europa si sviluppò una teologia morale probabilista che si fondava sulla definizione tomistica dell'opinione probabile come quella sorretta dall'autorità e dalla rettitudine della testimonianza. In detto ambito, la prima elaborazione sistematica fu del domenicano Bartolomé de Medina (1527-1580), il quale sostenne che in caso di dubbio per essere liberi davanti alla legge, era sufficiente una sentenza 'probabile', cioè suffragata da motivi ragionevoli e plausibili. La tesi fu accolta anche dai teologi gesuiti, tra i quali Gabriel Vázquez (1551 - 1604), Lenaert Leys (1554 - 1623) e Francisco Suárez (1548 - 1617), e da molti domenicani, tra cui Domingo Báñez Báñez (1528 - 1604). In tema, BERNAREGGI, La personalità scientifica di Francesco Suarez, in Rivista di filosofia neo-scolastica, vol. 11, 1919, pp. 6-36. Più recentemente, COLOMBO, Contro il probabilistico sistema: lettere di Gaetano da Bergamo a Pietro Ballerini (1734-1738), in Rivista di storia della Chiesa in Italia, vol. 62, 2008, pp. 81-111. Sul probabilismo in generale si rinvia a MORINI, Probabilismo. Storia e teoria, Bruno Mondadori, Milano, 2003, passim.

[75] DE' LIGUORI, Istruzione e pratica per un confessore, Remondini, Venezia, 1761, p. 18, dopo aver respinto la tenue probabilità, aggiungeva: «E lo stesso diciamo dell'opinione probabilmente probabile, mentre per essere un'opinione veramente probabile, bisogna ch'abbia fondamento certo che sia non solo probabilmente, ma certamente sodo». ID, in Dell'uso moderato dell'opinione probabile, Di Domenico, Napoli, 1765, p. 254, rettifica un po' la definizione: «L'opinione veramente probabile è quella che ha fondamenti intrinseci ed estrinseci egualmente o quasi egualmente validi che ha la contraria per la legge; in modo che la legge apparisce certamente e strettamente dubbia». Chissà quanto ha inciso nel pensiero di Sant'Alfonso il fatto di aver eccellentemente svolto, prima d'indossare l'abito talare, la professione forense, abbandonata dopo una disillusione in un importante processo nell'agosto del 1723, dalla quale la sua celebre espressione: «Mondo ti ho conosciuto. Addio Tribunali». Sulla vita del Santo, RICCI, Alfonso Maria de

fondamentali con le quali si concludeva uno dei più noti trattati sulla coscienza morale: «Lex dubia non obligat» e «Lex incerta non potest certam obligationem inducere, quia hominis libertas anterius ad legis obligationem possident»[76].

A dispetto della sua denominazione, il probabilismo era considerato uno strumento di certezza, non perché tramutava il probabile in certo, ma perché illuminava le coscienze in modo da chiarire il confine del lecito tutte le volte in cui v'erano ragioni serie a favore della libertà, senza eliminare necessariamente i dubbi speculativi[77]. In sintesi: l'atto era lecito se fosse fondato su ragioni 'probabili', pur se la speculazione non risolveva tutti i dubbi che militavano contro la libertà[78].

Anche in questo caso erano evidenti le implicazioni teologiche di una teoria basata sulla libertà donata da Dio all'uomo, che non poteva essere limitata con l'imposizione di un obbligo morale, prima che giuridico, tutte le volte in cui tale supposto obbligo non fosse comprovato dalla carenza di serie ragioni a favore della libertà[79]. Contro il più rigido leggismo, il probabilismo insegnava che non si è «tenuti a seguire la volontà materiale di Dio», cioè la verità oggettiva che non sia ben conoscibile all'uomo, ma che deve seguirsi «solamente la volontà formale, cioè quella che è manifestata». Né d'altronde l'equiprobabilità che la legge esistesse o no era sufficiente affinché la legge si ponesse come volontà formale di Dio: «Insegna S. Tommaso, così egli, che la legge per obbligare deve esser certa e manifesta con certa scienza»[80]. Il probabilismo, per questa

---

Liguori: maestro di vita spirituale, Gribaudi, Milano, 1998, passim, spec. p. 25; inoltre, si vedano MAIELLO, Etica della funzione difensiva e scopi della giustizia penale: riflessioni da una decostruzione dei 'comandamenti' forensi di Alfonso M. de Liguori, in Critica del diritto, 2002, pp. 144-178; PERRONE, Anche i giuristi vanno in paradiso: Sant'Alfonso de' Liguori e le regole morali della professione forense, in Iustitia, 2013, pp. 371-376.

[76] DE' LIGUORI, Theologia Moralis, tomo I, Sumptibus Remondinianis, Roma, 1767, p. 11 e 16.

[77] «Parlando de' direttori delle coscienze, forse la loro santità e perfezione consiste nel tenere ed insegnare per certi tutti gli obblighi che sono dubbi? Ciò non è né santità, né perfezione, ma presunzione ed indiscrezione. [...] Mi scrive in oltre che la "regola di attenersi alle opinioni più sicure (cioè alle opinioni favorevoli alla legge) rende più sicura la salute eterna". Ma prima di rispondere a quest'altro punto, vorrei da V.P. sapere se veramente crede che tutti coloro che vanno a confessarsi a' probabilioristi facciano vita più innocente, e commettano meno peccati degli altri, con tanti obblighi di più che gli altri non hanno? Io per me non lo credo. Ora rispondo e dico che la rigida sentenza, quantunque per sé parlando sia più sicura, non è però la più sicura parlando comunemente, per la salvezza delle anime; poiché ella le espone a molto più gran pericolo di peccare e di dannarsi», cfr. DE' LIGUORI, Risposta apologetica ad una lettera d'un religioso circa l'uso dell'opinione egualmente probabile, in Confessore diretto per le confessioni della gente di campagna, Remondini, Venezia, 1764, pp. 506-510.

[78] D'HERBIGNY, La théologie du révélé, Beauchesne, Parigi, 1921, p. 230.

[79] DE' LIGUORI, Istruzione, cit., pp. 20-23.

[80] *ID. (1764), Corrispondenza speciale, Lettere III, Società S. Giovanni, Roma 1890, pp. 525-527. Sul probabilismo nell'opera di de' Liguori, si veda CAPONE, Dissertazioni e note di S. Alfonso sulla probabilità e la coscienza dal 1764 al 1769, in Studia moralia, vol II, Desclée & socii, Roma, 1964 pp. 89-155.*

via, tendeva a raggiungere un bilanciamento tra un lassismo volto a dare rilievo a qualsiasi minimo dubbio capace di liberare l'uomo da ogni legame morale, e un tuziorismo che risultava troppo rigoroso nel momento in cui negava rilevanza alle 'ragionevoli' opinioni diverse[81]. Ciò, sia quando il dubbio fosse caduto sul diritto, sia allorché avesse avuto ad oggetto il fatto[82].

Il tema dell'interpretazione benevola fu approfondito anche dalla canonistica dell'800, pure sotto il particolare profilo della formazione della coscienza quando il dubbio sull'illiceità dell'azione era causato da un dubbio sulla legge positiva. Si distingueva il dubbio che cadeva sull'esistenza o la forza obbligatoria della stessa legge positiva, da quello che aveva origine nel «difetto della notizia che [si ha] della legge». Nel primo caso veniva fatto rientrare, tra l'altro, «il dubbio [che] cade su qualche intrinseco difetto toccante il senso della legge, pel quale la legge cesserebbe dall'esser legge, o di obbligare nel caso particolare», ovvero allorché «interviene nella legge tal difetto di esposizione, pel quale non appar chiaramente che certi casi siano contemplati in essa»[83].

Quando il vizio delle leggi positive «giace nell'oscura loro esposizione [in quanto] è sommamente difficile esporre la legge in modo che comprenda tutti i casi che entrano nelle vedute del legislatore e niun altro di più ne comprenda», il dubbio s'incarna nella

[81] Il probabilismo fu fortemente avversato del giansenismo, secondo cui l'obbligazione morale poteva essere superata solo se fosse assolutamente certa l'opinione in favore della libertà. Anche tra i moralisti cattolici si ebbe una reazione in senso rigoristico, così il probabilismo fu censurato dai teologi della Scuola di Lovanio e fu avversato anche da Pascal nelle c.d. Provinciali. Dopo la condanna del rigorismo giansenista da parte di Innocenzo X nel 1653, i teologi probabilisti (soprattutto gesuiti) si trovarono contrapposti a quelli probabilioristi (prevalentemente domenicani), per i quali ultimi, nel dubbio tra la liceità e l'illiceità di un'azione, si doveva necessariamente scegliere quell'opinione che aveva un maggiore grado di probabilità. Per tentare di conciliare quest'opposizione sorse l'equiprobabiliorismo, secondo cui era lecito scegliere tra l'osservanza o meno della legge se le opinioni a favore o contro avevano un eguale grado di probabilità. Su questi temi, si rinvia al domenicano CONCINA, Della storia del probabilismo e del rigorismo, Simone Occhi, Lucca, 1761, noto per il suo rigorismo e per essere stato un vigoroso polemista antigesuita nella contesa tra probabilismo e lassismo. Tra l'altro nei suoi testi di teologia morale non trascurava mai di condannare duramente sia i balli sia gli spettacoli teatrali la cui frequenza ritiene peccato mortale. Sulla vita e le opere di Concina (1687-1756) si veda PRETO, voce Concina, Daniele, in Dizionario biografico degli italiani, vol. XXVII, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1982, pp. 716-722. Per la contesa tra probabilisti e rigoristi, modernamente v. PASTINE, Juan Caramuel: probabilismo ed enciclopedia, La Nuova Italia, Firenze, 1975; DE ROSA, Chiesa e religiosità dalla crisi del probabilismo al rigorismo neotridentino, in DE ROSA/ENCISO RECIO, (a cura) Classi sociali e fermenti culturali (1650-1760), Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1997, pp. 91-102. Sul giansenismo, fondamentale JEMOLO, Il giansenismo in Italia prima della Rivoluzione, Laterza, Bari, 1928.

[82] NAGLE, Giving Due Emphasis to the Human Person in Catholic Moral Teaching, in The Australasian Catholic Record, 2013, p. 59: «The principle of Probabilism states that you cannot bind people to observance when there is a doubt of law or a doubt of fact».

[83] ROSMINI, Filosofia della morale, vol. III, Trattato della coscienza morale, libro III, in Opere, vol. XI, Di Caro Battelli, Napoli, 1844, p. 213.

domanda «se un caso sia compreso nella esposizione della legge» e, non potendolo sciogliere ricorrendo al legislatore, ad essere dubbia è «l'esistenza stessa della legge» che, per tale ragione, «non ha forza obbligante. Non basta che il caso sia probabilmente racchiuso nella legge, dee esservi contenuto con certezza, o almeno con una somma probabilità atta a produrre il pieno assenso opinativo»[84].

Anche nella dottrina del XIX sec., dunque, era ben saldo il probabilismo fondato sulla massima in poenis benignior est interpretatio facienda, riferibile ad «una legge positiva dubbia in sé stessa», a prescindere dall'altro caso in cui il dubbio derivasse «da una nostra ignoranza e non dalla legge stessa»[85]. Si difendeva, così, la parte «vera» del probabilismo ingiustamente censurata, cercando di riconoscerla dalle altre «false», confusione generata dal «troppo largo significato della parola opinione» che andava invece ben specificato in base all'oggetto dell'opinione stessa. La parte 'vera' del probabilismo, dunque, era considerata quella «che ha per oggetto l'incertezza della legge in sé stessa, cioè l'incertezza della legge per vizio ad essa legge intrinseco. Indi è venuta la conseguenza, che non solo noi non siamo obbligati in tali casi di seguire l'opinione egualmente probabile a favore della legge, ma né anco la più probabile. Conciossianché fino a tanto che ci resta un fondato dubbio di vizio intrinseco alla legge, la legge non esiste e non obbliga, foss'anco più probabile che questo vizio che annulla la legge ci avesse»[86].

IV. LA BENIGNIOR INTERPRETATIO NELLE CODIFICAZIONI CANONICHE DEL '900

L'interpretatio benigna è giunta così alla prima codificazione canonica, quella del 1917, carica del bagaglio di dottrina morale e giuridica che per secoli l'ha accompagnata[87]. Il can. 2219 del Codice pio-benedettino, infatti, al § 1 consacrava nuovamente la formula «in poenis benignior est interpretatio facienda», riprendendola pedissequamente dalla regula iuris XLIX del Liber Sextus di Bonifacio VIII e, dunque,

[84] ID., pp. 216-218.

[85] ID., pp. 224-229, anticipava le categorie dell'ignoranza colpevole vincibile e incolpevole invincibile.

[86] ID., pp. 219-220. Per un'analisi del probabilismo nelle opere di Rosmini, MATTAI, Antonio Rosmini e il probabilismo, Scuola tipografica salesiana, Torino, 1951.

[87] Sul codice del 1917 si vedano FANTAPPIÈ, Chiesa Romana e modernità giuridica, vol. II, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 525 ss.; GROSSI, Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 1985, pp. 590-592.

dal Corpus Iuris Canonici[88]. Il § 3, invece, aggiungeva il divieto di estendere la fattispecie a casi analoghi, anche se vi fossero uguali o maggiori ragioni a favore della punizione[89]. Il can. 19 inoltre, come disposizione più generale, imponeva l'interpretazione stricta in materia penale[90]. Dunque, non solo stretta, ma anche benevola doveva essere l'interpretazione delle leges quae poenam statuunt. L'interpretazione stretta, del resto, sembrava di per sé benevola perché riduceva la possibilità che la pena fosse applicata o ne conteneva la misura, concependo per benevola quell'interpretazione che favoriva l'accusato, dato che si supponeva che la sua volontà fosse opposta alla pena. La dottrina, inoltre, non aveva incertezze nell'applicare l'interpretazione stretta più benevola sia al dubbio di fatto, sia a quello sul diritto[91].

La lunga preparazione del nuovo codice canonico latino avviata negli anni '60[92], in un primo momento trascurò alcune delle principali implicazioni del principio di legalità penale, al punto che lo schema di revisione del Libro V originariamente non riproduceva il divieto di estensione analogica del can. 2219[93], verosimilmente per la ragione che le norme penali erano da considerarsi norme volte al bene pubblico e, quindi, non di per sé 'odiose', ma favorevoli e dunque da applicare non restrittivamente[94]. Sebbene detto

[88] In generale, sui canoni interpretativi prima del nuovo codice canonico del 1983, si veda CORIDEN, Rules for Interpreters, in The Jurist. Studies in Church Law and Ministry, vol. 42, 1982, pp. 277-303.

[89] «Non licet poenam de persona ad personam vel de casu ad casum producere, quamvis par adsit ratio, imo gravior, salvo tamen praescripto can. 2231». Il can. 2231 disciplinava la pena per i concorrenti nel delitto; sul punto, SPECIALE, Il can. 2209 del Codex iuris canonici del 1917: appunti sulla disciplina del concorso di persone nel reato dal ius commune ai codici, in Historia et ius, n. 14/2018, pp. 12-13. Si rinvia anche a WERNZ/VIDAL, Ius canonicum, Tomus VII, Ius poenale ecclesiasticum, Apud Aedes Universitatis Gregorianae, Roma, 1937, p. 208, più in generale sul canone 2219, p. 180 ss.

[90] «Leges quae poenam statuunt, aut liberum iurium exercitium coarctant, aut exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi». Per un commento si rinvia a ROELKER, The Strict Interpretation of Law, in The Jurist. Studies in Church Law and Ministry, vol. 9, 1950, pp. 9-34.

[91] MIGUELEZ DOMINGUEZ, Comentario al can. 2219, in MIGUELEZ DOMINGUEZ/ALONSO MORAN/ CABREROS DE ANTA (a cura), Codigo de derecho canonico y legislacion complementaria, Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1980, p. 913; TOMAS GARCÍA BARBERENA, Comentario al can. 2219, in CABREROS DE ANTA/ALONSO LOBO/ALONSO MORAN (a cura), Comentarios al Codigo de Derecho Canonico, La Editorial catolica, Madrid, 1964, p. 293.

[92] Per un'indagine storica sulla codificazione canonica e le relative implicazioni, D'OSTILIO, La storia del nuovo codice di diritto canonico, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1983. Per i rapporti fra nuova codificazione e Concilio Vaticano II, v. BEYER, Il codice del Vaticano II. Dal Concilio al codice, Edizioni Dehoniane, Bologna 1984. Recentemente, FELICIANI, La codificazione per la Chiesa latina: attese e realizzazioni. Dobbiamo tornare alle Decretali?, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, on line, 26 novembre 2018; D'ARIENZO, Diritto canonico e storia. I paradossi interpretativi tra tradizione e innovazione, in Diritto e religioni, 2018, n. 1, pp. 69-86, spec. § 2-3.

[93] ARIAS-GÓMEZ, El principio de legalidad en la reforma del libro V del CIC, in Ius canonicum, 1978, vol. XVIII, p. 291-318, spec. p. 298 e 317. Recentemente, sul principio di legalità penale nel sistema canonico, v. SCIACCA, Principio di legalità e ordinamento canonico e suoi riflessi nel diritto penale, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, on line, 25 marzo 2019.

[94] Per la confutazione della tesi secondo cui tra le leggi favorevoli rientrerebbero anche quelle penali perché introdotte per il bene pubblico, si veda FELICI, Una questione elegante: favorevole o odiosa la norma

divieto sia stato poi confermato e introdotto nel Codex del 1983 (can. 19)[95] insieme alla necessità della stretta interpretazione delle norme penali (can. 18)[96], nel Codice latino oggi vigente manca proprio quella disposizione che invece nel Codice del 1917 imponeva la benignior interpretatio[97]. Ciò, forse, perché l'interpretazione stretta e quella benevola sarebbero concetti sovrapponibili, cosa che, invece, per come si vedrà non sembra esser propriamente tale[98].

Va ricordato, comunque, che anche il CIC del 1983 al can. 14 ha confermato l'antica massima secondo cui «leges, etiam irritantes et inhabilitantes, in dubio iuris non urgent», proveniente dalla rievocata teologia morale[99]. Dunque, il dubbio di diritto, non meramente soggettivo, rende la legge non cogente in quanto un comando equivoco, in realtà, inficia la stessa promulgazione della legge giacché con essa non può venir reso noto altro che ciò che la legge per sé oggettivamente esprime, in definitiva valendo ancora l'antico adagio secondo cui lex dubia non obligat[100].

Che l'interpretazione più favorevole e quella stretta siano concetti non sempre coincidenti, appare dimostrato implicitamente dal Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium del 1990 che, più attento a richiamare gli antichi canoni e confermando i princìpi del CIC del 1917, nel can. 1404, § 1, ha mantenuto l'antica formula «in poenis benignior est interpretatio facienda» e, al § 2, ha specificato il divieto d'interpretazione

penale?, in Communicationes, 1978, pp. 273-280, il cardinale considerato l'artefice della revisione del Codice canonico. Sul tema, più recentemente, ASTIGUETA, La legge penale più favorevole (can. 1313), in Periodica de re canonica, 2007, fasc. 2, pp. 183-248.

[95] «Si certa de re desit expressum legis sive universalis sive particularis praescriptum aut consuetudo, causa, nisi sit poenalis, dirimenda est attentis legibus latis in similibus, generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis, iurisprudentia et praxi Curiae Romanae, communi constantique doctorum sententia».

[96] «Leges quae poenam statuunt aut liberum iurium exercitium coarctant aut exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi». Nella manualistica, GHIRLANDA, Il diritto della Chiesa, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Cinisello Balsamo, 2000, pp. 475-476.

[97] Sulla conferma nel codice del 1983 del divieto d'analogia e del criterio dell'interpretazione stretta, si veda Ex actis pontificiae commissionis codici iuris canonici recognoscend, in Communicationes, 1991, n. 2, pp. 157-158.

[98] Per una disamina generale della presunzione d'innocenza nel sistema canonico, si veda SÁNCHEZ-GIL, Il principio 'in dubio pro reo' nel diritto penale canonico, cit., pp. 631-650.

[99] Sebbene la norma non specifichi la natura del dubbio, pare però che non possa essere invocata laddove il dubbio sulla quaestio iuris sia meramente soggettivo e, si potrebbe dire, evitabile, altrimenti l'obbligatorietà della legge risulterebbe condizionata dal grado di conoscenza della stessa da parte dei suoi destinatari. Del resto, su questa tematica si rinvia ad ANTONIO ROSMINI, Filosofia della morale, cit., p. 221 ss., che tratta dei dubbi intorno alla legge derivanti «da nostra ignoranza e non dalla legge stessa».

[100] GIACCHI, Formazione e sviluppo della dottrina della interpretazione autentica in diritto canonico, Vita e Pensiero, Milano, 1935, p. 58, che ricorda sul punto la dottrina di Sant'Alfonso Maria de' Liguori; v. supra note nn. 38, 39, 40 e 42.

estensiva in materia penale[101], mentre al can. 1500 ha pure ribadito che le «leges, quae poenam statuunt […] strictae interpretationi subsunt»[102]. Orbene, se la benignior interpretatio e quella stricta esprimessero un concetto identico, sia il CIC del 1917, sia il CCEO del 1990 sul punto avrebbero replicato una norma, quella sull'interpretazione benevola, in maniera ridondante e, quindi, superflua, ingenerando la confusione tipica di quei casi in cui il legislatore ripete disposizioni del tutto sovrapponibili. Il primo codice canonico per i fedeli orientali, d'altronde, ha beneficiato dell'esperienza delle due precedenti codificazioni latine e, dunque, ha avuto l'opportunità di apportare correzioni e miglioramenti alla luce delle stesse[103]. Queste ragioni hanno spinto a prestare molta attenzione al CCEO e a conferirgli particolare considerazione nello studio del sistema canonico, in quanto parte integrante di un unico Corpus iuris canonici[104]. Tanto che, appunto a proposito dell'intepretatio benevola, è stato auspicato l'utilizzo del can. 1404 del codice orientale per integrare quello latino, essendo il principio parte essenziale della tradizione canonica[105].

V. UN BREVE EPILOGO: CIÒ CHE IL SISTEMA CANONICO PUÒ INSEGNARE AL DIRITTO PENALE LAICO CONTEMPORANEO

Da quanto è sinora emerso – a prescindere dalla mancata espressa formalizzazione del principio della benignior interpretatio nel CIC del 1983 – si può concludere che il sistema penale canonico considerato nel suo complesso, ancora oggi riflette una serie di princìpi generali e norme cogenti risalenti alla tradizione più antica, secondo cui nel diritto penale, nel dubbio oggettivo di diritto, deve essere scelta l'opzione interpretativa più favorevole all'incolpato. La teologia morale del probabilismo ha dato pure delle imprescindibili indicazioni su come ancora oggi si possa intendere il dubbio 'ragionevole' di diritto: in primo luogo, sarà un dubbio che cade sulle caratteristiche intrinseche e

[101] «Non licet poenam de persona ad personam vel de casu ad casum producere, etsi par adest ratio, immo gravior».

[102] «Leges, quae poenam statuunt aut liberum iurium exercitium coartant aut exceptionem a lege continent, strictae interpretationi subsunt». Il can. 1496, inoltre, come il CIC del 1983, riafferma anche il principio secondo cui la legge dubbia, non obbliga.

[103] PIGHIN, Diritto penale canonico, Marcianum Press, Venezia, 2014, p. 69; SZABÓ, Tradizioni orientali e codificazione orientale, in Ius ecclesiae, 2017, pp. 635-658. Per la manualistica concernente il sistema penale della Chiesa dopo il 1983, si rinvia anche a DE PAOLIS/CITO, Le sanzioni nella Chiesa. Commento al codice di diritto canonico. Libro VI, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2000.

[104] GIOVANNI PAOLO II, Discorso di Giovanni Paolo II in occasione della presentazione del Codice dei canoni delle Chiese orientali, 25 ottobre 1990, in Acta Apostolicae Sedis, LXXXIII, 1991, nn. 4 e 8, pp. 488 e 490; la versione in lingua italiana del discorso è consultabile all'indirizzo internet www.vatican.va.

[105] MCGRATH, The glossa ordinaria, cit., pp. 352-353; HESCH, Lack of due discretion, in The Jurist. Studies in Church Law and Ministry, vol. 52, 1992, p. 734, nota n. 42,

oggettive delle norme e non derivante da un'ignoranza puramente soggettiva; in secondo luogo, la ragionevolezza del dubbio sulla quaestio iuris dipenderà dalla serietà e autorevolezza dell'ipotesi interpretativa alternativa, senza che questa debba essere necessariamente la più 'probabile', nel senso di più accreditata[106].

Comparando ciò col sistema penale italiano, emerge che nello stesso, né a livello costituzionale, né codicistico, esistono delle norme che espressamente riconoscano l'interpretazione benigna, sebbene la stessa sia stata considerata – di certo in maniera non diffusa – alla stregua di una diretta implicazione dei principi costituzionali in materia penale[107]. Mentre altri sistemi penali laici hanno codificato il principio dell'interpretazione stretta, come quello francese[108], nei sistemi sovranazionali si trovano norme che oltre a formalizzare il criterio dell'interpretazione restrittiva, militano più propriamente anche verso il criterio dell'interpretazione benevola. È il caso dell'art. 22, co. 2, dello Statuto della Corte penale internazionale[109], nonché dell'art. 6, co. 2, della Direttiva dell'Unione europea n. 2016/343 in tema di presunzione d'innocenza, secondo cui «gli Stati membri assicurano che ogni dubbio in merito alla colpevolezza sia valutato in favore dell'indagato o imputato»[110].

La tradizione modernamente maturata nel sistema penale italiano, dunque, ammette com'è noto l'interpretazione estensiva, tentando di distinguerla da quella analogica che sarebbe l'unica vietata[111]. Le tendenze nella penalistica italiana sono autorevolmente

---

[106] V. supra § 3.

[107] La tesi è argomentata in CATERINI, L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale. Crisi della legalità e interpretazione creativa nel sistema postdemocratico dell'oligarchia giudiziaria, in HELZEL/KATOLO (a cura), Autorità e crisi dei poteri, Cedam, Padova, 2012, p. 99 ss., ove comunque si sostiene la necessità d'inserire una norma, quantomeno a livello codicistico, che espliciti il criterio dell'interpretazione benevola.

[108] Art. 11-4 code pénal: «La loi pénale est d'interprétation stricte». Su tale norma, a livello manualistico, LEROY, Droit pénal général, L.G.D.J., Parigi, 2020, p. 56, ove si evidenzia che l'approvazione in Parlamento di questa norma non ha sollevato alcuna discussione. V. inoltre, SAINT-PAU, L'interprétation des lois, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2015, n. 2, pp. 273-285.

[109] «The definition of a crime shall be strictly construed and shall not be extended by analogy. In case of ambiguity, the definition shall be interpreted in favour of the person being investigated, prosecuted or convicted». La norma è inserita nell'articolo dedicato al principio di legalità penale.

[110] In tema, sia permesso il rinvio a CATERINI, Dal cherry picking del precedente alla nomofilachia favorevole all'imputato, in Politica del diritto, 2018, pp. 327-226, ove si dimostra che il dubbio disciplinato da questa norma non può essere riferibile alla sola quaestio facti – com'è invalso nelle trattazioni odierne sulla presunzione d'innocenza – ma anche a quella iuris.

[111] Per la tradizionale distinzione tra interpretazione estensiva e analogica, si rinvia a BOSCARELLI, Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale, Palermo, 1955, passim, spec. p. 80 ss. Sulla perdita di effettivo significato del tradizionale distinguo tra interpretazione restrittiva, estensiva e analogica, in quanto il processo esegetico sarebbe sempre analogico e la distinzione sarebbe perciò meramente quantitativa e non qualitativa, si vedano HASSEMER, Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica

volte verso l'esigenza politico-criminale di sottrarsi alla stricta interpretazione poiché, altrimenti, il sistema si arresterebbe in una rigorosa fissità concettuale, storicamente impensabile e socialmente falsa[112].

I tempi non sembrano tanto maturi, perciò, per emulare i princìpi in tema di stricta interpretatio rinvenienti nel sistema penale canonico, luogo di sedimentazione d'imprescindibili norme che, a dispetto della loro vetustà, conservano un'estrema modernità. Ancora meno maturi sembrano i tempi in Italia per una consacrazione legislativa esplicita del criterio della benignior interpretatio, il quale custodisce una sua autonomia rispetto a quello dell'interpretazione restrittiva. Infatti, non è sempre detto che l'interpretazione stretta sia la più favorevole per l'imputato. È stato osservato, in realtà, che in alcuni casi il giudice penale allorché tenda, tra i possibili, verso i risultati ermeneutici più sfavorevoli, dovrebbe adottare una filosofia interpretativa rigida, sterile, per nulla creativa, limitando il significato delle norme al loro nucleo di significanza testuale, evitando opzioni ermeneutiche elastiche capaci di ampliare la risposta punitiva. Al contrario, quando l'ermeneutica, in base ai princìpi sovraordinati, può volgere verso esiti idonei a minimizzare l'area del penalmente rilevante, l'attività del giudice dovrebbe aprirsi a opzioni interpretative più flessibili, più duttili, più feconde, che si possono proiettare pure oltre il nucleo di significanza testuale della singola norma incriminatrice per aprirsi verso opzioni metatestuali suggerite da princìpi e norme formalmente o comunque assiologicamente superiori[113]. In quest'ultimo caso si può realizzare quel fenomeno ove l'interpretazione più elastica anziché coincidere come sovente avviene con quella più sfavorevole, corrisponde invece a quella più favorevole la quale, comunque,

penalistica, ESI, Napoli, 2007, passim, spec. p. 152 ss; ID., Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale, in Ars interpretandi, 1997, p. 190 ss.; FIANDACA, Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2001, p. 356 ss.; DI GIOVINE, L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge, Giuffrè, Milano, 2006, p. 268. In senso critico sulla possibilità di individuare un effettivo confine dell'interpretazione estensiva, si veda pure SORRENTINO, Il dilemma del divieto di analogia nella materia penale, ESI, Napoli, 2001, p. 115 ss.

[112] Sull'inopportunità politico-criminale di restringere l'interpretazione al solo 'nucleo centrale' della norma ed escluderne l''alone marginale', si veda PALAZZO, Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico, in Diritto privato, 2001-2002, vol. VII-VIII, L'interpretazione e il giurista, Cedam, Padova, 2003, p. 531; nonché ID., Sistema delle fonti e legalità penale, in Cassazione penale, 2005, p. 280.

[113] Sia consentito il rinvio a CATERINI, Il giudice penale come Ianus bifrons: un auspicabile "strabismo" interpretativo, in Politica del diritto, 2017, p. 163 ss., ove si confuta la possibile obiezione secondo cui questa sorta di 'strabismo' del giudice penale sarebbe foriera di maggiore incertezza del diritto e, a monte, s'invoca il favor rei quale criterio capace di rendere univoca la direzione ermeneutica che il giudice dovrebbe seguire in caso di dubbio interpretativo, utile a conferire maggiore prevedibilità alle decisioni giurisdizionali e, dunque, maggiore certezza del diritto.

dovrebbe imporsi in ragione del principio dell'intepretatio benevola.

La secolarizzazione del diritto penale pare avere invece congedato le radici romanistiche, canoniche e teologiche del ragionevole dubbio che, storicamente, sono nate e hanno attecchito soprattutto nel dubbio in iure, mentre oggi solitamente il discorso sul ragionevole dubbio è pressoché del tutto esaurito nella quaestio facti. Non essendo possibile ripercorrere qui neppure per sommi capi le tante implicazioni di tutto ciò, ci si può limitare a ricordare la posizione della giurisprudenza italiana di legittimità a proposito dell'applicabilità del principio d'irretroattività all'interpretazione giurisprudenziale sopravvenuta sfavorevole (c.d. overruling in malam partem). Prendendo le mosse dalla giurisprudenza della Corte EDU che non ammette l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale di una norma penale laddove il risultato interpretativo non fosse ragionevolmente prevedibile nel momento in cui è stata realizzata la condotta[114], la Corte di cassazione è concorde nel sostenere che l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale esclude l'imprevedibilità della decisione giudiziale che adotti una delle soluzioni in contrasto, ancorché minoritaria, e di conseguenza – sempre la Cassazione – in tali casi nega che si tratti di una forma di retroattività della relativa regola di fonte giurisprudenziale[115]. Lasciando da parte molte altre possibili considerazioni, ma limitandoci a ricordare quanto prima scritto a proposito della teoria del probabilismo, è evidente che qualora nel sistema penale italiano fosse implementato formalmente il criterio della benignior interpretatio, le soluzioni dell'overruling in peius dovrebbero essere opposte a quelle attualmente disegnate dal Giudice di legittimità. Difatti, come s'è visto, se il dubbio sulla quaestio iuris deriva da un'opinione seria e autorevole, come potrebbe essere un precedente o un orientamento giurisprudenziale, lo stesso dubbio dovrebbe qualificarsi come ragionevole ed essere sciolto a favore dell'opzione più favorevole all'incolpato, senza neanche il bisogno che detta opzione risulti la più 'probabile', ossia la più accreditata. Non si dovrebbe trattare, dunque, di una mera

[114] Corte EDU, 22 novembre 1995, sentenze S.W. c. Regno Unito e C.R. c. Regno Unito; Id., 14 aprile 2015, Contrada c. Italia. In tema, per tutti si rinvia a PALAZZO, La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità, in Diritto penale e processo, 2015, p. 1064 ss.; DONINI, Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per la carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva a formazione giudiziaria, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2016, pp. 346 ss.; FRANCESCO VIGANÒ, Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale, in PALIERO/MOCCIA/DE FRANCESCO/INSOLERA/PELISSERO/RAMPIONI/RISICATO (a cura), La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali, ESI, Napoli, 2016, p. 214 ss.

[115] Recentemente, ex plurimis, Cass. pen., Sez. V, 11 settembre 2020, n. 25944, e ivi altri copiosi precedenti citati, anche delle Sezioni unite.

opinione, magari pretestuosa, ma di un'argomentazione razionalmente collaudata, di una dottrina qualificata, anche se non incontrastata. In tal modo, lo stesso ruolo della dottrina potrebbe essere meno marginale di quello che negli ultimi tempi ha avuto rispetto alla law in action. D'altronde e ovviamente, la serietà dell'opzione più favorevole si potrebbe fondare anche su altri precedenti della Cassazione, anche a sezioni semplici, utili a dimostrare la non implausibilità degli argomenti in melius. Sembra questa una via adeguata all'integrazione della cultura del precedente con il principio del favor rei: una sorta di vincolatività relativa dal dictum giurisprudenziale solo se in bonam partem, soprattutto se di Cassazione. Sino a quando non si riuscirà ad allestire un apparato giudiziale imperniato sulla benignior interpretatio capace di arginare concretamente l'eccessiva discrezionalità del c.d. diritto vivente, probabilmente suoneranno sempre attuali le parole di SANT'ALFONSO DE' LIGUORI: «Mondo ti ho conosciuto. Addio Tribunali»[116].

* * * * * *

[116] Frase riportata da TANNOIA, Vita di S. Alfonso Maria de Liguori, Marietti, Torino, 1880, p. 20, pronunciata dal Santo prima di abbracciare il sacerdozio a sèguito di una disillusione nella vita forense per una sconfitta giudiziaria. V. supra nota n. 38.

María Dolores Pardeza Nieto

Juez adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Socia de la FICP.

~Aproximación a las penas privativas de derechos. Clases de inhabilitaciones: en especial, la inhabilitación absoluta y especial[1]~

Sumario.- I. Introducción. II. Evolución legislativa. III Regulación legal tras la reforma del Código Penal de 2015 IV. Inhabilitación absoluta. V Inhabilitación especial VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Las formas de criminalidad actuales exigen una revisión del sistema de penas del Código Penal de 1995.

La regulación de estas penas en el Código Penal de 1995, heredadas del anterior Código de 1848, presenta una concepción poco incompatible con los principios de igualdad y proporcionalidad del Derecho penal. Un breve recorrido histórico y conceptual de esta categoría de penas privativas de derechos se plantea el estudio de los fines y fundamento de estas penas privativas de derechos políticos y profesionales.

A diferencia de las penas más frecuentes y conocidas, como la prisión y la multa, son sanciones que privan o restringen otros derechos diferentes; se trata de privaciones temporales que prohíben al penado el ejercicio de derechos relacionados con el delito cometido.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

El primer Código español de 1822 incluye la pena de impedir el derecho de "tener empleo, comisión, oficio, ni cargo público alguno" así como la conocida como *pena de infamia*, es decir el quebranto de todos los derechos como ciudadano.

Junto a esta pena el Código de 1822 recoge también las de "inhabilitación para ejercer empleo, profesión o cargo público en general, o en clase determinada", "privación de empleo, honores, profesión ó cargo público" y la "suspensión de los mismos".

Estas penas de inhabilitación son heredadas después por los códigos sucesivos, empezando por el de 1848, que recogería ya la terminología actual "inhabilitación

[1] Comunicación presentada en el VII Congreso Nacional Penitenciario Legionense, celebrado los días 20 y 21 de septiembre de 2022 y 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. Díaz y García Conlledo.

absoluta" y otra "especial" para cargo público, penas que podían ser, o bien "perpetuas"[7], o bien "temporales". Sus contenidos coinciden en gran medida con los actuales, salvando algún retoque.

Ya en democracia las penas privativas de derechos se actualizan en diversos matices: se ajustan los límites mínimos de las inhabilitaciones especiales y suspensiones, que se trasladan de los seis a los tres meses; los límites máximos en casos exagerados de elevación de pena en un grado pasan de 25 a 30 años en las inhabilitaciones; en la privación del derecho a conducir y tener y portar armas, de 15 a 20 años, y se admite el avance del límite ordinario de la suspensión, de 6 años hasta los 8 años; se admite que de forma excepcional se establezca para estas penas una permanencia distinta a la ordinaria o a la prevista para la elevación en grado.

Se podrán imponer varias de ellas al mismo tiempo cuando estas penas o las restrictivas de libertad funcionen como penas accesorias, salvo la inhabilitación absoluta; y con una duración superior a la de la pena principal, si así se dispone.

III. REGULACIÓN LEGAL TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2015

Estas penas vienen reguladas en la Sección tercera del título IIII del Código Penal en los artículos 39 a 49.

El artículo 39 del Código Penal dispone una enumeración de diez penas privativas de derechos en los apartados a) a j). Se trata de privaciones variadas entre las que están dos tipos de inhabilitación: absoluta y especial, la suspensión de empleo, privaciones del derecho a conducir, del derecho a la tenencia y porte de armas, de residir en determinados lugares o acudir a los mismos, la muy conocida popularmente como orden de alejamiento o prohibición de aproximación y comunicación con la víctima, los trabajos en beneficio de la comunidad y la privación de la patria potestad.

Este artículo ha sido integrado por la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que además establece como obligatoria la imposición de la pena de privación de la patria potestad a los penados por homicidio o por asesinato en dos supuestos: cuando el autor y la víctima tuvieran en común una hija o un hijo o cuando la víctima fuera hijo o hija del autor.

Estas penas, en palabras de José Luis MANZANARES SAMANIEGO: "...tratan más bien de impedir el ejercicio de función, cargo o profesiones por quien han demostrado

encontrar en ellos una plataforma para delinquir"[2].

Se dividen en diez clases, que son las siguientes:

1. La inhabilitación absoluta.
2. Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, tenencia de animales, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho.
3. La suspensión de empleo o cargo público.
4. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
5. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.
6. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.
7. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o el tribunal.
8. La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.
9. Los trabajos en beneficio de la comunidad.
10. La privación de la patria potestad.

IV. INHABILITACIÓN ABSOLUTA

Se configura como la pena más grave dentro del resto de penas privativas de derechos, recogida en los artículos 40 y 41 del Código Penal, comporta la privación "definitiva" de todos los honores, cargos públicos y empleos que tenga el penado, así como la imposibilidad de volver a obtenerlos en el tiempo concretado por la sentencia.

La expresión definitiva no quiere decir que el condenado no pueda volver a obtener el empleo o cargo perdido, dado que extinguida la pena podrá volver a concursar para adquirirlo de nuevo siempre que se hayan cancelado sus antecedentes penales.

El concepto "honores", bastante controvertido y criticado por la doctrina, se ha de interpretar como cualquier tipo de distinciones, títulos, medallas, condecoraciones,

[2] MANZANARES SAMANIEGO . J.L., Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1975.

premios recibidos por razón del cargo ejercido, lo que a todas luces resulta cuando menos chocante y obsoleto.

La privación de honores es "definitiva", es decir: no pueden recuperarse una vez cumplida la pena.

De imponerse como pena principal el artículo 40 CP recoge su duración, que irá desde los 6 a los 20 años; como pena accesoria se impone cuando la pena de prisión a la que se condena sea igual o superior a 10 años, para lo que los jueces o tribunales deberán valorar siempre la gravedad del delito.

Abarca una triple vertiente: la privación definitiva de todos los empleos, honores y cargos públicos del condenado, la incapacidad para volver a adquirir los mismos incluso la privación del derecho a ser elegidos y de presentarse como candidato en los procesos electorales en cualquier ámbito.

No plantea especiales inconvenientes de aplicación, pues afectan a todos los empleos o cargos públicos del penado.

IV. INHABILITACIÓN ESPECIAL

Especial importancia tiene también la inhabilitación especial, en atención al principio de proporcionalidad penal: el efecto de privación definitiva del empleo o cargo público a un condenado no está sometido a modulación alguna, por lo que puede resultar desproporcionado en su aplicación; así, el autor del delito verá incrementada su condena, a la que sumaría la pérdida de su empleo o cargo público.

Tiene dos aspectos diferenciados: la privación definitiva de uno o varios cargos o empleos en concreto, y la prohibición para acceder a ellos u "otros análogos" durante el tiempo de la condena.

Se diferencia de la pena de suspensión en que en esta última no se pierde la titularidad del derecho, sino su ejercicio durante el tiempo determinado en sentencia, es decir, solo restringen su ejercicio; por otro lado, la inhabilitación absoluta abarca a todos los empleos que tenga el penado.

Estas penas se pueden imponer con carácter principal o accesorio, aunque es más frecuente que una determinada pena lleve como accesoria la pena de inhabilitación.

La jurisprudencia es pacífica al afirmar que el empleo o cargo público afectado por la inhabilitación especial solo debe tener correspondencia con el delito cometido cuando

esta pena se impone como accesoria, pero no cuando está prevista como pena principal: así lo afirman la STS 426/2016, 19-5, la STS 436/2016, y STS 259/2015.

Así, a cualquier funcionario que cometa este hecho delictivo se le sumará a la pena privativa de libertad la pérdida definitiva de su trabajo, por lo que un guardia civil perderá su condición profesional de agente y de militar, debiendo volver a presentarte al proceso electivo para su obtención.

Se dispone como una sanción adecuada para los delitos de corrupción en la Administración pública.

La inhabilitación especial para empleo o cargo público se distingue de la absoluta por requerir siempre el alcance o la "concreción" de los cargos, empleos, derechos u honores sobre los que verse, tal y como expresa la jurisprudencia, entre otras la STS 910/2009 de 25 de septiembre, aunque esta puntualización no podrá alcanzar el límite de producir un listado con todos los posibles cargos.

El CP establece esta posibilidad para penas de prisión inferiores a 10 años si hubiere tenido relación con el delito cometido.

Adicionalmente, se puede apreciar que el TS se inclina por dificultar el acceso a cualquier clase de cargo público cuando el delito ha sido cometido en el ejercicio de la función pública, de naturaleza electiva o política.

Pero la expresión que recoge el artículo 42 CP "u otros análogos" es un concepto indeterminado que se debe interpretar, debiendo tener conexión con el delito cometido. Así, la fijación en la sentencia de algún criterio que permita explicar la analogía es lo que se pide por parte de la doctrina mayoritaria.

Es necesario traer a colación, en este tema tan controvertido, de acuerdo con reiterada jurisprudencia (STS 426/2016, de 19 de mayo), la sentencia del Tribunal Supremo 91/2019 de 23 de enero de 2019, que establece que es "inviable un pronunciamiento" que trate de elaborar una lista de todos los posibles cargos o empleos concebibles.

Atendiendo a criterios lógicos, es imposible que la sentencia que condene por inhabilitación concrete exactamente cargo por cargo todos y cada uno a los que se refiere la inhabilitación.

Afirma el TS que "constituiría una burla" el hecho de que la inhabilitación se circunscriba a un cargo específico, ya que ello facultaría que el penado siguiera cometiendo delitos de parecida clase en cargos análogos.

> *"Es obvio que cuando el delito de prevaricación se comete en un cargo público de naturaleza política, constituiría una burla al respeto que los ciudadanos deben al buen funcionamiento de los Poderes Públicos, que la pena de inhabilitación se limitase al cargo específico en el que se cometió la prevaricación, y permitiese al condenado seguir cometiendo esta clase de delitos en otro cargo análogo…"*

Aunque los artículos 42 y 56 del CP exigen la obligación de especificación de los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación, dice el TS que la expresión "del mismo u otros análogos" ha de entenderse en sentido limitativo y no referirse a aquéllos que tengan un semejante contenido del que es objeto de privación (STS. 20.4.95, STS 2941/2006, de 16 de mayo).

De lo contrario, se quitaría fuerza ejecutiva al sistema penal, quedando parte de los delitos parcialmente impunes, mediante la simple astucia de cambiar el cargo político por otro durante la tramitación del proceso penal, mermando a lo simplemente simbólico la inhabilitación especial que como pena principal lleva consigo el referido delito.

En sentido contrario, el hecho de no concretar cuáles son los "empleos, cargos y honores" de los que se despoja al sujeto puede cambiar la pena de inhabilitación especial impuesta prácticamente por una pena de inhabilitación absoluta"

Esta concreción necesaria la vemos en sentencias condenatorias como la STS 214/2018, caso Gurtel –Fitur, en la que se ratifican las sentencias de instancia a penas de inhabilitación especial, que atañen a particulares y a autoridades.

En resumen, los dos puntos que habría de determinar son el tipo de función o actividad ejercida y la extensión del ámbito territorial para su ejercicio.

V. CONCLUSIONES

Para concluir, es preciso recalcar que únicamente cuando los hechos hayan tenido un nexo directo con el delito y el penado se haya aprovechado de ellos para cometerlo se impondrá este tipo de penas restrictivas de derechos

Se debe especificar concretamente qué derechos son los que se comprenden cuando se imponga la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho.

Sin embargo, cuando figura como pena accesoria se aplica de forma automática al ser condenada la persona a otras penas, lo que podría ser un obstáculo atendiendo a los fines resocializadores de la pena, dado que favorecen la autoexclusión sin tener en cuenta el caso en concreto.

Existen muchos problemas interpretativos en la aplicación de estas penas, tanto por el carácter secundario como su vinculación con conceptos extrapenales, como "cargo público".

La inhabilitación absoluta simboliza la "muerte civil" del penado, o el abandono del principio de igualdad, en función del diferente contenido aflictivo que pueden mostrar en función del condenado al que se aplican.

La privación de los honores es una restricción que se canaliza hacia el descrédito o la deshonra social del reo, o de la posibilidad, en el caso de la inhabilitación absoluta, de ser aplicada como pena accesoria separada del delito que se comete y del abuso del cargo.

El aumento de las penas privativas de derechos debe ir encabezado de un profundo estudio de las mismas, encaminado a crear las bases principales que posibiliten el diseño de un modelo nuevo de ordenación que, se adecue a las exigencias preventivas de las formas de criminalidad emergentes, además de sacar el máximo partido a su importante potencial preventivo general y especial y sobre todo respetando los principios del Derecho penal en un estado democrático.

En conclusión, se debería dar prioridad a su función preventiva, suprimir el carácter infamante, eliminar su imposición forzosa y aplicarla de modo individualizado a cada caso en aras a la resocialización del condenado.

VI. BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ REPOLLÉS, J.L., La evolución del sistema de penas en España 1975-2003 Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2006.

GILI PASCUAL A., La inhabilitación para empleo público en el derecho penal actual Revista V-lex, nº 124, mayo 2018.

MANZANARES SAMANIEGO J.L Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1975.

PUENTE ABA, L.M. La pena de inhabilitación especial para cargo público en el ámbito de los delitos de corrupción relacionados con la contratación pública, Estudios penales y criminológicos, XL, 2020.

VALEIJE ÁLVAREZ, I. La regulación de las penas accesorias en el Código penal de 1995 Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, IX, 2007.

STS 426/2016, de 19 de mayo.

STS 91/2019 de 23 de enero.

STS. 20.4.95, STS 2941/2006, de 16 de mayo.

* * * * *

Montserrat Vilà Roura

Abogada no ejerciente del ICAG. Socia de la FICP.

~La acumulación de condenas*~

Sumario.- I. Introducción. II. Regulación. III. Concepto y antecedentes normativos. IV. Límites a la extensión de las penas. V. Incidente de acumulación de condenas. 1. Órgano competente. 2. Sentencia que determina la acumulación. 3. Procedimiento y recurso. VI. Criterios jurisprudenciales. 1. Interpretación favorable. 2. Conexidad temporal. 3. Procedimiento y recurso. 4. Fecha de la sentencia a considerar. 5. Cosa juzgada. 6. Prisión preventiva. 7. Penas incluidas y excluidas. 8. Formación de bloques. 9. Contenido del auto. VII. Acuerdos del pleno de la Sala Segunda del TS. VIII. Supuesto práctico sobre la acumulación de condena. IX. Conclusiones. X. Bibliografía. XI. Jurisprudencia. XII. Acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

I. INTRODUCCIÓN

Analizamos la acumulación de condenas, regulada en el artículo 76 del Código Penal y su procedimiento ordenado en el artículo 988 de la Ley de enjuiciamiento Criminal. La acumulación de condenas es distinta a la refundición de condenas, aunque muchas veces se confunden terminológicamente. La acumulación de condenas tiene por objeto fijar un límite máximo en el cumplimiento de las diversas penas impuestas a un condenado. No pudiendo exceder del triple del tiempo de la pena más grave que se imponga declarando extinguidas las que excedan de 20 años. No obstante, y de forma excepcional, este límite máximo se podrá ampliar a 25, 30 o 40 años. El Tribunal Supremo establece la importancia del elemento temporal, así como, que siempre se tiene que estimar a favor del reo, determinando de forma uniforme todos los criterios aplicables en la metodología de la acumulación.

II. REGULACIÓN

La acumulación de condenas se encuentra regulada en el artículo 76 en el CP[1] dentro de la Sección Segunda "Reglas especiales para la aplicación de las penas", del Capítulo II "De la aplicación de las penas", del Título III "De las penas" del Libro I.

El artículo 76 concretamente dispone:

> "1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga

* Comunicación presentada en el VII Congreso Nacional Penitenciario Legionense, celebrado los días 20 y 21 de septiembre de 2022 y 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. Díaz y García Conlledo.

[1] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

> la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será: a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años. b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años. c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años. d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años. e) Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis. 2. La limitación se aplicará, aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar".

Su régimen procesal, es de conformidad con el artículo 988 de la LECr[2] , el cual establece lo siguiente:

> "Cuando una sentencia sea firme, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 141 de esta Ley, lo declarará así el Juez o el Tribunal que la hubiera dictado.
>
> Hecha esta declaración, se procederá a ejecutar la sentencia, aunque el reo esté sometido a otra causa, en cuyo caso se le conducirá, cuando sea necesario, desde el establecimiento penal en que se halle cumpliendo la condena al lugar donde se esté instruyendo la causa pendiente.
>
> Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo previsto en el artículo 17 de esta Ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal. Para ello, el secretario judicial reclamará la hoja histórico-penal del Registro central de penados y rebeldes y testimonio de las sentencias condenatorias y previo dictamen del Ministerio Fiscal, cuando no sea el solicitante, el Juez o Tribunal dictará auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, determinando el máximo de cumplimiento de las mismas. Contra tal auto podrán el Ministerio Fiscal y el condenado interponer recurso de casación por infracción de Ley".

III. CONCEPTO Y ANTECEDENTES NORMATIVOS

El instituto de la acumulación de condenas es para los condenados que deben cumplir varias penas privativas de libertad. Tiene su origen en el CP de 1870, el cual

[2] Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

estableció dos limitaciones: el límite de la triple de la pena más grave y el límite total de 40 años, las cuales aún perduran en nuestro Código Penal de 1995.

La reforma del texto punitivo por la LO 1/2015[3], modificó el apartado segundo del artículo 76, y como consecuencia se deja de aplicar el criterio de conexidad procesal, debiendo aplicar el de conexidad temporal.

La acumulación jurídica y refundición de condenas son dos institutos totalmente diferentes, aunque muchas veces se confunden terminológicamente. La acumulación se encuentra regulada, como hemos dicho antes en el art. 76 del CP, a efectos de fijar un límite máximo en el cumplimiento de todas las penas que se impongan al condenado por diferentes hechos, y lo hace el juez o tribunal sentenciador en la fase de determinar la pena. En cambio, en la refundición se aplican los art. 193 y 195 del Reglamento Penitenciario, y es la suma aritmética de todas las penas privativas de libertad que está cumpliendo el penado para considerarla como una sola, a efectos de conceder la libertad condicional. Es competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en la fase de ejecución de la condena.

El fundamento de la acumulación se basa en razones humanitarias y de política criminal, de conformidad con el artículo 25.2 de la Constitución Española que determina:" Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social."

La doctrina histórica ya se había pronunciado contra el cumplimiento sucesivo de las penas privativas de libertad, por tres motivos: El primero, por el desprestigio de los tribunales que podían imponer penas superiores a la esperanza de vida de las personas, segundo, por el mensaje que percibía el penado era que nunca se podría reinsertar socialmente, y, por último, porque se podía castigar de forma mayor a un conjunto de delitos menores que delitos de mayor gravedad. En consecuencia, nuestros códigos penales a partir del año 1870 introdujeron los límites penológicos, para todas las penas que se impongan al condenado, ya sea en el mismo o en diferentes procedimientos penales.

[3] 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.

IV. LÍMITES A LA EXTENSIÓN DE LAS PENAS

El CP dispone dos límites, el límite general recogido en sus artículos 75 CP y 76.1 y el límite excepcional en aplicación al art. 76.1.

El límite general hace mención al principio del cumplimiento sucesivo de las penas por su orden de su gravedad, cuando estas no puedan ser cumplidas de forma simultánea. Pero con el límite de que la suma de las diferentes penas no podrá superar el triple de la pena más grave, y a su vez, no podrán superar los 20 años, debiendo declarar extinguidas las penas que excedan este máximo.

No obstante, existen límites específicos para la pena de prisión. El art. 76.1 dispone excepciones al límite máximo genérico de los 20 año, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con prisión de hasta o superior a los 20 años, se les aplicará los límites de 25, 30 o 40 años. En el caso de que sea condenado por delitos de terrorismo su máximo será de 40 años, y en el supuesto de que el delito este penado con la pena de prisión permanente revisable su máximo será el que resulte en aplicación de los art. 78 bis y 92 del mismo cuerpo legal.

V. INCIDENTE DE ACUMULACIÓN DE CONDENAS

El incidente o procedimiento de acumulación de condenas se encuentra ordenado en artículo 988 de la LECr, Este artículo, hace referencia al criterio de conexidad material, ya que se remite al art. 17 LECr. y no a la conexidad temporal como el artículo 76. 2 del CP tras su reforma por la LO 1/2015.

1. Órgano competente

El art. 988 LECr atribuye la competencia de forma taxativa al Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia. Aunque esta última sentencia no sea acumulable a las dictadas anteriormente[4]. Es decir, el órgano judicial que haya dictado la última sentencia, tiene que examinar si las anteriores sentencias se pueden acumular y, en el caso de que resulte ser más beneficioso para el reo, aplicar los límites establecidos en el art. 76 CP y no la suma de todas las penas. Este juez o tribunal será el que fijará el límite máximo temporal del cumplimiento del conjunto de las penas impuestas.

Tal atribución competencial puede plantear dudas cuando el Juzgado de Instrucción, en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos, haya dictado

[4] Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS, de fecha 27 de junio de 2018.

una sentencia de conformidad y esta sea la última sentencia dictada. No obstante, en instrucción, una vez dictada la sentencia de conformidad y practicadas todas las actuaciones necesarias, se remitirá la sentencia junto con los autos al Juzgado de lo Penal para que proceda su ejecución, acorde con el art. 801.4 LECr. Teniendo en cuenta que el incidente de la acumulación es en la fase ejecutiva de la sentencia, el juez de instrucción que dictó la sentencia de conformidad, aunque sea la última, no tiene competencia, y le corresponde al juez de lo penal la ejecución de la misma.

2. Sentencia que determina la acumulación.

La última sentencia dictada no determina la acumulación, solo es a efectos de determinar el órgano jurisdiccional competente.

La sentencia más antigua es la que determina la acumulación, ya que a partir de ella se observan las siguientes hasta llegar a la última sentencia, y en el caso de que proceda, se realiza la acumulación de las diversas penas en una sola o la acumulación de las condenas por bloques.

Teniendo en cuenta, que es necesario que los distintos hechos por los que fue condenado se podían haber enjuiciado todos ellos de forma conjunta en un solo proceso.

Por otro lado, la fecha de las sentencias es la fecha en la que los hechos fueron sentenciados y no la fecha de la firmeza. Ello no quiere decir, que no sea necesaria la firmeza de la sentencia, debido a que solo se pueden ejecutar las sentencias firmes. Este criterio es a favor del reo, puesto si bien la firmeza de una sentencia se puede demorar muchísimo si se interponen recursos contra ella. Con la excepción de que, si la sentencia de instancia fue absolutoria y en vía recurso se estima su culpabilidad, entonces en este caso se estará a la fecha de la firmeza y no de la sentencia.

3. Procedimiento y recurso

Se trata de un incidente de acumulación que se inicia de oficio, o a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, incoándose en pieza separada. Es necesario que contenga la hoja histórica penal del Registro central de penados y rebeldes y los testimonios de todas las sentencias condenatorias objeto de la acumulación. Si el Ministerio Fiscal no ha solicitado la acumulación, es necesario su informe, el cual no será vinculante.

Es preciso dar audiencia a todas las partes, y es preceptiva la representación procesal y la asistencia letrada del condenado.

Finalizará con un Auto motivado, el cual tiene que contener las fechas de las sentencias condenatorias, las fechas de la comisión de los hechos y las penas impuestas, y dispondrá las que se acumula y las que no, fijando el máximo de cumplimiento de la pena y declarando extinguido el exceso.

Contra el Auto de acumulación se puede interponer recurso de casación por infracción de ley ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y su tramitación será la observada en la LECr[5], concretamente en el art. 855 y ss. El mencionado art. 988 de la LECr, también hace referencia al mismo recurso, el cual lo podrán interponer el Ministerio Fiscal o el propio condenado.

VI. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

A lo largo de los años, la Sala Penal del Tribunal Supremo ha ido dictando criterios legales y jurisprudenciales relevantes para realizar la acumulación de condenas. Algunos de estos criterios son:

1. Interpretación favorable

La STS, Sala Penal, 267/2022, de 22 de marzo de 2022, en su Fundamento Jurídico Segundo, en el apartado d) establece que, se procederá a realizar la acumulación, pero si se observa que existe otra posibilidad más favorable para el penado se aplicará esta. La forma más favorable al reo siempre tiene que observar los límites establecidos en el art. 76.2 CP.

2. Conexidad temporal

La STS, Sala Penal, 267/2022, de 22 de marzo de 2022, en su Fundamento Jurídico Segundo, en el apartado b) recoge que, para la acumulación jurídica de las penas, no se tiene en cuenta la analogía o la relación entre las penas, lo importante es la "conexidad temporal", es decir, en relación con el momento de la comisión de los hechos, se podían haber enjuiciado en un solo proceso. Quedan excluidos los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se inicia la acumulación y los hechos cometidos a posteriori de la

[5] Disposición final 5ª, apartado 7 de la Ley Orgánica &/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: "Contra el auto por el que se determine el máximo de cumplimiento o se deniegue su fijación, cabrá recurso de casación por infracción de ley ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

sentencia. Dicha conexión, tiene como objetivo dar respuesta punitiva en fase penitenciaria, a módulos temporales apropiados para el fin de toda pena de prisión, que es la reinserción social.

3. La sentencia determinante

La STS, Sala Penal, 691/2022, 7 de julio de 2022, en su Fundamento Jurídico Segundo, decreta de acuerdo con la sentencia de esta sala n.º 617/2017, de 15 de septiembre de 2017, con citación de otras muchas, que con la nueva redacción del art. 76 CP, se modifica el criterio jurisprudencial seguido hasta entonces, por el de la ejecutoria más antigua que será la base de la acumulación. Es decir, la fecha de la sentencia más antigua será el límite cronológico para agrupar los delitos anteriores en la acumulación.

4. Fecha de la sentencia a considerar

La STS, Sala Penal, 691/2022, 7 de julio de 2022, en su Fundamento Jurídico Segundo, determina que conforme al Acuerdo del Peno no Jurisdiccional de esta Sala de fecha 29 de noviembre de 2005, "no se requiere que la sentencia sea firme para el límite de la acumulación". En vista de que se podría prolongar indefinidamente e injustificadamente la acumulación hasta que la sentencia fuera firme después de interponer los recursos contra ella. El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de fecha 3 de febrero de 2016, en relación con la reforma del art. 76 párrafo segundo del CP por la LO 1/20015, de 30 de marzo, estableció que se tomará de referencia la fecha de la sentencia en primera instancia y no la fecha de la celebración del juicio, excepto si la sentencia es absolutoria.

La STS, Sala Penal, 267/2022, de 22 de marzo de 2022, en su Fundamento Jurídico Segundo, en el apartado g), además ordenó que cuando la sentencia inicial es absolutoria y la condena se produce en el recurso, es esta segunda fecha la relevante para proceder la acumulación.

5. Cosa juzgada

La STS, 361/2021, de 29 de abril de 2021, en su Fundamento Jurídico Segundo, ordena que conforme el criterio cronológico que se aplica en la acumulación y acorde con todas las consecuencias que pueda conllevar. Si aparece una condena por delitos no incluidos en la acumulación anterior, pero que podían haberse incluido, no existe ningún impedimento para incluirlos con posterioridad, ampliando la acumulación ya realizada.

Los autos de acumulación siempre tienen que estar abiertos a la posibilidad de que aparezcan después otras condenas no acumuladas. No existe en la acumulación la eficacia de cosa juzgada para impedir una nueva revisión en el caso, siempre que sea en beneficio del reo. Por lo tanto, se dictará un nuevo auto de acumulación que englobe todas las condenas, pero solo será procedente, si resulta favorable al reo[6].

6. Prisión preventiva

La STS, Sala Penal 515/2020, 15 de octubre, en su Fundamento Jurídico Undécimo, dispone que el abono de los periodos transcurridos en prisión preventiva, es solo para reducir la condena de esa causa, pero no para rebajar el límite máximo del cumplimiento efectivo fijado en la acumulación[7].

7. Penas incluidas y excluidas

La STS, Sala Penal, 267/2022, de 22 de marzo de 2022, en su Fundamento Jurídico Segundo, en el apartado g) ordena que en la acumulación de condenas han de ser penas privativas de libertad, incluida la de localización permanente y se excluyen las penas de otra naturaleza. No obstante, la pena de multa se acumula una vez se haya transformado en la responsabilidad penal subsidiaria.

Además, se incluyen las penas que están previamente ejecutadas si hay conexidad temporal y las penas suspendidas o que estén en trámite para serlo. No obstante, quedan excluidas las penas de prisión sustituidas por expulsión, excepto en el caso de que quebrante la expulsión y se inicia o se continúa la ejecución de la pena de prisión inicial, que comportará la revisión de la acumulación anterior.

8. Formación de bloques

La STS, Sala Penal, 482/2021, de 3 de junio de 2021, en su Fundamento Jurídico Segundo, acuerda que toda la metodología de acumulación debe ir enfocada a obtener la solución que más favorezca al condenado, reduciendo al máximo el cumplimiento de las penas impuestas. El cálculo de la acumulación se comienza con la sentencia más antigua y se van formando diferentes bloques, esta primera tarea tiene que ser complementada con los ajustes necesarios para que los intercambios de sentencias en los distintos bloques

[6] FERRER GUTIÉRREZ, A- Manual práctico sobre ejecución penal y Derecho Penitenciario, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 32 – 33.

[7] FERRER GUTIÉRREZ, A- Manual práctico sobre ejecución penal, 2022, pp. 31 – 33.

permitan un resultado punitivo más favorable para el reo. Realizando de esta manera se evitará que el sistema de bloques punitivos imposibilite la acumulación del mayor número de penas posibles para reducir el tiempo del cumplimiento. De esta forma, se cumplirán los intereses generales del sistema que ordena el art. 76.2 CP, que son que los fines preventivos de la pena favorezcan la reinserción del condenado[8].

9. Contenido del auto

La STS, Sala Penal, 367/2016, de 28 de abril de 2016, en su Fundamento Jurídico Primero, exige que en al Auto de Acumulación es necesario que consten 3 elementos: el primero, las fechas de las sentencias condenatorias, el segundo, las fechas en que se cometieron los hechos y, por último, las penas impuestas.

Además, la STS, Sala Penal, 482/2021, de 3 de junio de 2021, en su Fundamento Jurídico Segundo, establece que el resultado del auto de acumulación no se puede considerar como si fuera una única condena, resultado de la agrupación de las verdaderas penas. Su naturaleza es señalar un límite temporal máximo de cumplimiento de las distintas condenas.

Los autos de acumulación no impiden un nuevo examen de la situación cuando se conozcan nuevas penas que puedan ser acumuladas.

VII. ACUERDOS DEL PLENO DE LA SALA SEGUNDA DEL TS

Del Tribunal Supremo, en su labor de unificación de doctrina, se puede destacar tres acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de dicho Tribunal, concretamente:

- El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 29 de noviembre de 2005, en el punto tercero, decreta que no se exige la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación.

- El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 3 de febrero de 2016, ordena que la acumulación se debe iniciar con la sentencia más antigua, ya que constan los delitos enjuiciados en primer lugar y servirá

[8] FERRER GUTIÉRREZ, A- Manual práctico sobre ejecución penal, 2022, pp. 38 – 40.

de referencia respecto a los otros hechos enjuiciados en otras sentencias. En esa pena, se acumularán todas las posteriores por delitos cometidos antes de esa primera sentencia.

Las sentencias que se acumulen a esta sentencia, ya no se podrán tener en cuenta para nuevas acumulaciones, excepto si la acumulación no fuera viable.

A efectos de la acumulación, se ha de estar a la fecha de la sentencia en primera instancia y no la del día del juicio oral.

- El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 27 de junio de 2018, acuerda 11 puntos:

1º.- La acumulación de condenas solo será revisable si hay una nueva condena o una anterior que no se hubiera aplicado en la acumulación.

2º.- Evitar la nulidad de la resolución en el recurso de casación, si es posible mantenerla sin provocar indefensión.

3º.- La fecha de la sentencia a tener en cuenta será la dictada en primera instancia, excepto que fuese absolutoria, en que se tendrá en cuenta la fecha de la sentencia dictada en el último recurso.

4º.- De conformidad con el art. 76.2 CP, se tiene que elegir la sentencia inicial y la última, siempre que el conjunto cumpla el requisito de temporalidad, sin poder excluir ninguna del intermedio.

5º.- Se excluyen las condenas suspendidas si favorecen al reo.

6º.- No se incluye el periodo de prisión sustituido por expulsión, salvo se quebrante la expulsión y se inicia o se continúa con la ejecución de la pena prisión efectiva, que conllevará una nueva acumulación.

7º.- La pena multa solo se acumulará una vez transformada en responsabilidad personal subsidiaria o cuando sea evidente su impago.

8º.- La pena de localización permanente si se incluye en la acumulación.

9º.- A estos efectos, los meses son de 30 días y los años de 365 días.

10º.- La competencia para reconocer el incidente de acumulación de condenas es del juez o tribunal que hubiera dictado la última sentencia, excepto que el juez de instrucción haya dictado sentencia de conformidad en los delitos de enjuiciamiento rápido

que será el juez de lo penal. Aunque la pena que se imponga no se pueda acumular o que la pena impuesta no sea privativa de libertad.

11º.- Contra el Auto de acumulación solo se puede interponer el recurso de casación.

Los criterios de los acuerdos han estado aplicados en la jurisprudencia del TS, y como ya hemos mencionado alguno de ellos en los criterios jurisprudenciales:

El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala, de 29 de noviembre de 2005, en relación con " no es necesaria la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación", finaliza con la discrepancia de la fecha de la sentencia de referencia para la acumulación, entre la sentencia condenatoria y la firmeza de sentencia, unificando que se tiene que aplicar la sentencia condenatoria.

El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 3 de febrero de 2016, modificó la metodología en la formación de bloques para la acumulación, teniendo en cuenta la cronología y la continuidad.

Y el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta misma Sala, de 27 de junio de 2018, establece importantes criterios precisos sobre la acumulación. Ampliando el anterior acuerdo de 2016, especificando la utilización del criterio cronológico y la "sentencia estorbo" entendida como la sentencia más gravosa del bloque, que se tiene en cuenta para aplicar el límite máximo de cumplimiento.

I. SUPUESTO PRÁCTICO SOBRE LA ACUMULACIÓN DE CONDENA

Para aclarar los criterios aplicables en la acumulación y el método para establecer las condenas que son acumulables, exponemos el caso de un penado que tiene las siguientes condenas:

Órgano judicial	**Fecha hechos**	**Fecha sentencia**	**Pena (A-M-D)**
1) J. Penal n.º 3 Barcelona (ejecutoria 250/05)	11.01.00	02.02.05	1-0-0

2) J. Penal n.º 30 Barcelona (ejecutoria 955/05)	01.12.97	03.04.05	1-3-0
3)J. Penal n.º 20 Barcelona (ejecutoria 105/06)	04.04.04	30.12.05	1-6-0
4)J. Penal n.º 10 Barcelona (ejecutoria 115/07	05.06.05	30.12.06	3-0-0
5)J. Penal n.º 13 Barcelona (ejecutoria 255/07	06.08.05	07.01.07	3-0-0
6)J. Penal n.º 12 Barcelona (ejecutoria 2/08	07.07.05	31.12.08	3-0-1
7)J. Penal n.º 14 Barcelona (ejecutoria 355/10	07.07.06	25.05.09	3-0-0

El órgano competente para la acumulación sería el Juzgado de lo Penal n.º 14 de Barcelona, al ser el que dictó la última sentencia.

La sentencia determinante en la acumulación, es la sentencia más antigua, siendo la del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona (ejecutoria 250/05).

Se deben excluir aquellas ejecutorias en que los hechos ya estuvieran enjuiciados a fecha 2 de febrero de 2005, así como las ejecutorias en que los hechos se cometieron con posterioridad a esa fecha.

Cumplen estos requisitos las ejecutorias 250/05, 955/05 y 105/06: las demás sentencias no son acumulables porque los hechos pasaron con posterioridad a la fecha de la primera sentencia.

Por lo tanto, se suman las diferentes penas impuestas en las ejecutorias 250/05, 955/05 y 105/06. La suma de todas ellas es de 3 años y 9 meses. Esta suma es inferior al triple de la más grave que es la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2002, del Juzgado de lo Penal n.º 20 de Barcelona, al ser la condena de 1 año y 6 meses, el triple resulta ser 3 años y 18 meses de prisión. Por consiguiente, siendo la más favorable al reo la suma de las penas impuestas y no la aplicación con el límite establecido en el art. 76.1 CP, no procede la acumulación, debiendo cumplirse todas las penas por su orden de gravedad.

No obstante, se tiene que examinar las siguientes sentencias por si son susceptibles de acumulación. Para ello se tiene que tomar en consideración la sentencia más antigua, siendo la de fecha 30 de diciembre de 2016, del Juzgado de lo Penal n.º 10 de Barcelona, en la ejecutoria 115/07. Resultan acumulables a esta sentencia, las ejecutorias 255/07, 2/08 y la 355/10, ya que los hechos fueron cometidos antes de la fecha de la sentencia. La suma de las cuatro ejecutorias suma 12 años y un día. En este caso si procede la acumulación del art. 76.1 CP, puesto que la pena más grave impuesta en la ejecutoria 2/08, el triple de esta asciende a 9 años y tres días, de tal modo que resulta más beneficioso para el reo la acumulación que no la suma de todas ellas. Como consiguiente son acumulables entre sí las ejecutorias 115/07, 255/07, 2/08 y la 355/10.

Entonces, el juzgado de lo Penal n.º14 de Barcelona tendrá que dictar el Auto de acumulación de las ejecutorias 115/07, 255/07, 2/08 y la 355/10, estableciendo como límite máximo de cumplimiento de la pena de prisión a 9 años y tres días. Y también deberá mencionar en el auto las demás ejecutorias que excluye y motivar que no puede establecer otro grupo o lote de acumulación entre ellas por las razones expuestas anteriormente.

VIII. CONCLUSIONES

1.- La acumulación jurídica recogida en el art. 76 CP establece el límite máximo de cumplimiento efectivo de las diversas penas impuestas al condenado, en el triple del tiempo de la más grave de las penas impuestas, sin que su duración pueda exceder de 20 años, pero de manera excepcional, este límite máximo se puede ampliar a 25, 30 o 40 años.

2.- Se aplica este instituto en las penas de un mismo o diferente procedimiento, con la exigencia de una conexión temporal entre los hechos, pudiendo haber sido enjuiciados en un solo procedimiento y siempre que favorezca al reo. Excluyendo los hechos

cometidos con posterioridad a la primera de las sentencias (la sentencia más antigua) y los hechos que ya estuvieran enjuiciados en la fecha de la mencionada sentencia.

3.- La acumulación es competencia del Juzgado o Tribunal que dictó la última sentencia, excepto el juzgado de instrucción cuando dicta una sentencia de conformidad en el procedimiento de enjuiciamiento rápido de determinados delitos, siendo el competente el juzgado de lo penal. Para realizar la acumulación se tiene en cuenta la sentencia más antigua en la fecha en que fue dictada en primera instancia, salvo que fuese una sentencia absolutoria y se hubiera interpuesto recurso y en el se hubiera dictado una sentencia condenatoria, la fecha sería de esta segunda sentencia y no de la primera.

4.- El procedimiento de la acumulación de condenas, es aplicable a penas privativas de libertad, incluida la de localización permanente y excluye las penas de otra naturaleza. No obstante, la pena de multa se acumula una vez se ha transformado en la responsabilidad penal subsidiaria. Quedando excluidas las penas de prisión sustituidas por expulsión, salvo se quebrante la expulsión, y el periodo transcurrido en la prisión preventiva.

5.-El auto dictado en el incidente de la acumulación de condena no conlleva la eficacia de cosa juzgada, siempre se puede revisar de nuevo si aparece una condena nueva o no incluida en la acumulación anterior, en el caso de que si se tenía que haber acumulado, y siempre que sea en beneficio del reo. Contra dicho auto solo cabe interponer el recurso de casación.

IX. BIBLIOGRAFÍA Y LEGISLACIÓN

- Constitución Española de 1978. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

- Ley Orgánica 10/ 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. "BOE" núm. 281, de 24/11/1995, su modificación publicada el 31/3/2015 y la legislación consolidada actualmente.

- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal publicado en el «GAZ» núm. 260, de 17/09/1882, con su última actualización publicada el 02/07/2021.

- Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

- CORDERO LOZANO, C. Ejecución penal. Bosch, SA, Barcelona, 2011.

- FERRER GUTIÉRREZ, A- Manual práctico sobre ejecución penal y Derecho Penitenciario, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

- VV.AA. Curso de Especialización Universitaria en ejecución penal y de la responsabilidad civil derivada del delito de la Universidad Europea Miguel de Cervantes, Unidad 1, pp. 15 – 20.

X. JURISPRUDENCIA

- STS, Sala 2ª, 267/2022, de 22 de marzo de 2022.
- STS, Sala 2ª, 691/2022, de 7 de julio de 2022.
- STS, Sala 2ª, 482/2021, de 3 de junio de 2021.
- STS, Sala 2ª, 361/2021, de 29 de abril de 2021.
- STS, Sala 2ª, 515/2020, de 15 de octubre de 2020.
- STS, Sala 2ª, 617/2017, de 15 de septiembre de 2017.
- STS, Sala 2ª, 367/2016, de 28 de abril de 2016.

XI. ACUERDOS DEL PLENO NO JURISDICCIONAL DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 29 de noviembre de 2005.
- Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 3 de febrero de 2016.
- Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 27 de junio de 2018.

* * * * *

II. LEGISLACIÓN Y RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. España

Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

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

El reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos por parte de la comunidad internacional surge como respuesta a las demandas del movimiento feminista que, desde hace más de tres décadas, ha insistido en colocar en la agenda política la importancia de la protección de estos derechos, desde el consenso sobre su estrecha relación con el goce y disfrute de otros derechos humanos plasmados en los tratados internacionales.

La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo de 1994 y la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Pekín de 1995 desarrollaron el concepto de salud sexual y reproductiva en clave de derechos. Desde entonces, y gracias a la labor de las convenciones y de los Comités de la ONU que los interpretan y vigilan su cumplimiento, se ha adoptado un estándar de protección para los derechos sexuales y reproductivos que inspira esta ley orgánica.

El derecho a la salud sexual y reproductiva forma parte del derecho de todas las personas al más alto nivel posible de salud física y mental. Más concretamente, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos relaciona la salud sexual y reproductiva de las mujeres con los derechos humanos, incluyendo el derecho a la vida, a la salud, a la intimidad, a la educación y a la prohibición de discriminación.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en su artículo 16, establece el derecho de las mujeres a decidir de manera libre y responsable sobre su maternidad y el derecho a acceder a la información y a la educación que les permitan ejercer esos derechos. El comité que vigila su cumplimiento (Comité CEDAW) señala que los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos a la salud sexual y reproductiva, a través de recursos que han de estar disponibles, ser accesibles física y económicamente, y cumplir todos los estándares de calidad.

La Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres, incide sobre la importancia de garantizar los derechos sexuales y reproductivos en la Unión Europea, en el marco de la salud de las mujeres, al definir la salud reproductiva y sexual como un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con todos los aspectos de la sexualidad y la reproducción, no simplemente la ausencia de enfermedad, disfunción o dolencias; y al afirmar que todas las personas tienen derecho a tomar decisiones que rijan sus cuerpos sin discriminación, coacción ni violencia y a acceder a servicios de salud reproductiva y sexual que respalden dicho derecho y ofrezcan un enfoque positivo de la sexualidad y la reproducción, dado que la sexualidad es una parte integrante de la existencia humana.

Por su parte, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España, establece la obligación de los Estados Partes de respetar «el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener (…) y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiadas para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos», en igualdad de condiciones que los demás.

II

España ha avanzado sustancialmente en esta materia desde la aprobación de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, que despenalizaba la interrupción voluntaria del embarazo en tres supuestos: violación, malformación del feto y riesgo para la salud física o psíquica de la madre. Sin embargo, el mayor avance para las mujeres en nuestro país vino de la mano de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que ha supuesto un auténtico paso hacia adelante al abordar la protección y la garantía de los derechos relacionados con la salud sexual y reproductiva de manera integral y ha cambiado el enfoque de la interrupción voluntaria del embarazo de una ley de supuestos a una de plazos.

No obstante, doce años después de su aprobación, se hace necesaria la revisión y adaptación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.

Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, no han sido pocos los obstáculos a los que se han enfrentado las mujeres. La inmensa mayoría de las

interrupciones voluntarias del embarazo se acaban produciendo en centros extrahospitalarios de carácter privado, y, si bien es cierto que en una década se ha reducido esta tasa en casi diez puntos, pasando de un 88,55 % en 2010 a un 78,04 % en 2020, todavía estamos muy lejos de que se pueda garantizar el grueso de interrupciones voluntarias del embarazo en centros públicos. Resulta especialmente preocupante la diferencia territorial en el ejercicio de este derecho, ya que existen territorios en España que en los últimos años no han notificado ninguna interrupción voluntaria del embarazo en centros de titularidad pública.

A los citados obstáculos se suma la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, que supuso un retroceso en la capacidad de decisión de las mujeres de 16 y 17 años y las mujeres con discapacidad a la hora de decidir sobre sus propios cuerpos, un paso hacia atrás que ha sido criticado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) en sus observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España de 2018. En dicho texto, el Comité alertaba del obstáculo que la reforma de 2015 suponía para el acceso al aborto por parte de las adolescentes de entre 16 y 18 años y de las mujeres con discapacidad al exigir el consentimiento expreso de sus representantes legales. Esta misma cuestión la indicaba el Comité CEDAW en sus observaciones de 2015 recomendando a España que no aprobase la reforma que impedía a las menores de 16 y 17 años interrumpir voluntariamente su embarazo sin consentimiento de sus tutores legales.

El Comité DESC, en el citado informe, recomendó a nuestro país garantizar en la práctica la accesibilidad y disponibilidad de los servicios de salud sexual y reproductiva para todas las mujeres y adolescentes, prestando la debida atención a las disparidades existentes entre las diferentes comunidades autónomas. Con este fin, proponía a España el establecimiento de un mecanismo apropiado para asegurar que el ejercicio de la objeción de conciencia no fuese un obstáculo para que las mujeres tuvieran acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, particularmente a la interrupción voluntaria del embarazo. También instaba a nuestro país a eliminar las disparidades existentes en cuanto a la distribución de anticonceptivos de emergencia, tomando las medidas necesarias para asegurar su accesibilidad, disponibilidad y asequibilidad para todas las mujeres y adolescentes en toda España. Por otro lado, el Comité señalaba la importancia de incorporar de manera integral la formación sobre salud sexual y reproductiva en los programas escolares de la enseñanza primaria y secundaria.

Por su parte, el Informe acerca de su Misión a España del Grupo de Trabajo del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica del año 2015 alerta de que la deficiente regulación de la objeción de conciencia constituye un obstáculo para las mujeres cuando ejercen su derecho a acceder a los servicios de salud sexual y reproductiva. Tal y como señala el informe sobre España de 2018 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), en los casos en que se permite la objeción de conciencia, los Estados siguen teniendo la obligación de velar por que no

se limite el acceso de las mujeres a los servicios de salud reproductiva y por que la objeción de conciencia sea una práctica personal, y no institucional.

Asimismo, el citado informe también apunta que en España se producía un acceso desigual a los métodos anticonceptivos, que «dependía del lugar de residencia, dado que las comunidades autónomas proporcionaban recursos y prestaban servicios para la administración de anticonceptivos y establecían directrices sobre su acceso de conformidad con sus políticas de salud sexual y reproductiva». Ello producía, en consecuencia, «importantes disparidades entre las regiones más prósperas del noreste de España y las regiones del suroeste del país».

Por último, en línea con lo dispuesto por el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (Convenio de Estambul), es preciso ampliar el enfoque desde el que se abordan ciertas formas de violencia contra las mujeres en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos, como son el aborto forzoso y la esterilización forzosa, incluida la anticoncepción forzosa, para actuar no sólo desde un prisma penal, ya contemplado en nuestro ordenamiento, sino con una perspectiva integral y contextualizada desde el enfoque de género. Del mismo modo, como Estado, debemos reafirmar el compromiso de respuesta frente a vulneraciones graves de los derechos reproductivos que constituyen manifestaciones de la violencia contra las mujeres, como la gestación por subrogación. Estas prácticas, si bien ya resultan ilegales en España, donde la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, considera nulo el contrato por el que se convenga la gestación y expresa que la filiación será determinada por el parto, se siguen produciendo, amparándose en una regulación internacional diversa, ante lo cual se ha de reconocer normativamente esta práctica como una forma grave de violencia reproductiva, y tomar medidas en el ámbito de la prevención y de la persecución.

III

A la luz de los obstáculos y las necesidades de regulación identificadas, esta ley orgánica viene a introducir las modificaciones necesarias para garantizar la vigencia efectiva de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Además, la norma mejora el tratamiento de aquellas situaciones patológicas que se proyectan en la salud durante la menstruación, así como de las bajas médicas habituales desde el día primero de la semana trigésima novena de gestación. La ley también avanza en la previsión de medidas para que los poderes públicos garanticen los derechos reproductivos en el ámbito ginecológico y obstétrico.

En el marco de lo establecido en la reciente regulación del sistema educativo, la educación afectivo-sexual se contempla en todas las etapas educativas, adaptada a la edad del alumnado y contribuyendo al desarrollo integral del mismo. Asimismo, se procede al desarrollo de políticas específicas para mujeres con discapacidad, incluyendo el respeto y fomento de los derechos sexuales en todo el ciclo vital de las mujeres, sin

que esté exclusivamente vinculado al ámbito de la reproducción, la fertilidad o la maternidad.

Además de reforzar los servicios especializados para que estos se dirijan a toda la población, la nueva ley fortalece la participación de entidades y organizaciones de la sociedad civil. Asimismo, se ha tenido en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 32/1983; STC 54/1990; STC 22/2012) relacionada con la facultad de Alta Inspección atribuida al Estado como garante de la igualdad en el acceso a las prestaciones establecidas en el Sistema Nacional de Salud, con el objetivo de superar las dificultades que encuentran muchas mujeres a la hora de ejercer su derecho al aborto y evitar el desequilibrio territorial existente, dando también un papel relevante al Consejo Interterritorial de Salud. Con la misma finalidad, se reforzará el papel del Defensor del Pueblo y de los órganos análogos de las comunidades autónomas como mecanismo al que puedan acudir las ciudadanas cuyos derechos sexuales y reproductivos se vean vulnerados por una actuación irregular o contraria a la legislación de la Administración competente.

Asimismo, se reconoce expresamente que tendrá la consideración de situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes aquella baja laboral en que pueda encontrarse la mujer en caso de menstruación incapacitante secundaria o dismenorrea secundaria asociada a patologías tales como endometriosis, miomas, enfermedad inflamatoria pélvica, adenomiosis, pólipos endometriales, ovarios poliquísticos, o dificultad en la salida de sangre menstrual de cualquier tipo, pudiendo implicar síntomas como dispareunia, disuria, infertilidad, o sangrados más abundantes de lo normal, entre otros. Se trata de dar una regulación adecuada a esta situación patológica con el fin de eliminar cualquier tipo de sesgo negativo en el ámbito laboral.

También se reconocen como situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes la debida a la interrupción del embarazo, sea voluntaria o no, mientras reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo, y la de gestación de la mujer desde el día primero de la semana trigésima novena.

Se incluye también la gratuidad de los productos de gestión menstrual en centros educativos, en las situaciones en que resulte necesario, así como en centros penitenciarios y centros sociales para que puedan acceder a ellos las mujeres en situación de vulnerabilidad. Los poderes públicos también fomentarán, con arreglo a esta ley orgánica, la utilización de productos de gestión menstrual respetuosos con el medio ambiente y con la salud de las mujeres.

Asimismo, se plantea la corresponsabilidad en el ámbito de la anticoncepción mediante la eliminación de roles sexistas y la investigación y comercialización de anticonceptivos masculinos.

La alta tasa de infecciones de transmisión sexual, que se situaba a fin de 2019 en el 28,88 por cada 100.000 habitantes y la tendencia al alza observada desde el año 2004 ha de provocar una respuesta por parte de los poderes públicos. En concreto, se

impulsarán y reforzarán campañas periódicas, siempre en formatos accesibles a personas con discapacidad, destinadas a la prevención de las infecciones de transmisión sexual, que podrán venir acompañadas de medidas en el ámbito educativo derivadas de la inclusión en el currículum escolar de la educación afectivo-sexual, con respeto a la igualdad de género, a la diversidad y a los derechos humanos e incluyendo la prevención de las violencias sexuales. Asimismo, la ley también incluye medidas de prevención contra la transmisión intencionada de infecciones de transmisión sexual, como forma de violencia contra las mujeres, en línea con pronunciamientos judiciales como la sentencia del Juzgado de Instrucción de Salamanca (Sección 2) número 155/2019, de 15 abril, o la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de lo civil y penal de Andalucía (Sección de Apelación Penal), número 186/2021, de 1 de julio.

La ley también incorpora novedades sobre el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, siguiendo las recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos sobre la materia. Así, se elimina el plazo de reflexión de tres días que opera en la actualidad y la obligatoriedad de recibir información acerca de los recursos y las ayudas disponibles en caso de continuar con el embarazo, debiendo proporcionarse dicha información sólo si la mujer lo requiere. Asimismo, la norma revierte la modificación operada por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, devolviendo a las menores de 16 y 17 años su capacidad para decidir libremente sobre su maternidad, prescindiendo así de la exigencia de consentimiento paterno o materno. La ley establece la obligación de las administraciones públicas sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, de garantizar la prestación en los centros hospitalarios, de acuerdo con criterios de gratuidad, accesibilidad y proximidad, estableciendo los dispositivos y recursos humanos suficientes para la garantía del derecho en todo el territorio en condiciones de equidad.

Con este mismo fin, se regula la objeción de conciencia como un derecho individual de cada profesional sanitario, que debe manifestarse con antelación y por escrito. Así, se creará un registro de objetores de conciencia del personal sanitario, garantizando la seguridad jurídica y el pleno respeto del derecho de las mujeres a interrumpir voluntariamente su embarazo y el derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario.

Finalmente, la ley recoge también las formas de violencia existentes en el ámbito de la salud sexual y reproductiva de las mujeres, en línea con el Convenio de Estambul. Se incluyen la esterilización y la anticoncepción forzosas, el aborto forzoso, y la gestación por sustitución, creando además un itinerario de medidas destinado a la reparación integral de las víctimas de estas violencias. Se refuerza la ilegalidad de la gestación por sustitución establecida en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, mediante la prohibición de la publicidad de las agencias de intermediación. Asimismo, se promueve la responsabilidad institucional de las administraciones públicas para la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en el ámbito ginecológico y obstétrico, a través de medidas de sensibilización y, sobre todo, a través de la promoción de servicios de ginecología y

obstetricia que respeten y garanticen los derechos previstos en la ley, poniendo el consentimiento informado de la mujer en el centro de todas las actuaciones, promoviendo la adecuada formación del personal de los servicios de ginecología y obstetricia, y velando por las buenas prácticas y de apoyo a entidades sociales.

IV

La ley consta de un artículo único, de modificación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de una disposición adicional y de una parte final compuesta por diecisiete disposiciones finales.

Se modifica el artículo 1, sobre el objeto de la norma, para darle un enfoque más completo al vincularlo a la obligación de los poderes públicos de aspirar al mayor nivel social posible de salud y educación en relación con la sexualidad y la reproducción, así como con la prevención de violencias contra las mujeres en el ámbito reproductivo.

Se modifica también el artículo 2, ampliando las definiciones e incluyendo conceptos como la salud durante la menstruación o las violencias contra las mujeres en el ámbito reproductivo.

Al modificar el artículo 3 se amplían desde la perspectiva de la garantía de los derechos fundamentales, el enfoque de género y la no discriminación, y se precisa con más detalle el ámbito de aplicación, afirmando en particular que la ley resulta de aplicación a todas las personas que se encuentren en España, independientemente de su nacionalidad, de su situación administrativa de extranjería o de su edad.

Se modifica el artículo 4 para subrayar el acceso en condiciones de igualdad y con un enfoque de equidad territorial a las prestaciones y servicios establecidos en la ley.

Asimismo, se modifica el título I, que pasa a denominarse «Responsabilidad institucional en el ámbito de la salud, los derechos sexuales y reproductivos». El capítulo I, ahora denominado «Políticas públicas para la promoción de la salud sexual y reproductiva», se inicia con el artículo 5, sobre objetivos y garantías generales de actuación de los poderes públicos, que se modifica para ampliarlo, en coherencia con el objeto de la norma. Se añaden los artículos 5 bis a 5 sexies con el objeto de abordar las nuevas medidas relacionadas con la salud durante la menstruación, de entre las que cabe destacar el reconocimiento legal de la posible situación de incapacidad temporal derivada de menstruaciones incapacitantes secundarias. Por último, el artículo 6 pasa a hacer referencia al apoyo a las entidades sin ánimo de lucro y sociedad civil.

Se modifica también el capítulo II, que pasa a denominarse «Medidas en el ámbito de la salud sexual y reproductiva». El artículo 7 pasa a referirse exclusivamente a la salud sexual, y se añaden los artículos 7 bis, sobre salud reproductiva, 7 ter, sobre garantía de acceso a la anticoncepción, 7 quater, sobre corresponsabilidad, y 7 quinquies, sobre anticoncepción de urgencia.

El capítulo III se amplía sustancialmente, pasando a denominarse «Medidas en el ámbito de la educación y la sensibilización relativas a los derechos sexuales y reproductivos». El artículo 9 pasa a denominarse «Formación sobre salud sexual y

reproductiva en el sistema educativo», y el artículo 10 se refiere ahora al apoyo a la comunidad educativa. Se añaden los artículos 10 bis, sobre prevención de las violencias sexuales en el ámbito educativo, 10 ter, sobre medidas en el ámbito de la educación menstrual, 10 quater, sobre medidas en el ámbito de la educación no formal, y 10 quinquies, sobre campañas institucionales de prevención e información. Asimismo, se añade un artículo 10 sexies, sobre formación en los ámbitos de las ciencias jurídicas, las ciencias de la educación y las ciencias sociales.

Por su parte, el capítulo IV del título I pasa de referirse exclusivamente a la Estrategia de Salud Sexual y Reproductiva a hacer referencia, de forma más amplia, a las medidas para la aplicación efectiva de la ley, siendo la primera de ellas dicha Estrategia, que se regula más ampliamente en el artículo 11. Se añaden los artículos 11 bis, sobre investigación, recopilación y producción de datos, y 11 ter, sobre el Defensor del Pueblo y los órganos análogos de las comunidades autónomas.

En cuanto al título II, sobre interrupción voluntaria del embarazo, se modifica el artículo 13, sobre requisitos comunes, para matizar que las intervenciones han de realizarse en centro sanitario público o en un centro privado acreditado.

Se añade un artículo 13 bis, «edad», que especifica que las mujeres podrán interrumpir voluntariamente su embarazo a partir de los 16 años, sin necesidad de consentimiento de sus representantes legales, derogando así la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, lo que se completa con la disposición final sexta.

En el artículo 14, sobre interrupción del embarazo durante las primeras 14 semanas de gestación, se eliminan los requisitos de que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad y de que haya transcurrido un plazo de reflexión de tres días.

En el mismo sentido, se modifica el artículo 17, sobre información vinculada a la interrupción voluntaria del embarazo, para que, más allá de la información de carácter sanitario vinculada a la interrupción del embarazo, las mujeres solo reciban información adicional, como la derivada sobre ayudas a la maternidad, si así lo requieren, y nunca como requisito para acceder a la prestación del servicio.

Se modifica también el artículo 18, sobre garantía de acceso a la prestación, con la finalidad de instaurar los principios de igualdad y equidad territorial en el acceso a la prestación, estableciéndose que las administraciones sanitarias que no puedan ofrecer dicho procedimiento en su ámbito geográfico establecerán los mecanismos necesarios de canalización y remisión de las usuarias que lo precisen al centro o servicio autorizado para este procedimiento, en las mejores condiciones de proximidad de su domicilio, garantizando la accesibilidad y calidad de la intervención y la seguridad de las usuarias. Asimismo, se añade un artículo 18 bis, sobre medidas para garantizar la información sobre la prestación.

Se modifica el artículo 19 para reforzar el principio de equidad territorial y de prestación del servicio en instalaciones públicas.

Se reconoce expresamente el derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario en el artículo 19 bis, y se regula *ex novo* el registro de objetores de conciencia en el artículo 19 ter. Cabe destacar que se configura el derecho a la objeción de conciencia como una decisión individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse con antelación y por escrito. El acceso o la calidad asistencial de la prestación no se verán afectados por el ejercicio individual del derecho a la objeción de conciencia; para ello, los servicios públicos se organizarán siempre de forma que se garantice el personal sanitario necesario para el acceso efectivo y oportuno a la interrupción voluntaria del embarazo. Finalmente, quienes se declaren personas objetoras de conciencia lo serán a los efectos de la práctica directa de la prestación de interrupción voluntaria del embarazo tanto en el ámbito de la sanidad pública como de la privada.

Los artículos 20 y 23 se modifican para adaptarlos a la nueva normativa en materia de protección de datos.

Por último, se añade un título III, «Protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos». Está estructurado en tres capítulos. El primero de ellos regula el alcance de la responsabilidad institucional de las administraciones públicas a este respecto. El capítulo II se refiere a la protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito ginecológico y obstétrico, para lo que se promoverá la adecuada formación del personal de los servicios de ginecología y obstetricia y se contemplará, en la Estrategia de Salud Sexual y Reproductiva, un apartado de prevención, detección e intervención integral para la garantía de los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito ginecológico y obstétrico. Por último, el capítulo III recoge medidas de prevención y respuesta frente a formas de violencia contra las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, previendo, en particular, actuaciones frente al aborto forzoso y la esterilización y anticoncepción forzosas y dirigidas a la prevención de la gestación por subrogación o sustitución.

Se modifica la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, para ahondar en las funciones de la Alta Inspección con el fin de garantizar la igualdad en el acceso a las prestaciones y servicios establecidos por el Sistema Nacional de Salud que inciden en el ámbito de aplicación de esta ley. Se modifica también la disposición adicional tercera, sobre dispensación gratuita de anticoncepción, en coherencia con las medidas adoptadas en el articulado. Se establece que se garantizará la financiación con cargo a fondos públicos de los anticonceptivos hormonales, incluidos los métodos reversibles de larga duración, sin aportación por parte de la usuaria, tal y como se establece en la normativa específica, cuando se dispensen en los centros sanitarios del Sistema Nacional de Salud. Asimismo, se garantizará la dispensación gratuita de la anticoncepción de urgencia en los centros sanitarios del Sistema Nacional de Salud y en los servicios de atención especializada, atendiendo a la organización asistencial de los servicios de salud de las comunidades autónomas y

entidades gestoras del Sistema Nacional de Salud. Por último, se añade una disposición adicional cuarta para garantizar el derecho a la protección de datos del personal sanitario inscrito en el registro de personas objetoras de conciencia.

Finalmente, se modifica la disposición final tercera, sobre el carácter orgánico de la norma, para incluir los nuevos preceptos añadidos por esta ley de modificación.

Asimismo, se incluye una disposición adicional para dar cumplimiento al mandato contenido en la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilidad forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente y se prevén diecisiete disposiciones finales.

La disposición final primera modifica la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, para incluir como publicidad ilícita aquella que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución.

La disposición final segunda modifica el artículo 145 bis, del Código Penal eliminando del apartado 1 las letras a) y b) para, en coherencia con las novedades incorporadas por la norma, eliminar la tipificación como delito del hecho de practicar un aborto sin remisión de información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad o sin haber transcurrido el periodo de espera, dado que estos requisitos se eliminan de la norma especial.

La disposición final tercera modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, para reconocer como situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes aquellas bajas laborales en caso de menstruación incapacitante secundaria, así como la situación posterior a la interrupción del embarazo, sea voluntaria o no, y el embarazo desde el día primero de la semana trigésima novena.

La disposición final cuarta modifica el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, para introducir, en coherencia con las modificaciones operadas en el Régimen General de Seguridad Social, las situaciones especiales de incapacidad temporal por menstruaciones incapacitantes secundarias, por interrupción, voluntaria o no, del embarazo, y por embarazo desde el día primero de la semana trigésima novena.

Las disposiciones finales quinta y sexta modifican, respectivamente, el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, y el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, para proceder a idéntico cambio.

Las disposiciones finales séptima a novena modifican respectivamente el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, aprobado por Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo; el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre; y el

Reglamento del Mutualismo Judicial, aprobado por Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio.

Las disposiciones finales décima y undécima modifican, respectivamente, el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural y la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

La disposición final duodécima modifica 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, para eliminar del apartado 5 del artículo 9 el párrafo que obligaba a las menores de edad y mujeres con discapacidad a recabar el consentimiento expreso de sus representantes legales para proceder a la interrupción voluntaria de su embarazo.

Las disposiciones finales decimotercera y decimocuarta 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 Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Finalmente, la disposición final decimoquinta se refiere al rango normativo, la decimosexta al título competencial y la decimoséptima a la entrada en vigor de la norma.

V

Esta norma 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, esta ley orgánica se justifica por una razón de interés general tan poderosa como es la necesidad de garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, haciendo frente a las lagunas que han emergido doce años después de la aprobación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.

La norma es proporcionada en tanto no se limitan derechos de terceras personas, resultando ilustrativo el escrupuloso respeto al derecho constitucional a la objeción de conciencia, sin que ello redunde en una menor protección del derecho de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo.

A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, se 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 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, y se ha posibilitado que las potenciales personas destinatarias tengan una participación activa en la elaboración de la norma, mediante los trámites de consulta pública previa y de audiencia e información pública.

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.

Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se modifica en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el artículo 1, que queda redactado como sigue:

«Artículo 1. Objeto.

Esta ley orgánica tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y de la salud reproductiva, regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y de los derechos sexuales y reproductivos, así como establecer las obligaciones de los poderes públicos para que la población alcance y mantenga el mayor nivel posible de salud y educación en relación con la sexualidad y la reproducción. Asimismo, se dirige a prevenir y a dar respuesta a todas las manifestaciones de la violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo.»

Dos. Se modifica el artículo 2, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 2. Definiciones.**

A los efectos de lo dispuesto en esta ley orgánica, se entenderá por:

1. Salud: El estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

2. Salud sexual: El estado general de bienestar físico, mental y social, que requiere un entorno libre de coerción, discriminación y violencia y no la mera ausencia de enfermedad o dolencia, en todos los aspectos relacionados con la sexualidad de las personas. Es también un enfoque integral para analizar y responder a las necesidades de la población, así como para garantizar el derecho a la salud y los derechos sexuales.

3. Salud reproductiva: El estado general de bienestar físico, mental y social, y no la mera ausencia de enfermedad o dolencia, en todos los aspectos relacionados con la reproducción. Es también un enfoque integral para analizar y responder a las necesidades de la población, así como para garantizar el derecho a la salud y los derechos reproductivos.

4. Salud durante la menstruación: El estado integral de bienestar físico, mental y social, y no meramente la ausencia de enfermedad o dolencia, en relación con el ciclo menstrual. Por gestión menstrual se entenderá la manera en que las mujeres deciden abordar su ciclo

menstrual, pudiendo servirse para tal gestión de diversos productos menstruales, tales como compresas, tampones, copas menstruales y artículos similares.

5. Intervenciones ginecológicas y obstétricas adecuadas: Aquellas que promueven y protegen la salud física y psíquica de las mujeres en el marco de la atención a la salud sexual y reproductiva, en particular, evitando las intervenciones innecesarias.

6. Menstruación incapacitante secundaria: Situación de incapacidad derivada de una dismenorrea generada por una patología previamente diagnosticada.

7. Violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo: Todo acto basado en la discriminación por motivos de género que atente contra la integridad o la libre elección de las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, su libre decisión sobre la maternidad, su espaciamiento y oportunidad.

8. Esterilización forzosa: Forma de violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo que consiste en la práctica de una intervención quirúrgica que tenga por objeto o por resultado poner fin a la capacidad de una mujer de reproducirse de modo natural sin su consentimiento previo e informado o sin su entendimiento del procedimiento.

9. Anticoncepción forzosa: Forma de violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo que consiste en la intervención médica por cualquier vía, también medicamentosa, que tenga análogas consecuencias a la esterilización forzosa.

10. Aborto forzoso: Forma de violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo que consiste en la práctica de un aborto a una mujer sin su consentimiento previo e informado, a excepción de los casos a los que se refiere el artículo 9.2.b) de la Ley 41/2002, de 14 noviembre.»

Tres. Se modifica el artículo 3, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 3. Principios rectores y ámbito de aplicación.**

1. A efectos de esta 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 esta ley orgánica se orientará a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos previstos en los tratados internacionales de derechos humanos.

Dentro de tales derechos, los poderes públicos reconocen especialmente:

1.º Que todas las personas, en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad, la salud y autonomía personal, pueden adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las leyes.

2.º Los derechos reproductivos y el derecho a la maternidad libremente decidida.

3.º El deber del Estado de garantizar que la interrupción voluntaria del embarazo se realiza respetando el bienestar físico y psicológico de las mujeres.

b) Diligencia debida. Es responsabilidad de los poderes públicos a todo nivel actuar con la diligencia debida en la protección de la salud y de los derechos sexuales y

reproductivos, garantizando su reconocimiento y ejercicio efectivo. La obligación de actuar con diligencia debida se extenderá a todas las esferas de la responsabilidad institucional, e incluye el deber de hacer efectiva la responsabilidad de las autoridades y agentes públicos en caso de incumplimiento.

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 esta 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 de género, discapacidad, estado civil, situación administrativa de extranjería, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

e) Atención a la discriminación interseccional y múltiple. En aplicación de esta ley orgánica, la respuesta institucional tendrá en especial consideración a factores superpuestos de discriminación, tales como el origen racial o étnico, la nacionalidad, la discapacidad, la orientación sexual, la identidad de género, la salud, la clase social, la situación administrativa de extranjería u otras circunstancias que implican posiciones 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 personas, de modo que los derechos que recoge se hagan efectivos para las personas con discapacidad, con limitaciones idiomáticas o diferencias culturales, para personas mayores, especialmente mujeres, jóvenes y para niñas y niños.

g) Empoderamiento. Las instituciones públicas implementarán esta ley orgánica con especial atención al fortalecimiento de la capacidad de agencia y la autonomía de las personas en cada fase del ciclo vital, con énfasis en las mujeres y en la población joven. Este enfoque, además, deberá contribuir a disminuir y eliminar las desigualdades estructurales que constriñen la vivencia del deseo y de la sexualidad plena, así como de otros elementos esenciales de la salud, los derechos sexuales y reproductivos.

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 entidades, asociaciones y organizaciones del movimiento feminista y la sociedad civil, con especial atención a la participación de las mujeres desde una óptica interseccional.

i) Cooperación. Todas las políticas que se adopten en ejecución de esta ley orgánica se aplicarán por medio de una cooperación efectiva entre todas las administraciones públicas, instituciones y organizaciones implicadas en garantizar la salud y los derechos sexuales y reproductivos. En el seno de la Conferencia Sectorial de Igualdad, así como en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, podrán adoptarse planes y programas conjuntos de actuación entre todas las administraciones públicas competentes con esta finalidad.

j) Implicación de los hombres. Fomentar la implicación y la responsabilidad de los hombres en la prevención de embarazos no deseados y de infecciones de transmisión

sexual. Las administraciones públicas promoverán, en el marco de sus competencias, la corresponsabilidad en el ámbito de la salud sexual.

2. Los derechos previstos en esta ley orgánica serán de aplicación a todas las personas que se encuentren en España, con independencia de su nacionalidad, de si disfrutan o no de residencia legal o de si son mayores o menores de edad, sin perjuicio de las precisiones establecidas en el artículo 13 bis, y siempre de acuerdo con los términos previstos en la legislación vigente en la materia sanitaria. Todas las referencias de esta ley orgánica a las mujeres relacionadas con los derechos reproductivos serán aplicables a personas trans con capacidad de gestar, lo que incluye lo previsto en relación con la salud durante la menstruación.

3. Las obligaciones establecidas en esta ley orgánica serán de aplicación a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia.»

Cuatro. Se modifica el artículo 4, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 4. Garantía de igualdad en el acceso y equidad territorial.**

El Estado, en el ejercicio de sus competencias de Alta Inspección, velará por el cumplimiento homogéneo de esta ley orgánica en el conjunto del territorio, y, en particular, por el acceso en condiciones de igualdad y con un enfoque de equidad territorial a las prestaciones y servicios establecidos en esta ley orgánica.»

Cinco. Se modifica la rúbrica del título I, con el siguiente tenor literal:

«**TÍTULO I**

Responsabilidad institucional en el ámbito de la salud, los derechos sexuales y reproductivos»

Seis. Se modifica el capítulo I del título I, que queda redactado como sigue:

«**CAPÍTULO I**

Políticas públicas para la promoción de la salud sexual y reproductiva

Artículo 5. Objetivos y garantías generales de actuación de los poderes públicos.

1. Los poderes públicos, en el desarrollo de sus políticas sanitarias, educativas y de formación profesional, y sociales garantizarán:

a) El acceso público, universal y gratuito a los servicios y programas de salud sexual y salud reproductiva.

b) La generación y difusión efectiva de información de calidad sobre salud, derechos sexuales y reproductivos.

c) El tratamiento de la educación afectivo-sexual y la detección y abordaje de conductas de abuso y violencia, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional, en las pertinentes leyes autonómicas y en los currículos de las diferentes etapas educativas y formativas que ambas normas contemplan.

d) El acceso a métodos anticonceptivos seguros y eficaces y a productos de gestión menstrual asequibles.

e) La eliminación de toda forma de discriminación y de las barreras que impidan el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos.

f) La educación sanitaria integral, con perspectiva de género, de derechos humanos e interseccional, sobre salud sexual y salud reproductiva.

g) La información sanitaria sobre anticoncepción y sexo seguro, con especial atención a la prevención de las enfermedades e infecciones de transmisión sexual y de los embarazos no deseados.

h) La prevención, sanción y erradicación de cualquier forma de violencia contra las mujeres en relación con la salud, los derechos sexuales y reproductivos. Todas estas medidas se realizarán también en las lenguas oficiales de las comunidades autónomas.

i) El acceso a la justicia y los mecanismos de reparación de las personas cuyos derechos sexuales y reproductivos hayan sido vulnerados.

j) La generación y difusión efectiva de información de calidad sobre educación en materia menstrual y productos de gestión menstrual.

k) La atención específica a las personas con algún tipo de discapacidad, a quienes se garantizará su derecho a la salud sexual y reproductiva, garantizando y estableciendo para ellas entornos accesibles y los apoyos necesarios en función de su discapacidad.

2. Asimismo, en el desarrollo de sus políticas promoverán:

a) Acciones de desestigmatización y valoración sociosanitaria del personal involucrado en la prestación con garantías de los servicios de interrupción voluntaria del embarazo.

b) La atención con pertinencia cultural a las personas de otros orígenes nacionales, étnicos o raciales, cualquiera que fuere su situación administrativa de extranjería, y atendiendo especialmente a las posibles barreras del idioma, siempre de acuerdo con los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria.

c) La atención pertinente a personas en situación de vulnerabilidad socioeconómica.

d) La atención especializada dirigida a personas en diferentes etapas del ciclo vital, con énfasis especial en la infancia y juventud, así como en la fase de la vida adulta de las mujeres en que tienen lugar el climaterio y la menopausia.

e) Las relaciones de igualdad, el respeto a las opciones sexuales individuales y la corresponsabilidad en las conductas sexuales.

f) La investigación, generación y difusión de conocimiento científico y especializado respecto de la salud, los derechos sexuales y reproductivos con perspectiva de género, interseccional y de derechos humanos.

g) Las relaciones de igualdad y respeto mutuo entre hombres y mujeres en el ámbito de la salud sexual y la adopción de programas educativos especialmente diseñados para la convivencia y el respeto de las opciones sexuales individuales.

h) La corresponsabilidad en las conductas sexuales, cualquiera que sea la orientación sexual.

Artículo 5 bis. La salud sexual como estándar de salud.

Los poderes públicos reconocerán la salud durante la menstruación como parte inherente del derecho a la salud sexual y reproductiva. De la misma forma, combatirán los estereotipos sobre la menstruación que impactan negativamente en el acceso o el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, las adolescentes y las niñas.

El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en colaboración con las sociedades científicas, aprobará los estándares mínimos de atención sanitaria a la salud durante la menstruación en las mujeres dentro del marco de atención a la salud sexual y reproductiva, con la perspectiva de derechos sexuales y reproductivos y garantizando la equidad en todos los niveles, promoviendo la investigación y la eliminación de la discriminación basada en estereotipos sobre la menstruación.

Artículo 5 ter. Medidas en el ámbito laboral y de la Seguridad Social sobre la salud durante la menstruación.

A fin de conciliar el derecho a la salud con el empleo, se reconoce a las mujeres con menstruaciones incapacitantes secundarias el derecho a una situación especial de incapacidad temporal en los términos establecidos por el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Artículo 5 quater. Medidas de distribución de productos de gestión menstrual.

1. Los centros educativos garantizarán el acceso gratuito a productos de gestión menstrual en las situaciones en que resulte necesario y a través de los cauces que establezcan para ello.

2. Se garantizará, asimismo, el acceso gratuito de dichos productos a mujeres en riesgo de exclusión, en los centros que ofrecen servicios sociales, así como en los centros y otros lugares donde permanezcan personas privadas de libertad.

3. La entrega de productos de gestión menstrual respetará las elecciones de las personas usuarias. Los productos se encontrarán disponibles sin necesidad de mediación alguna, garantizando la protección de la identidad y la confidencialidad.

4. Los organismos públicos previstos en este artículo optarán de forma preferente y progresiva por los productos de gestión menstrual sostenibles, orgánicos, ecológicos, de rápida descomposición, reutilizables y libres de químicos, con el fin de causar el menor impacto posible al medio ambiente y en la salud de las mujeres y otras personas destinatarias.

5. Las anteriores medidas se adoptarán de forma progresiva en las dependencias de organismos públicos previstos en este artículo.

6. Se prohíbe la venta de los productos menstruales que sean entregados por las administraciones públicas en las entidades mencionadas y se promoverá su uso racional.

Artículo 5 quinquies. Medidas en el ámbito de la comercialización de los productos de gestión menstrual.

Todos los productos de gestión menstrual que se comercialicen en el territorio del Estado deberán ser libres de agentes nocivos para la salud. Los fabricantes estarán obligados a hacer pública la información sobre su composición y posibles efectos en la salud humana, así como sobre su impacto ambiental.

Artículo 5 sexies. 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, con objeto de la realización de las garantías y el cumplimiento de los objetivos enunciados en los artículos anteriores.

2. A tal fin, y en coherencia con lo establecido en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, dispondrán servicios especializados, incluidos en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, dotados de equipos interdisciplinares que tendrán como objetivos principales la promoción de la salud sexual y la salud reproductiva en todas las fases del ciclo vital, que se constituyen como lugar de referencia para la coordinación con otros órganos institucionales de nivel local y autonómico.

3. Además de los servicios especializados dirigidos al conjunto de la población, las administraciones públicas establecerán servicios adaptados y adecuados a las necesidades y demandas de la población joven, que promuevan su participación para el desarrollo y abordaje integral de la sexualidad. También se atenderá de forma especial a la salud afectivo-sexual de las mujeres mayores teniendo en cuenta sus especificidades.

4. Estos servicios especializados estarán adaptados a las necesidades de las mujeres con discapacidad.

5. Estos servicios especializados estarán adaptados a las lenguas oficiales de las comunidades autónomas.

Artículo 6. Apoyo a las entidades sin ánimo de lucro y sociedad civil.

Las administraciones públicas promoverán y fortalecerán la participación de las entidades sin ánimo de lucro, asociaciones, organizaciones sociales y organizaciones sindicales y empresariales más representativas, atendiendo a las diferentes realidades territoriales del Estado que, desde el movimiento feminista y la sociedad civil, actúan en el ámbito de la salud y los derechos sexuales y reproductivos, con especial atención a aquellas cuyas actuaciones tienen lugar en los ámbitos específicos regulados por esta ley orgánica. Quedarán excluidas de este artículo aquellas organizaciones contrarias al derecho recogido en la presente ley orgánica de interrupción voluntaria del embarazo.»

Siete. Se modifica el capítulo II del título I, que queda redactado como sigue:

«CAPÍTULO II

Medidas en el ámbito de la salud sexual y reproductiva

Artículo 7. Atención a la salud sexual.

Los servicios públicos garantizarán:

a) El derecho a la libertad, la autonomía personal y el reconocimiento de las distintas opciones y orientaciones sexuales.

b) El enfoque antidiscriminatorio e interseccional en todas sus prácticas, a fin de valorar y abordar de forma integral las circunstancias relativas a la edad, sexo, identidad de

género, origen nacional, lengua, étnico o racial, situación administrativa de extranjería, discapacidad y situación económica de las personas.

c) La calidad de los servicios de atención a la salud integral y, en especial, de la promoción e implementación de estándares de atención basados en el mejor y más actualizado conocimiento científico disponible respecto de la salud sexual en todas las fases del ciclo vital y sobre los derechos sexuales.

d) La información y el acceso a anticonceptivos de última generación, regulares y de urgencia, definitivos y reversibles, cuya eficacia sea avalada por la evidencia científica.

e) El fortalecimiento de la prevención y el tratamiento de las infecciones y enfermedades de transmisión sexual, con especial atención al virus de la inmunodeficiencia humana (en adelante, VIH) y virus del papiloma humano (en adelante, VPH), y énfasis en la población joven.

f) La implementación y fortalecimiento de servicios públicos de proximidad y en todos los niveles de la atención sanitaria, especializados en salud sexual y conformados por equipos multidisciplinares.

Artículo 7 bis. Atención a la salud reproductiva.

Los servicios públicos de salud garantizarán:

a) La calidad de los servicios de atención a la salud integral y en especial de la promoción e implementación de estándares de atención basados en el mejor y más actualizado conocimiento científico disponible respecto de la salud reproductiva.

b) El enfoque antidiscriminatorio e interseccional en todas sus prácticas, a fin de valorar y abordar de forma integral las diferentes circunstancias relativas a la edad, sexo, identidad de género, origen nacional, étnico o racial, situación administrativa de extranjería, discapacidad y situación económica de la población y, especialmente, de las mujeres.

c) La provisión de servicios de la más alta calidad posible durante el embarazo, la interrupción del embarazo, el parto y el puerperio.

d) La garantía de información accesible sobre los derechos reproductivos, las prestaciones públicas, la cobertura sanitaria durante el embarazo, parto y puerperio, así como sobre los derechos laborales y otro tipo de prestaciones y servicios públicos vinculados a la maternidad y el cuidado de hijos e hijas.

e) La regulación de una situación especial de incapacidad temporal para la mujer que interrumpa, voluntariamente o no, su embarazo, en los términos establecidos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

f) La regulación de una situación especial de incapacidad temporal para la mujer embarazada desde el día primero de la semana trigésima novena de gestación.

g) La provisión de asistencia, apoyo emocional y acompañamiento de la salud mental a las mujeres que lo requieran durante el postparto o en el caso de muerte perinatal.

h) La atención perinatal y neonatal con una perspectiva integral de desarrollo saludable.

i) La atención integral durante todo el procedimiento de interrupción del embarazo, ofreciendo recursos de acompañamiento y atención especializada, en particular de acompañamiento psicológico específico.

j) El incremento de la calidad de los servicios relacionados con la prevención, detección y tratamiento de cánceres relacionados con la sexualidad y la reproducción, y especialmente de los denominados cánceres ginecológicos y de mama.

k) La provisión especializada de atención psicológica o sexológica con perspectiva de género.

Artículo 7 ter. Garantía de acceso a la anticoncepción.

Las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, garantizarán:

a) El acceso público y universal a prácticas clínicas efectivas de planificación de la reproducción, mediante el uso de métodos anticonceptivos, regulares y de urgencia, definitivos y reversibles, con especial atención a aquellos que presenten beneficio clínico incremental frente a las alternativas disponibles, que demuestren seguridad, y anticonceptivos masculinos, siempre que su eficacia y seguridad sea avalada por la evidencia científica rigurosa y de calidad.

b) La distribución gratuita de métodos anticonceptivos de barrera en los servicios a que se refiere el artículo 5 sexies, en los centros que ofrecen servicios sociales, en los centros residenciales dependientes de la red de servicios sociales y en los lugares donde permanezcan personas privadas de libertad.

c) Además, podrán distribuirse métodos de barrera durante las campañas de educación sexual que en ejercicio de su autonomía se realicen en los centros de educación secundaria.

Artículo 7 quater. Corresponsabilidad.

Los poderes públicos, especialmente desde el ámbito de la educación y la salud, fomentarán la corresponsabilidad en la anticoncepción. A tal fin, se desarrollarán políticas públicas destinadas a:

a) La eliminación de los estereotipos y roles sociales que refuerzan la discriminación de las mujeres en el ámbito de la anticoncepción.

b) La investigación, financiación y comercialización de anticonceptivos masculinos que sean seguros y eficaces, y que contribuyan a distribuir de forma equitativa entre hombres y mujeres las responsabilidades de la anticoncepción.

c) La consideración de la anticoncepción como un asunto de salud pública y no como una responsabilidad exclusiva de las mujeres.

Artículo 7 quinquies. Anticoncepción de urgencia.

A efectos de lo dispuesto en el artículo 111.2.c).12.ª del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, se considerarán adecuadas las existencias de los métodos anticonceptivos de urgencia que garanticen la normal prestación del servicio en función de la demanda de cada oficina de farmacia.

Artículo 8. Formación de profesionales de la salud.

1. La formación de profesionales de la salud se abordará con perspectiva igualitaria entre mujeres y hombres, integral de derechos humanos e interseccional e incluirá:

a) La incorporación de los derechos sexuales y reproductivos en los programas curriculares de las carreras con competencias en dichos ámbitos.

b) La incorporación de la salud sexual y reproductiva en los programas curriculares de las carreras relacionadas con la medicina y las ciencias de la salud, incluyendo la investigación y formación, con los conocimientos más avanzados, en la práctica clínica de la interrupción voluntaria del embarazo.

c) La salud sexual y reproductiva en los programas de formación continuada a lo largo del desempeño de la carrera profesional en las áreas de la salud.

d) La realidad y las necesidades de los grupos o sectores sociales más vulnerables, como el de las personas con discapacidad.»

Ocho. Se modifica el capítulo III del título I, que queda redactado como sigue:

«CAPÍTULO III

Medidas en el ámbito de la educación y la sensibilización relativas a los derechos sexuales y reproductivos

Artículo 9. Formación sobre salud sexual y reproductiva en el sistema educativo.

1. Las administraciones educativas, en el ámbito de sus competencias contemplarán la formación en salud sexual y reproductiva, como parte del desarrollo integral de la personalidad, de la formación en valores, con base en la dignidad de la persona, y con un enfoque interseccional, que contribuya a:

a) La promoción de una visión de la sexualidad en términos de igualdad y corresponsabilidad, y diversidad, desde la óptica del placer, el deseo, la libertad y el respeto, con especial atención a la prevención de la violencia de género y la violencia sexual.

b) El reconocimiento de la diversidad sexual.

c) El desarrollo armónico de la sexualidad en cada etapa del ciclo vital, con especial atención a la adolescencia y juventud.

d) La prevención de enfermedades e infecciones de transmisión sexual, especialmente del VIH y del VPH, visibilizando la realidad de las personas VIH+/SIDA, desde el surgimiento del VIH hasta la actualidad, haciendo hincapié en sus necesidades y propuestas para superar la discriminación y olvido en el que viven.

e) La prevención de embarazos no deseados.

2. La educación afectivo-sexual, en todas sus dimensiones, forma parte del currículo durante toda la educación obligatoria, y será impartida por personal que habrá recibido la formación adecuada para ello, en consonancia con la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 mayo, de Educación.

Artículo 10. Apoyo a la comunidad educativa.

Las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, apoyarán a la comunidad educativa en la realización de actividades formativas complementarias relacionadas con la educación sexual, la prevención de infecciones de transmisión sexual

y embarazos no deseados, facilitando información adecuada al profesorado, madres, padres y tutores de personas menores o personas con discapacidad.

Artículo 10 bis. Educación para la prevención de las violencias sexuales.

Las administraciones educativas, en el ámbito de sus competencias incluirán, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, y en las disposiciones que la desarrollan y establecen los currículos de las diferentes etapas educativas, la educación afectivo-sexual, la igualdad entre mujeres y hombres y la educación en derechos humanos, como medidas dirigidas a la garantía de la libertad sexual y a la prevención de las violencias sexuales, incluida la que puede producirse en el ámbito digital. Estas medidas serán incluidas, asimismo, con el alcance que corresponda, en las ofertas formativas de Formación Profesional previstas en la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo.

Artículo 10 ter. Medidas en el ámbito de la educación menstrual.

Las administraciones educativas, en el ámbito de sus competencias, garantizarán, en el marco de la educación afectivo-sexual, que el sistema educativo establece en los currículos de las diferentes etapas educativas, el abordaje integral de la salud durante la menstruación con perspectiva de género, interseccional y de derechos humanos en el ámbito de la educación, tanto formal como no formal, con especial atención a la eliminación de los mitos, prejuicios y estereotipos de género que generan el estigma menstrual.

Artículo 10 quater. Medidas en el ámbito de la educación no formal.

Las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, impulsarán, en el ámbito de la educación no formal, programas públicos de educación sexual y reproductiva dirigidos a personas adultas y adecuados a sus condiciones, necesidades e intereses diversos, con especial énfasis en las franjas etarias en las que se producen los procesos de climaterio y menopausia.

Artículo 10 quinquies. Campañas institucionales de prevención e información.

1. Con el fin de promover los derechos sexuales y reproductivos, las administraciones públicas, en el marco de sus respectivas competencias, impulsarán campañas de concienciación dirigidas a toda la población, que promuevan los derechos previstos en esta ley orgánica, lo que incluye la corresponsabilidad en el ámbito de la anticoncepción, la eliminación de los estereotipos de género en el ámbito de las relaciones sexuales, la promoción de los derechos reproductivos con especial énfasis en la interrupción voluntaria del embarazo, el embarazo, parto y puerperio y la promoción de la salud durante la menstruación en las diferentes etapas de la vida y de la salud durante la menopausia y después de esta.

Asimismo, se realizarán campañas de prevención de conductas como la transmisión negligente o intencionada de infecciones de transmisión sexual o la retirada del preservativo sin consentimiento. También se impulsarán campañas que desmitifiquen todas las formas de violencia en el ámbito reproductivo contenidas en la presente ley, como la gestación por sustitución.

Las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, promoverán la difusión en medios de comunicación social, publicidad, internet, redes sociales y empresas de la

tecnología de la información y comunicación de contenidos que promuevan la concienciación, conocimiento y diagnóstico precoz de las enfermedades de la salud sexual y reproductiva.

2. Las administraciones públicas impulsarán campañas periódicas de información y prevención de las infecciones de transmisión sexual.

3. Las campañas se realizarán de manera que sean accesibles, tomando en consideración circunstancias, tales como la edad, la discapacidad, o el idioma. Para ello, tendrán especial divulgación en los medios de comunicación de titularidad pública y en los centros educativos y de formación, sociales, sanitarios, culturales y deportivos.

Artículo 10 sexies. Formación en los ámbitos de las ciencias jurídicas, las ciencias de la educación y las ciencias sociales.

Las administraciones educativas, en el ámbito de sus competencias, promoverán la incorporación de contenidos de calidad, adaptados y suficientes sobre salud, derechos sexuales y reproductivos en las titulaciones relacionadas con las ciencias jurídicas, las ciencias de la educación y las ciencias sociales. Asimismo, dichos contenidos se incorporarán a los temarios de oposiciones vinculados al acceso a los cuerpos y escalas de las administraciones públicas relacionadas con los ámbitos de las ciencias de la educación, las ciencias jurídicas y las ciencias sociales.»

Nueve. Se modifica el capítulo IV del título I, que queda redactado como sigue:

«CAPÍTULO IV

Medidas para la aplicación efectiva de la ley

Artículo 11. Elaboración de la Estrategia Estatal de Salud Sexual y Reproductiva.

1. Para el cumplimiento de los objetivos previstos en esta ley orgánica, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud aprobará la Estrategia Estatal de Salud Sexual y Reproductiva, que contará con la colaboración de las sociedades científicas y profesionales y las organizaciones sociales, así como con el informe favorable de la Conferencia Sectorial de Igualdad.

Corresponde al Ministerio de Sanidad su planificación, coordinación, desarrollo y evaluación, garantizándose la participación de los departamentos ministeriales cuyas actuaciones incidan especialmente en materia de salud sexual y reproductiva, y en particular del Ministerio de Igualdad; de las comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía; así como de las organizaciones representativas de los intereses sociales afectados.

2. La Estrategia se elaborará con criterios de calidad y equidad en el Sistema Nacional de Salud, con énfasis en la salud sexual y la salud reproductiva, y estará integrada por medidas en el ámbito de la educación, la formación y la investigación, la interrupción voluntaria del embarazo y las violencias contra las mujeres en estos ámbitos.

3. En el marco de la Estrategia se desarrollará un plan operativo que aborde de manera específica el diagnóstico precoz, el diagnóstico y el tratamiento y abordaje integral, con perspectiva de género, de las patologías relacionadas con la salud sexual y reproductiva de las mujeres.

4. La Estrategia establecerá mecanismos de evaluación internos y externos de la consecución de sus objetivos. La evaluación interna será bienal y realizada por una Comisión destinada expresamente a estas tareas de evaluación, formada por representantes del Comité Técnico y del Comité Institucional de la Estrategia Estatal de Salud Sexual y Reproductiva.

La evaluación externa, que también será bienal, se realizará a cargo de una Comisión diferente a los Comités Técnico e Institucional de la Estrategia o sus representantes designados para la evaluación interna, debiendo garantizar, en cualquier caso, la inclusión de la perspectiva de género en su metodología evaluativa.

Tanto en la Comisión de evaluación externa, como en ambos Comités de la Estrategia, se garantizará la representación de la institución responsable de la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de igualdad.

5. En el marco de la Estrategia, se desarrollará un plan operativo sobre la atención sanitaria al parto normal que aborde de manera específica el impulso de los objetivos, recomendaciones y estándares propuestos contenidos en dicha Estrategia.

Artículo 11 bis. Investigación, recopilación y producción de datos.

1. La investigación en materia de salud, derechos sexuales y reproductivos se garantizará a través de políticas públicas con enfoque de género e interseccional que permitan obtener la mejor, más amplia y actualizada información científica respecto de la salud sexual, la salud reproductiva, la salud durante la menstruación y la salud durante la menopausia y el climaterio en cada etapa correspondiente del ciclo vital.

2. Las administraciones públicas llevarán a cabo y apoyarán la realización de estudios, encuestas y trabajos de investigación sobre las temáticas reguladas por esta ley orgánica, así como aquellos otros que, integrando la perspectiva de género e interseccional, las tengan en cuenta, a fin de obtener y producir el mejor y más actualizado conocimiento que sea posible en el ámbito de la salud, los derechos sexuales y reproductivos. Se promoverá la recogida de datos y la elaboración de estudios sobre las infecciones de transmisión sexual, con la finalidad de analizar su prevalencia y guiar las medidas para su prevención y tratamiento. Asimismo, se promoverán los estudios sobre la crisis de reproducción y sus impactos sociales.

3. Se promoverá y garantizará la investigación que permita obtener la mejor, más amplia y actualizada información acerca de la menstruación y la salud durante la menstruación en las diferentes fases del ciclo vital de las mujeres, con un enfoque relativo a la prevención, diagnóstico y tratamiento de patologías que afectan al ciclo menstrual y los efectos que sobre este producen los distintos fármacos.

4. En la elaboración de las políticas públicas y en la realización de estudios, encuestas y trabajos de investigación se dará cumplimiento a la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal.

5. Los objetivos de la investigación serán buscar soluciones a problemas específicos, explicar fenómenos y realidades, elaborar recomendaciones y propuestas de acción, desarrollar teorías, ampliar conocimientos, establecer principios y reformular planteamientos en relación con la promoción, protección y respeto de los derechos consagrados en esta ley orgánica.

Artículo 11 ter (suprimido).»

Diez. Se modifica el artículo 13, con el siguiente tenor literal:

«**Artículo 13. Requisitos comunes.**

Son requisitos necesarios de la interrupción voluntaria del embarazo:

a) Que se practique por un médico especialista, preferiblemente en obstetricia y ginecología o bajo su dirección.

b) Que se lleve a cabo en centro sanitario público o en un centro privado acreditado.

c) Que se realice con el consentimiento expreso informado y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en 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.

Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el artículo 9.2.b) de la referida ley. En el supuesto de mujeres con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se atenderá a lo dispuesto en el artículo 9.7 de la misma ley.»

Once. Se añade un nuevo artículo 13 bis, con el siguiente tenor literal:

«**Artículo 13 bis. Edad.**

1. Las mujeres podrán interrumpir voluntariamente su embarazo a partir de los 16 años, sin necesidad del consentimiento de sus representantes legales.

2. En el caso de las menores de 16 años, será de aplicación el régimen previsto en el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

En el supuesto de las menores de 16 años embarazadas en situación de desamparo que, en aplicación del artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, requieran consentimiento por representación, éste podrá darse por parte de la Entidad Pública que haya asumido la tutela en virtud del artículo 172.1 del Código Civil.

En el supuesto de las menores de 16 años embarazadas en situación de desamparo cuya tutela no haya sido aún asumida por la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, que, en aplicación del artículo el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, requirieran consentimiento por representación, será de aplicación lo previsto en el artículo 172.4 del Código Civil, pudiendo la Entidad Pública que asuma la guarda provisional dar el consentimiento por representación para la interrupción voluntaria del embarazo, a fin de salvaguardar el derecho de la menor a la misma.

En caso de discrepancia entre la menor y los llamados a prestar el consentimiento por representación, los conflictos se resolverán conforme a lo dispuesto en la legislación civil por la autoridad judicial, debiendo nombrar a la menor un defensor judicial en el seno del procedimiento y con intervención del Ministerio Fiscal. El procedimiento tendrá carácter urgente en atención a lo dispuesto en el artículo 19.6 de esta ley orgánica.»

Doce. Se modifica el artículo 14, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 14. Interrupción del embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación.**

Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la mujer embarazada.»

Trece. Se modifica el artículo 16, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 16. Comité clínico.**

1. El Comité clínico al que se refiere el artículo anterior estará formado por un equipo pluridisciplinar integrado por dos integrantes del personal médico especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra. La mujer podrá elegir uno de estos especialistas. Ninguno de los miembros del Comité podrá formar parte del Registro de objetores de la interrupción voluntaria del embarazo ni haber formado parte en los últimos tres años.

2. Confirmado el diagnóstico por el Comité, la mujer decidirá sobre la intervención.

3. En cada Comunidad Autónoma habrá, al menos, un Comité clínico en un centro de la red sanitaria pública. Los miembros, titulares y suplentes, designados por las autoridades sanitarias competentes, lo serán por un plazo no inferior a un año. La designación deberá hacerse pública en los diarios oficiales de las respectivas comunidades autónomas.

4. Las especificidades del funcionamiento del Comité clínico se determinarán reglamentariamente.»

Catorce. Se modifica el artículo 17, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 17. Información vinculada a la interrupción voluntaria del embarazo.**

1. Todas las mujeres que manifiesten su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo recibirán información del personal sanitario sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, quirúrgico y farmacológico, las condiciones para la interrupción previstas en esta ley orgánica, los centros públicos y acreditados a los que se podrán dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente.

En el caso de procederse a la interrupción voluntaria del embarazo después de las catorce semanas de gestación por causas médicas, deberá facilitarse toda la información sobre los distintos procedimientos posibles para permitir que la mujer escoja la opción más adecuada para su caso.

2. En los casos en que las mujeres así lo requieran, y nunca como requisito para acceder a la prestación del servicio, podrán recibir información sobre una o varias de las siguientes cuestiones:

a) Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro.

b) Datos sobre los centros que ofrecen asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo.

c) Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto.

d) Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento.

La elaboración, contenidos y formato de esta información será determinada reglamentariamente por el Gobierno, prestando especial atención a las necesidades surgidas de las situaciones de extranjería.

3. En el supuesto de interrupción del embarazo previsto en el artículo 15.b), la mujer que así lo requiera expresamente, si bien nunca como requisito para acceder a la prestación del servicio, podrá recibir información sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes relativas al apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas.

4. En todos los supuestos, y con carácter previo a la prestación del consentimiento, se habrá de informar a la mujer embarazada en los términos de los artículos 4 y 10 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 y específicamente sobre la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

5. La información prevista en este artículo será clara, objetiva y comprensible. En el caso de las personas con discapacidad, se proporcionará en formatos y medios accesibles, adecuados a sus necesidades y las mujeres extranjeras que no hablen castellano serán asistidas por intérprete. En aquellas comunidades autónomas en las que haya lenguas oficiales, esta atención será dispensada en cualquiera de ellas, si así lo solicitare la mujer.

Se hará saber a la mujer embarazada que dicha información podrá ser ofrecida, además, verbalmente, siempre que así se solicite. Cuando la información sea ofrecida de forma verbal, se circunscribirá siempre a los contenidos desarrollados reglamentariamente por el Gobierno.»

Quince. Se modifica el artículo 18, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 18. Garantía del acceso a la prestación.**

Las usuarias del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de igualdad efectiva. Las administraciones sanitarias que no puedan ofrecer dicho procedimiento en su ámbito geográfico remitirán a las usuarias al centro o servicio autorizado para este procedimiento, en las mejores condiciones de proximidad de su domicilio, garantizando la accesibilidad y calidad de la intervención y la seguridad de las usuarias.»

Dieciséis. Se añade un artículo 18 bis, con el siguiente tenor literal:

«**Artículo 18 bis. Medidas para garantizar la información sobre la prestación.**

Los poderes públicos ofrecerán información pública sobre el proceso, normativa y condiciones para interrumpir voluntariamente un embarazo, garantizando:

a) La accesibilidad a un itinerario sencillo y comprensible que tenga en cuenta las diferentes edades, condiciones socioeconómicas, de idioma y de discapacidad de las usuarias.

b) El posicionamiento en internet de la información sobre centros públicos que prestan el servicio de interrupción voluntaria del embarazo, con particular atención a la función del Registro General de centros, servicios y establecimientos sanitarios (REGCESS).

c) La creación de una línea telefónica especializada en información sobre salud y derechos sexuales y reproductivos, que preste información sobre el derecho a la interrupción del embarazo y el itinerario de la prestación en los servicios públicos.»

Diecisiete. Se modifica el artículo 19, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 19. Medidas para garantizar la prestación sanitaria pública.**

1. Con el fin de asegurar la igualdad y calidad asistencial de la prestación de interrupción voluntaria del embarazo, las administraciones sanitarias competentes garantizarán los contenidos básicos de esta prestación que el Gobierno determine, oído el Consejo Interterritorial de Salud. Se garantizará a todas las mujeres igual acceso a la prestación con independencia del lugar donde residan.

2. La prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo se realizará en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma, según lo establecido en el artículo 18. Los centros sanitarios en los que se lleve a cabo esta prestación proporcionarán el método quirúrgico y farmacológico, de acuerdo a los requisitos sanitarios de cada uno de los métodos.

3. Los poderes públicos garantizarán, de acuerdo con un reparto geográfico adecuado, accesible y en número suficiente, lo previsto en el artículo 18, en consonancia con lo previsto en el artículo 19 bis.

4. La usuaria del Sistema Nacional de Salud podrá recurrir en vía jurisdiccional, mediante el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona regulado en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en el caso de que el Comité clínico no confirmase el diagnóstico a que alude la letra c) del artículo 15 y la usuaria considerase que concurren los motivos expresados en el referido apartado.

5. Si, excepcionalmente, la administración pública sanitaria no pudiera facilitar en tiempo la prestación, las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación. En este supuesto, las autoridades competentes de las comunidades autónomas o del Estado asumirán también los gastos devengados por la mujer, hasta el límite que éstas determinen.

6. Por su especial sujeción a plazos, la interrupción voluntaria del embarazo será considerada siempre un procedimiento sanitario de urgencia.»

Dieciocho. Se añade un nuevo artículo 19 bis, con el siguiente tenor literal:

«**Artículo 19 bis. Objeción de conciencia.**

1. Las personas profesionales sanitarias directamente implicadas en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo podrán ejercer la objeción de conciencia, sin que el ejercicio de este derecho individual pueda menoscabar el derecho humano a la vida, la salud y la libertad de las mujeres que decidan interrumpir su embarazo.

El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse con antelación y por escrito.

La persona objetora podrá revocar la declaración de objeción en todo momento por los mismos medios por los que la otorgó.

2. El acceso o la calidad asistencial de la prestación no se verán afectados por el ejercicio individual del derecho a la objeción de conciencia. A estos efectos, los servicios públicos se organizarán siempre de forma que se garantice el personal sanitario necesario para el acceso efectivo y oportuno a la interrupción voluntaria del embarazo. Asimismo, todo el personal sanitario dispensará siempre tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una interrupción del embarazo.»

Diecinueve. Se añade un nuevo artículo 19 ter, con el siguiente tenor literal:

«**Artículo 19 ter. Registros de personas objetoras de conciencia.**

1. A efectos organizativos y para una adecuada gestión de la prestación se creará en cada comunidad autónoma y en el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) un registro de personas profesionales sanitarias que decidan objetar por motivos de conciencia respecto de la intervención directa en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

2. Quienes se declaren personas objetoras de conciencia lo serán a los efectos de la práctica directa de la prestación de interrupción voluntaria del embarazo tanto en el ámbito de la sanidad pública como de la privada.

3. En el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, se acordará un protocolo específico que incluya las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de los objetivos perseguidos con la creación de este Registro, junto a la salvaguarda de la protección de datos de carácter personal, conforme a lo previsto en la disposición adicional cuarta.

4. Se adoptarán las medidas organizativas necesarias para garantizar la no discriminación tanto de las personas profesionales sanitarias no objetoras, evitando que se vean relegadas en exclusiva a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, como de las personas objetoras para evitar que sufran cualquier discriminación derivada de la objeción.»

Veinte. Se modifica el artículo 20, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 20. Protección del derecho a la intimidad, a la confidencialidad y a la protección de datos.**

1. Los centros públicos y privados que presten cualquier tipo de asistencia sanitaria en relación con la salud sexual y reproductiva, y, en particular, la interrupción voluntaria del embarazo, garantizarán el derecho a la intimidad y a la confidencialidad de las pacientes en el tratamiento de sus datos de carácter personal.

2. De manera general, el tratamiento de datos de carácter personal y sanitario, así como el ejercicio de los derechos de la paciente, se ajustarán a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016; a la Ley

Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

3. Los centros prestadores del servicio deberán contar con sistemas de custodia activa y diligente de las historias clínicas de las pacientes e implantar en el tratamiento de los datos las medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo conforme a la normativa vigente de protección de datos de carácter personal.»

Veintiuno. Se modifica el artículo 23, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 23. Supresión de datos.**

1. Los centros que hayan procedido a una interrupción voluntaria de embarazo deberán suprimir de oficio la totalidad de los datos de la paciente que consten en sus registros administrativos una vez transcurridos cinco años desde la fecha de alta de la intervención. No obstante, la documentación clínica podrá conservarse cuando existan razones epidemiológicas, de investigación o de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud, en cuyo caso se procederá a la supresión de todos los datos identificativos de la paciente y del código que se le hubiera asignado como consecuencia de lo dispuesto en los artículos anteriores.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio del ejercicio por la paciente de su derecho de supresión, en los términos previstos en el Reglamento General de Protección de Datos y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.»

Veintidós. Se añade un nuevo título III, con el siguiente tenor literal:

«TÍTULO III

Protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos

CAPÍTULO I

Alcance de la responsabilidad institucional

Artículo 24. Responsabilidad institucional.

1. Las administraciones públicas se abstendrán de realizar cualquier acto que vulnere los derechos sexuales y reproductivos establecidos en esta ley orgánica y se asegurarán de que autoridades, personal funcionario, agentes e instituciones estatales y autonómicas, así como los demás actores que actúen en nombre de las anteriores se comporten de acuerdo con esta obligación.

2. Las administraciones públicas competentes garantizarán el libre ejercicio del derecho a la interrupción del embarazo en los términos de esta ley orgánica y, especialmente, velarán por evitar que la solicitante sea destinataria de prácticas que pretendan alterar, ya sea para afianzar, revocar o para demorar, la formación de su voluntad sobre la interrupción o no de su embarazo, la comunicación de su decisión y la puesta en práctica de la misma, con la excepción de la información clínica imprescindible y pertinente. Las intervenciones diagnósticas y terapéuticas asociadas con la decisión y la práctica de la interrupción del embarazo deberán basarse, en todo caso, en la evidencia científica.

3. Las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, tomarán las medidas integrales y eficaces para prevenir, proteger, investigar, sancionar, erradicar y reparar las vulneraciones de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

Artículo 25. Sensibilización e información.

1. Las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, promoverán la adopción de campañas y acciones informativas, accesibles a todas las mujeres tomando en cuenta su situación, que incluyan información sobre sus derechos, y los recursos disponibles en caso de ver vulnerados sus derechos sexuales y reproductivos.

2. Las campañas se realizarán de manera que sean accesibles al conjunto de la población, tomando en consideración circunstancias tales como la edad, la discapacidad, el idioma, la ruralidad o la eventual residencia en el extranjero de nacionales españolas.

3. Sin perjuicio de lo previsto en otras normas, las administraciones públicas competentes, en todos los centros sanitarios, incluidos los servicios previstos en el artículo 5 sexies, pondrán en marcha medidas de información y asistencia a quienes vean vulnerados sus derechos sexuales y reproductivos, lo que comprenderá la orientación para el resarcimiento integral de los daños y perjuicios. Las mujeres atendidas deberán ser informadas de la existencia de estos servicios de asistencia.

Artículo 26. Apoyo a entidades sociales especializadas.

Las administraciones públicas apoyarán el trabajo de las instituciones sin ánimo de lucro con programas de promoción y difusión de buenas prácticas en el ámbito de la salud ginecológica y obstétrica, así como aquellas que proporcionan acompañamiento y asistencia integral ante vulneraciones de derechos en el ámbito de la salud sexual y reproductiva. Quedarán excluidas de este artículo aquellas organizaciones contrarias al derecho recogido en la presente ley de interrupción voluntaria del embarazo.

CAPÍTULO II

Protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito ginecológico y obstétrico

Artículo 27. Principios.

Las administraciones públicas competentes promoverán la prestación de servicios de ginecología y obstetricia que respete y garantice los derechos sexuales y reproductivos, tanto en el ámbito de la sanidad pública como en la privada. A tal fin, los servicios públicos destinarán esfuerzos especiales a:

a) Requerir de forma preceptiva el consentimiento libre, previo e informado de las mujeres en todos los tratamientos invasivos durante la atención del parto, respetando la autonomía de la mujer y su capacidad para tomar decisiones informadas sobre su salud reproductiva, en los términos establecidos en el artículo 8 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.

b) Disminuir el intervencionismo, evitando prácticas innecesarias e inadecuadas que no estén avaladas por la evidencia científica y reforzar las prácticas relativas al parto respetado y al consentimiento informado de la paciente incluyendo a tal fin todas las medidas necesarias para incrementar el número de personal especializado.

c) Proporcionar un trato respetuoso, y una información clara y suficiente, lo que incluye el respeto a la decisión sobre la forma de alimentación elegida por las madres para sus recién nacidos.

d) Garantizar la no separación innecesaria de los recién nacidos de sus madres, y otras personas con vínculo directo con estas.

Artículo 28. Investigación y recogida de datos.

1. Las administraciones sanitarias, en el ámbito de sus competencias, promoverán la realización de estudios sobre prácticas en el ámbito ginecológico y obstétrico contrarias a los principios establecidos en el artículo anterior y en las recomendaciones nacionales e internacionales sobre el parto respetado, que permitan evaluar y orientar las políticas públicas para su prevención y erradicación.

2. A los efectos de lo establecido en el apartado anterior, y para analizar la evolución de las citadas políticas públicas y promover buenas prácticas, las administraciones públicas competentes realizarán una recogida de datos periódica, a partir de la información proporcionada por los centros sanitarios.

Artículo 29. Prevención y formación.

Las administraciones sanitarias, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, seguirán promoviendo la adecuada formación del personal de los servicios de ginecología y obstetricia, incluido el de enfermería y matronería, para el respeto y la garantía de los derechos de las mujeres, adecuando su práctica profesional a lo dispuesto en el artículo 30.

Artículo 30. Políticas públicas y protocolos.

1. En la Estrategia de Salud Sexual y Reproductiva se contemplará un apartado de prevención, detección e intervención integral para la garantía de los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito ginecológico y obstétrico.

2. El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con implicación del Observatorio de Salud de las Mujeres, aprobará un protocolo común de actuaciones para la garantía de los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito ginecológico y obstétrico, que contemplará las medidas necesarias para que el sector sanitario contribuya a garantizar los derechos sexuales y reproductivos en este ámbito.

3. Tomando como marco el protocolo común, las comunidades autónomas promoverán que los centros sanitarios adopten protocolos específicos para la prevención de praxis profesionales contrarias a lo establecido en este Capítulo, asesoren a las mujeres sobre sus derechos y habiliten cauces para las reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido afectadas por estas conductas.

CAPÍTULO III

Medidas de prevención y respuesta frente a formas de violencia contra las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva

Artículo 31. Actuación frente al aborto forzoso y la esterilización y anticoncepción forzosas.

1. Los poderes públicos velarán por evitar las actuaciones que permitan los casos de aborto forzoso, anticoncepción y esterilización forzosas, con especial atención a las mujeres con discapacidad.

2. Las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, promoverán programas de salud sexual y reproductiva dirigidos a mujeres con discapacidad, que incluyan medidas de prevención y detección de las formas de violencia reproductiva referidas en este artículo, para lo cual se procurará la formación específica necesaria para la especialización profesional.

Artículo 32. Prevención de la gestación por subrogación o sustitución.

1. La gestación por subrogación o sustitución es un contrato nulo de pleno derecho, según la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, por el que se acuerda la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. Se promoverá la información, a través de campañas institucionales, de la ilegalidad de estas conductas, así como la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

Artículo 33. Prohibición de la promoción comercial de la gestación por sustitución.

En coherencia con lo establecido en el párrafo cuarto del artículo 3.a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, las administraciones públicas legitimadas conforme al artículo 6 de dicha Ley instarán la acción judicial dirigida a la declaración de ilicitud de la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución y a su cese.»

Veintitrés. Se modifica la disposición adicional primera, con el siguiente tenor literal:

«**Disposición adicional primera. De las funciones de la Alta Inspección.**

1. El Estado ejercerá la Alta Inspección como función de garantía y verificación del cumplimiento efectivo de los derechos y prestaciones reconocidas en esta ley orgánica en todo el Sistema Nacional de Salud.

2. Para la formulación de propuestas de mejora en equidad y accesibilidad de las prestaciones y con el fin de verificar la aplicación efectiva de los derechos y prestaciones reconocidas en esta ley orgánica en todo el Sistema Nacional de Salud, el Gobierno elaborará un informe anual de situación, sobre la base de los datos presentados por las comunidades autónomas al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

3. En la memoria anual sobre el funcionamiento del sistema, regulada en el artículo 78 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, y que la Alta Inspección del Sistema Nacional de Salud deberá presentar al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud para su debate, se incluirá un análisis específico sobre la implementación de esta ley orgánica.

4. Para el desarrollo de las funciones de la Alta Inspección, el Gobierno adoptará las disposiciones reglamentarias procedentes en el marco de esta ley orgánica.»

Veinticuatro. Se modifica la disposición adicional tercera, con el siguiente tenor literal:

«**Disposición adicional tercera. Dispensación gratuita de métodos anticonceptivos.**

1. Se garantizará la financiación con cargo a fondos públicos de los anticonceptivos hormonales, incluidos los métodos reversibles de larga duración, sin aportación por parte de la persona usuaria, tal y como se establece en la normativa específica, cuando se dispensen en los centros sanitarios del Sistema Nacional de Salud.

2. Se garantizará la dispensación gratuita de métodos anticonceptivos de urgencia en los centros sanitarios del Sistema Nacional de Salud, así como en los servicios a los que se refiere el artículo 5 sexies, atendiendo a la organización asistencial de los servicios de salud de las comunidades autónomas y entidades gestoras del Sistema Nacional de Salud.

3. Las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, velarán por hacer efectivo, en el plazo de un año, la dispensación gratuita de métodos anticonceptivos de barrera en los lugares a que se refiere el artículo 7 ter.b).

4. En el mismo plazo, las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias y con la coordinación del Ministerio de Sanidad y del Ministerio de Igualdad, concretarán las medidas relativas a la corresponsabilidad establecidas por el artículo 7 quater de esta ley orgánica.»

Veinticinco. Se añade una nueva disposición adicional cuarta, con el siguiente tenor literal:

«**Disposición adicional cuarta. Protección de datos de carácter personal en los Registros de personas objetoras de conciencia.**

1. Los datos personales que contengan los Registros de personas objetoras de conciencia regulados en el artículo 19 ter se llevarán a cabo conforme a lo dispuesto 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), y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

2. El fundamento jurídico de legitimación para el tratamiento de los datos que recoja el Registro de personas objetoras, de acuerdo con su objetivo y finalidad, se encuentra en las letras g) e i) del apartado 2 de los artículos 9 y concordantes del Reglamento General de Protección de Datos, así como en las letras c) y e) del apartado 1 de su artículo 6.

3. Los datos de las personas objetoras recogidos en cada uno de los Registros serán aquellos que resulten estrictamente necesarios para identificar al personal sanitario que desarrolle su actividad en centros sanitarios acreditados para la realización de la interrupción voluntaria del embarazo cuyas funciones conlleven su participación directa en las citadas intervenciones. Los datos objeto de tratamiento deberán ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son recogidos, no debiendo incluirse, en ningún caso, el motivo de la objeción.

4. La finalidad perseguida con el tratamiento de los datos recabados en virtud del artículo 19 ter es la garantía de la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo, adecuando los recursos humanos a la correcta programación de las intervenciones de interrupción voluntaria del embarazo. Los datos no podrán ser utilizados en ningún caso con fines distintos a los establecidos en este precepto.

5. Son responsables del tratamiento las Consejerías competentes en materia de sanidad de las comunidades autónomas y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), de acuerdo con sus respectivos ámbitos competenciales.

6. Las personas titulares de las Direcciones o Gerencias de los centros sanitarios acreditados para la realización de la interrupción voluntaria del embarazo tienen la consideración de destinatarias de los datos que sean estrictamente necesarios para la correcta planificación del servicio. Asimismo, tendrán esta condición respecto de los datos personales que sean estrictamente necesarios para conocer el número de personas objetoras en cada centro sanitario, acreditado quienes sean responsables de planificar los recursos humanos en cada Comunidad Autónoma y en el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), con el fin de garantizar la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo.

7. Las personas responsables y encargadas del tratamiento, así como todas las personas que intervengan en cualquier fase del mismo, estarán sujetas al deber de confidencialidad regulado por el artículo 5.1.f) del Reglamento general de protección de datos, sin perjuicio de los deberes de secreto profesional que, en su caso, resulten de aplicación.

8. La recolección de datos se hará conforme a la legislación vigente, con especial atención a:

a) La confidencialidad y la autenticidad de la identificación de la persona titular de los datos mediante certificado electrónico o instrumento similar de identificación segura.

b) El cumplimiento del deber de información previa a los interesados en los términos previstos en el artículo 13 del Reglamento general de protección de datos.

9. De acuerdo con la finalidad del tratamiento, se conservarán los datos recogidos durante el tiempo necesario para el cumplimiento del fin para el cual fueron recogidos y, en su caso, podrán conservarse, debidamente bloqueados, por el tiempo necesario para atender a las responsabilidades derivadas de su tratamiento ante los órganos administrativos o jurisdiccionales competentes. Una vez trascurrido dicho periodo de conservación, los datos serán suprimidos definitivamente.

10. Las administraciones públicas que sean responsables del tratamiento deberán implementar la protección de datos desde el diseño, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 del Reglamento general de protección de datos, realizando, desde el momento de la concepción del tratamiento, el correspondiente análisis de riesgos y evaluación de impactos para determinar las medidas técnicas y organizativas adecuadas. Estas medidas garantizarán los derechos y libertades de la persona interesada, así como la confidencialidad, integridad, disponibilidad, autenticidad y trazabilidad de los accesos a los datos, teniendo en cuenta, en todo momento, lo previsto en el Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad.

11. La persona titular de los datos podrá ejercer todos los derechos regulados en los artículos 13 a 22 del Reglamento General de Protección de Datos, excepto el de

oposición, al basarse el tratamiento en el cumplimiento de una obligación legal, conforme al artículo 6.1.c) del Reglamento General de Protección de Datos.»

Veintiséis. Se modifica la disposición final tercera, con el siguiente tenor literal:

«**Disposición final tercera. Carácter orgánico.**

Esta ley orgánica se dicta al amparo del artículo 81 de la Constitución.

Los preceptos contenidos en el título preliminar, el título I, el capítulo II del título II, el título III, las disposiciones adicionales y las disposiciones finales segunda, cuarta, quinta y sexta no tienen carácter orgánico.»

Disposición adicional única. Apoyos a las personas con discapacidad para la toma de decisiones.

En todo lo regulado en la presente ley, las personas con discapacidad que precisen de apoyos humanos y materiales, incluidos los tecnológicos, para la toma de decisiones recibirán los mismos siempre en formatos, canales y soportes accesibles para que la decisión que adopten en su calidad de pacientes sea libre, voluntaria, madura e informada.

Disposición final primera. Modificación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Uno. Se añade un párrafo final a la letra a) del artículo 3 que queda redactado como sigue:

«a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución Española, 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 10/2022, de 6 de septiembre, 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.

Igualmente, se considerará incluida en la previsión anterior la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución.»

Dos. Se modifica el apartado 2 del artículo 6, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 6. Acciones frente a la publicidad ilícita.**

2. Adicionalmente, frente a la publicidad ilícita por utilizar de forma discriminatoria o vejatoria la imagen de la mujer o por promover las prácticas comerciales para la gestación

por sustitución, están legitimados para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 4.ª de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal:

a) La Delegación del Gobierno para la Violencia de Género.

b) El Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico.

c) Las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro.

d) El Ministerio Fiscal.»

Disposición final segunda. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 10 de noviembre, del Código Penal.

Uno. Se suprimen las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 145 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 10 de noviembre, del Código Penal, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 145 bis.**

1. Será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los casos contemplados en la ley, practique un aborto:

a) Sin contar con los dictámenes previos preceptivos;

b) Fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior.

2. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas previstas en este artículo en su mitad superior cuando el aborto se haya practicado a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.

3. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.»

Dos. Se modifican los apartados 1 y 5 del artículo 172 ter de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 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. 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. Si la víctima del delito es un menor o una persona con discapacidad, se aplicará la mitad superior de la condena.»

Disposición final tercera. Modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

El texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, queda modificado como sigue:

Uno. Se modifica el apartado 4 del artículo 144, que queda redactado como sigue:

«4. La obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, incluidas las situaciones especiales de incapacidad temporal por menstruación incapacitante secundaria, interrupción del embarazo, sea voluntaria o no, y gestación desde el día primero de la semana trigésima novena; en la de nacimiento y cuidado de menor; en la de riesgo durante el embarazo y en la de riesgo durante la lactancia natural; así como en las demás situaciones previstas en el artículo 166 en que así se establezca reglamentariamente.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, las empresas tendrán derecho a una reducción del 75 por ciento de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante la situación de incapacidad temporal de aquellos trabajadores que hubieran cumplido la edad de 62 años. A estas reducciones de cuotas no les resultará de aplicación lo establecido en el artículo 20.1.»

Dos. Se añaden dos nuevos párrafos a la letra a) del apartado 1 del artículo 169 y se modifica el apartado 2, que quedan redactados como sigue:

«1. Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal:

a) Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.

Tendrán la consideración de situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes aquellas en que pueda encontrarse la mujer en caso de menstruación incapacitante secundaria, así como la debida a la interrupción del embarazo, voluntaria o no, mientras reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo, sin perjuicio de aquellos supuestos en que la interrupción del embarazo sea debida a accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso

tendrá la consideración de situación de incapacidad temporal por contingencias profesionales.

Se considerará también situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes la de gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana trigésima novena.

2. A efectos del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal que se señala en la letra a) del apartado anterior, y de su posible prórroga, se computarán los períodos de recaída y de observación.

Se considerará que existe recaída en un mismo proceso cuando se produzca una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la fecha de efectos de alta médica anterior, salvo los procesos por bajas médicas por menstruación incapacitante secundaria en los que cada proceso se considerará nuevo sin computar a los efectos del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal, y de su posible prórroga.»

Tres. Se modifica el artículo 172, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 172. Beneficiarios.**

Serán beneficiarios del subsidio por incapacidad temporal las personas incluidas en este Régimen General que se encuentren en cualquiera de las situaciones determinadas en el artículo 169, siempre que, además de reunir la condición general exigida en el artículo 165.1, acrediten los siguientes períodos mínimos de cotización:

a) En caso de enfermedad común, ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante. En las situaciones especiales previstas en el párrafo segundo, del artículo 169.1.a), no se exigirán periodos mínimos de cotización.

En la situación especial prevista en el párrafo tercero del artículo 169.1.a) se exigirá que la interesada acredite los periodos mínimos de cotización señalados en el artículo 178.1, según la edad que tenga cumplida en el momento de inicio del descanso.

b) En caso de accidente, sea o no de trabajo, y de enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización.»

Cuatro. Se modifica el artículo 173, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 173. Nacimiento y duración del derecho al subsidio.**

1. En caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, el subsidio se abonará desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja.

En caso de enfermedad común o de accidente no laboral, el subsidio se abonará a partir del cuarto día de baja en el trabajo, si bien desde el día cuarto al decimoquinto de baja, ambos inclusive, el subsidio estará a cargo del empresario.

En la situación especial de incapacidad temporal por menstruación incapacitante secundaria prevista en el párrafo segundo del artículo 169.1.a) el subsidio se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el día de la baja en el trabajo.

En la situación especial de incapacidad temporal por interrupción del embarazo prevista en el mismo párrafo segundo del artículo 169.1.a), así como en la situación especial de

gestación desde el día primero de la semana trigésima novena de gestación, prevista en el párrafo tercero del mismo artículo, el subsidio se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja.

2. El subsidio se abonará mientras el beneficiario se encuentre en situación de incapacidad temporal, conforme a lo establecido en el artículo 169.

No obstante, en la situación especial de incapacidad temporal a partir de la semana trigésima novena de gestación, el subsidio se abonará desde que se inicie la baja laboral hasta la fecha del parto, salvo que la trabajadora hubiera iniciado anteriormente una situación de riesgo durante el embarazo, supuesto en el cual permanecerá percibiendo la prestación correspondiente a dicha situación en tanto ésta deba mantenerse.

3. Durante las situaciones de huelga y cierre patronal el trabajador no tendrá derecho a la prestación económica por incapacidad temporal.»

Disposición final cuarta. Modificación del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio.

Se modifica el artículo 18 del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 18. Situación de incapacidad temporal.**

1. Los funcionarios civiles incorporados a este régimen especial que, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964, hayan obtenido licencias por enfermedad o accidente que impidan el normal desempeño de las funciones públicas, se encontrarán en la situación de incapacidad temporal.

2. Asimismo, se encontrarán en dicha situación los funcionarios indicados que hayan obtenido licencia a consecuencia de encontrarse en período de observación médica en caso de enfermedades profesionales.

3. Asimismo, se encontrarán en situación de incapacidad temporal las funcionarias indicadas que se encuentren en las situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes a que se refiere el artículo 169.1.a), párrafos segundo y tercero, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en los términos de los artículos 144, 172 y 173 de la misma norma.

4. Tendrá la misma consideración y efectos que la situación de incapacidad temporal la situación de la mujer funcionaria que haya obtenido licencia por riesgo durante el embarazo en los términos previstos en el artículo 69, apartado 3, de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.

5. La concesión de las licencias y el control de las mismas corresponderá a los órganos administrativos determinados por las normas de competencias en materias de gestión de personal, con el asesoramiento facultativo que, en su caso, estimen oportuno.

6. A efectos de cómputo de plazos, se considerará que existe nueva enfermedad cuando el proceso patológico sea diferente y, en todo caso, cuando se hayan interrumpido las licencias durante un mínimo de un año.

7. La duración de la primera y sucesivas licencias será del tiempo previsiblemente necesario para la curación y con el máximo de un mes cada una de ellas.

8. En cualquier momento en que se prevea que la enfermedad o lesión por accidente impedirá definitivamente el desempeño de las funciones públicas, se iniciará, por el órgano de jubilación competente, de oficio o a instancia del interesado, el procedimiento de jubilación por incapacidad permanente para el servicio. Por Orden ministerial se establecerán los mecanismos necesarios para coordinar las actuaciones del Instituto y las del órgano de jubilación.»

Disposición final quinta. Modificación del texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen especial de la Ley sobre Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio.

Se modifica el artículo 19, del texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen especial de la Ley sobre Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 19. Régimen de la incapacidad temporal.**

1. Los funcionarios en activo comprendidos en el ámbito de aplicación del presente texto refundido, que hayan obtenido licencias por enfermedad o accidente que impidan el normal desempeño de sus funciones, se considerarán en situación de incapacidad temporal.

2. Asimismo, se encontrarán en situación de incapacidad temporal las funcionarias en activo comprendidas en el ámbito de aplicación del presente texto refundido que se encuentren en las situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes a que se refiere el artículo 169.1.a), párrafos segundo y tercero, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en los términos de los artículos 144, 172 y 173 de la misma norma.

3. La concesión de las licencias y el control de las mismas corresponderá a los órganos judiciales y administrativos competentes en materia de gestión de personal, con el asesoramiento facultativo que, en su caso, estimen oportuno.

A efectos de cómputo de plazos, se considerará que existe nueva enfermedad cuando el proceso patológico sea diferente y, en todo caso, cuando se hayan interrumpido las licencias durante un mínimo de un año.

La duración de la primera y sucesivas licencias será del tiempo previsible para la curación y con el máximo de un mes cada una de ellas.

4. En cualquier momento en que se prevea que la enfermedad o lesión por accidente impedirá definitivamente el desempeño de las funciones públicas, se iniciará, por el órgano de jubilación competente, de oficio o a instancia del interesado, el procedimiento de jubilación por incapacidad permanente para el servicio. Por Orden ministerial se

establecerán los mecanismos necesarios para coordinar las actuaciones de la Mutualidad y las del órgano de jubilación.

5. La duración y extinción de la situación de incapacidad temporal serán las mismas que las del Régimen general de la Seguridad Social.»

Disposición final sexta. Modificación del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio.

Se añade un nuevo párrafo al apartado 1 del artículo 19 de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, que queda redactado como sigue:

«1. Se encontrarán en situación de incapacidad temporal los funcionarios que acrediten padecer un proceso patológico por enfermedad o lesión por accidente que les impida con carácter temporal el normal desempeño de sus funciones públicas o que se encuentren en período de observación médica por enfermedad profesional, siempre y cuando reciban la asistencia sanitaria necesaria para su recuperación facilitada por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado y hayan obtenido licencia por enfermedad.

Asimismo, se encontrarán en situación de incapacidad temporal las funcionarias que se encuentren en las situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes a que se refiere el artículo 169.1.a), párrafos segundo y tercero, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en los términos de los artículos 144, 172 y 173 de la misma norma.»

Disposición final séptima. Modificación del Reglamento General del Mutualismo Administrativo, aprobado por Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo.

Se añade un apartado 2 al artículo 88 del Reglamento General del Mutualismo Administrativo, aprobado por Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, que queda redactado como sigue:

«1. Los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado se encontrarán en situación de incapacidad temporal cuando por causa de enfermedad o accidente acrediten la concurrencia simultánea de las siguientes circunstancias:

a) Padecer un proceso patológico por enfermedad común o profesional o por lesión por accidente, sea o no en acto de servicio, o encontrarse en período de observación por enfermedad profesional, que les impida con carácter temporal el normal desempeño de sus funciones públicas.

b) Recibir asistencia sanitaria para su recuperación facilitada por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado.

c) Haber obtenido una licencia por enfermedad de acuerdo con el procedimiento establecido.

2. Asimismo, se encontrarán en situación de incapacidad temporal las funcionarias que se encuentren en las situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias

comunes a que se refiere el artículo 169.1.a), párrafos segundo y tercero, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en los términos de los artículos 144, 172 y 173 de la misma norma.»

Disposición final octava. Modificación del Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre.

Se añade una nueva letra c) al apartado 1 del artículo 67 del Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre, que queda redactado como sigue:

«1. Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal:

a) Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente común o en acto de servicio, o como consecuencia de él.

b) Los periodos de observación por enfermedad profesional, cuando se prescriba la baja en el servicio durante los mismos.

c) Asimismo, se encontrarán en situación de incapacidad temporal las funcionarias y el personal estatutario del Centro Nacional de Inteligencia que se encuentren en las situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes a que se refiere el artículo 169.1.a), párrafos segundo y tercero, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en los términos de los artículos 144, 172 y 173 de la misma norma.»

Disposición final novena. Modificación del Reglamento del Mutualismo Judicial, aprobado por Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio.

Se modifica el artículo 82 del Reglamento del Mutualismo Judicial, aprobado por el Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 82. Situación de incapacidad temporal.**

1. Los funcionarios en activo comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento que hayan obtenido licencias por enfermedad o accidente que impidan el normal desempeño de sus funciones y reciban asistencia sanitaria para su recuperación, se considerarán en situación de incapacidad temporal.

2. Asimismo, se encontrará en dicha situación el personal en activo comprendido en el ámbito de aplicación del presente Reglamento que haya obtenido licencia a consecuencia de encontrarse en período de observación médica en caso de enfermedad profesional.

3. Asimismo, se encontrarán en situación de incapacidad temporal las funcionarias que se encuentren en las situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes a que se refiere el artículo 169.1.a), párrafos segundo y tercero, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en los términos de los artículos 144, 172 y 173 de la misma norma.

4. Tendrá la misma consideración y efectos que la incapacidad temporal la situación de la funcionaria que haya obtenido licencia por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses.

En el supuesto de encontrarse la mutualista en situación de incapacidad temporal, quedará ésta interrumpida en caso de iniciarse cualquiera de estas últimas situaciones de riesgo.

5. No tienen la consideración de incapacidad temporal los permisos o licencias por parto, adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, establecidos, en cada caso, en las normas que regulen su concesión según la carrera, cuerpo o escala a que pertenezca el interesado. Si al término del permiso por parto continuase la imposibilidad de la mutualista de incorporarse al trabajo, se iniciarán las licencias que dan lugar a la incapacidad temporal.»

Disposición final décima. Modificación del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

Se modifica el artículo 2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 2. Situaciones protegidas.**

1. A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo y durante los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a que se refieren las letras a) y b) del artículo 49 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Se considerarán, de igual modo, situaciones protegidas los acogimientos provisionales formalizados por las personas integradas en el Régimen General de la Seguridad Social e incluidas en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público. Asimismo, se considerará situación protegida, en los mismos términos establecidos para los supuestos de adopción y acogimiento, la constitución de tutela sobre menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor.»

Disposición final undécima. Modificación de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

Se modifica el artículo 23 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, que queda redactado como sigue:

> «1. La prestación económica por incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral y de accidente de trabajo o enfermedad profesional se otorgará a las personas trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar en las mismas condiciones y con los mismos requisitos que los establecidos en la normativa vigente del Régimen General o, en su caso, del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.
>
> 2. Asimismo, se encontrarán en situación de incapacidad temporal las trabajadoras que se encuentren en las situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes a que se refiere el artículo 169.1.a), párrafos segundo y tercero, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en los términos de los artículos 144, 172 y 173 de la misma norma.
>
> 3. Para las personas trabajadoras por cuenta ajena incluidas en los grupos segundo y tercero a los que se refiere el artículo 10, el abono de la prestación se efectuará en la modalidad de pago directo por la Entidad Gestora o la mutua colaboradora con la Seguridad Social, manteniéndose la obligación de cotizar en tanto no se extinga la relación laboral.»

Disposición final duodécima. Modificación 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.

Se modifica el apartado 5 del artículo 9 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, que queda redactado como sigue:

> «5. La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.»

Disposición final decimotercera. 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 la letra d) del apartado 1 del artículo 45 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que queda redactada en los siguientes términos:

> «d) Nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, de menores de seis años o de menores de edad mayores de seis años con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.»

Disposición final decimocuarta. Modificación del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Se modifica el apartado tres del artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que queda redactado como sigue:

> «Tres. Se modifica el artículo 177, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 octubre, que queda redactado en los siguientes términos:
>
> "**Artículo 177. Situaciones protegidas.**
>
> A efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49.a), b) y c) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público."»

Disposición final decimoquinta. Carácter orgánico y conservación del rango reglamentario.

Esta ley orgánica se dicta al amparo del artículo 81 de la Constitución.

Los preceptos contenidos en los apartados diez a trece y la disposición final segunda tendrán carácter orgánico.

Las normas modificadas por las disposiciones finales séptima, octava y novena conservarán su rango reglamentario.

Disposición final decimosexta. Título competencial.

Esta Ley orgánica se dicta al amparo de las competencias exclusivas atribuidas al Estado por los títulos competenciales prevalentes, siendo estos los recogidos en los artículos 149.1.1.ª y 16.ª de la Constitución, en cuanto atribuyen al Estado, respectivamente, la competencia exclusiva para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales y las bases y coordinación general de la sanidad. El artículo 7 quinquies de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, se dicta al amparo de la competencia recogida en el artículo 149.1.16.ª en cuanto atribuye al Estado la competencia exclusiva en legislación de productos farmacéuticos.

Los artículos 5 ter, 7 bis.e) y 7 bis.f) de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, se dictan al amparo de las competencias recogidas en los artículos 149.1.7.ª y 17.ª en cuanto atribuyen al Estado, respectivamente, la competencia exclusiva en régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las comunidades autónomas, y en legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las comunidades autónomas.

La competencia del artículo 149.1.17.ª, relativa al régimen económico de la Seguridad Social sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades

Autónoma, se extiende también al artículo 5 sexies de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.

La norma objeto de modificación por la disposición final primera se dicta al amparo de las competencias del 149.1.1.ª y 16.ª de la Constitución, la modificada por la disposición final segunda al amparo de la competencia sobre legislación penal del artículo 149.1.6.ª de la Constitución y la modificada por la disposición final octava se incardina en la competencia del artículo 149.1.17.ª de la Constitución, sobre régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las comunidades autónomas. Las demás disposiciones finales por las que se modifican otras normas de ámbito estatal se dictan al amparo de los mismos preceptos en que el Estado basó su competencia cuando las dictó.

Disposición final decimoséptima. Entrada en vigor.

Esta ley orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», salvo las disposiciones finales tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima, undécima, decimotercera y decimocuarta de esta ley orgánica, que entrarán en vigor a los tres meses 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 febrero de 2023.

FELIPE R.

El Presidente del Gobierno,

PEDRO SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN

Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de maltrato animal.

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

Ante la necesidad de reforzar la protección penal de los animales y posibilitar una más eficaz respuesta penal ante las diferentes formas de violencia contra ellos, se modifica el articulado relacionado con la protección de los animales de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

El maltrato animal fue incluido en el Código Penal, como falta, en 1995. A continuación, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre, configuró el maltrato a los animales domésticos como delito, mantuvo como falta determinados supuestos e introdujo el abandono de animales como falta. Posteriormente, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, introdujeron nuevas modificaciones, que condujeron a los vigentes artículos 337 y 337 bis, en los que se tipifican los delitos de maltrato, explotación sexual y abandono de animales.

Aunque todas estas reformas han supuesto un progresivo avance en la tipificación y sanción penal del maltrato animal, aún existe en los delitos de violencia contra los animales un amplio margen de mejora para adecuarlos a la realidad de las problemáticas que actualmente se plantean en este ámbito, así como al nuevo estatus jurídico de los animales como seres vivos dotados de sensibilidad reconocido por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, que como tal debe ser recogido también en el Código Penal atendiendo al bien jurídico a proteger en los delitos contra los animales, que no es otro que su vida, salud e integridad, tanto física como psíquica.

La necesidad de abordar una reforma del Código Penal para proteger dicho bien jurídico es una realidad confirmada por la práctica procesal, en la que se siguen observando dificultades y vacíos que es preciso solucionar, reduciendo problemas interpretativos.

A través de la presente reforma, siguiendo los pasos de los legisladores alemán y británico se incluye en nuestro ordenamiento jurídico la expresión «animal vertebrado», que sustituye y amplía la lista tasada de animales protegidos por el actual Código Penal. De este modo, no únicamente los animales domésticos, domesticados, o que convivan con el ser humano verán su integridad física y emocional salvaguardada por la norma penal, sino que a ellos se añaden los animales silvestres que viven en libertad. Sin duda,

este cambio enmienda una de las más evidentes carencias del tipo actual, que deja fuera de su ámbito de aplicación conductas de maltrato a animales silvestres que viven libres en su medio natural y que, si no pertenecen a especies protegidas, resultan impunes.

Por otro lado, tanto desde los diversos colectivos de operadores jurídicos como en la sociedad en general, se percibe una cierta impunidad del maltrato animal, con penas no proporcionadas a la gravedad de los hechos y falta de mecanismos para la salvaguarda efectiva de los animales, tanto en la tramitación como al finalizar el procedimiento judicial. Estos problemas hacen preciso revisar el articulado y los mecanismos de protección de los animales que a tal efecto se disponen en el marco del Código Penal.

Para solucionar esta problemática, se incorporan al delito de maltrato animal nuevas agravantes, que permitirán la imposición de penas más graves en aquellos casos que merecen mayor reproche, y se contempla, también, la posibilidad de adopción de medidas cautelares por parte de los jueces y tribunales, incluyendo el cambio sobre la titularidad y cuidado animal, con el fin de salvaguardar el bien jurídico protegido en estos delitos, a saber, la vida, la integridad y la salud de los animales.

Asimismo, la constatación del vínculo existente entre el maltrato a los animales y la violencia interpersonal obliga también a tener en cuenta como circunstancia agravante la violencia instrumental que se realiza con animales en el ámbito de la violencia de género.

El proyecto de ley del que trae causa la presente ley cumple con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia referidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En efecto, la presente norma está plenamente justificada al acometer la necesaria adaptación de la normativa penal al nuevo estatuto jurídico otorgado a los animales en el ámbito civil, distinto del de los bienes muebles, en tanto que seres dotados de sensibilidad, y a la necesidad de adecuar la respuesta penológica a la gravedad de las conductas contra los animales y preservar el bien jurídico protegido.

En términos de seguridad jurídica, la norma establece preceptos claros en relación con el tipo penal del maltrato a animales vertebrados, acorde al tratamiento penal que se da a otros delitos contra la fauna, y en consonancia con la consideración de los animales como seres sintientes operada por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

En términos de proporcionalidad y transparencia, no se generan significativas cargas administrativas, resultando la modificación legal propuesta proporcional al objetivo perseguido, puesto que a la par que se aumenta el número de circunstancias agravantes se contempla la multa como pena alternativa, y eficiente al no conllevar un incremento del gasto público. Asimismo, en la elaboración de la presente norma se ha posibilitado la participación ciudadana en las diferentes fases de su elaboración, con

pleno acceso de los ciudadanos a toda la documentación del procedimiento, lo que ha implicado un considerable número de aportaciones para la redacción del texto definitivo.

Esta Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva en materia de legislación penal que atribuye al Estado el artículo 149.1.6.ª de la Constitución española.

Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal queda modificada como sigue:

Uno. Se modifica la rúbrica del capítulo IV del título XVI del libro II, que queda redactada de la siguiente forma:

«**De los delitos contra la flora y fauna.**»

Dos. Se modifica el artículo 334 a través de la creación de un nuevo apartado 4, que queda redactado en los siguientes términos:

«4. Se impondrá la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas por un periodo de entre dos a cuatro años, cuando los hechos relativos a los apartados a) y c) del apartado 1 se hubieran cometido utilizando armas, en actividades relacionadas o no con la caza.»

Tres. Se modifica el artículo 335, que queda redactado en los siguientes términos:

«1. El que cace o pesque especies distintas de las indicadas en el artículo anterior, cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca, será castigado con la pena de multa de ocho a doce meses, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cinco años y privación del derecho para la tenencia y porte de armas por el mismo periodo.

2. El que cace o pesque o realice actividades de marisqueo relevantes sobre especies distintas de las indicadas en el artículo anterior en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial, sin el debido permiso de su titular o sometidos a concesión o autorización marisquera o acuícola sin el debido título administrativo habilitante, será castigado con la pena de multa de cuatro a ocho meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar, pescar o realizar actividades de marisqueo por tiempo de uno a tres años y privación del derecho para la tenencia y porte de armas por el mismo periodo, además de las penas que pudieran corresponderle, en su caso, por la comisión del delito previsto en el apartado 1 de este artículo.

3. Si las conductas anteriores produjeran graves daños al patrimonio cinegético de un terreno sometido a régimen cinegético especial o a la sostenibilidad de los recursos en zonas de concesión o autorización marisquera o acuícola, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de cazar, pescar, y realizar actividades de marisqueo por tiempo de dos a cinco años y privación del derecho para la tenencia y porte de armas por el mismo periodo.»

Cuatro. Se modifica el artículo 336 que queda redactado como sigue:

«El que, sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en cualquier caso, la de inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a cazar o pescar por tiempo de uno a tres años, con la privación del derecho para la tenencia y porte de armas por el mismo periodo. Si el daño causado fuera de notoria importancia, se impondrá la pena de prisión antes mencionada en su mitad superior.»

Cinco. Se suprime el artículo 337.

Seis. Se suprime el artículo 337 bis.

Siete. Se introduce en el libro II un nuevo título XVI bis que quedará rubricado como «De los delitos contra los animales».

Este título XVI bis contendrá cuatro nuevos artículos numerados como 340 bis, 340 ter, 340 quater y 340 quinquies, que quedan redactados de la siguiente forma:

«**Artículo 340 bis.**

1. Será castigado con la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de seis a doce meses y con la pena de inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales el que fuera de las actividades legalmente reguladas y por cualquier medio o procedimiento, incluyendo los actos de carácter sexual, cause a un animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo el control humano lesión que requiera tratamiento veterinario para el restablecimiento de su salud.

Si las lesiones del apartado anterior se causaren a un animal vertebrado no incluido en el apartado anterior, se impondrá la pena de prisión de tres a doce meses o multa de tres a seis meses, además de la pena de inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de la profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.

Si el delito se hubiera cometido utilizando armas de fuego, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente la pena de privación del derecho a tenencia y porte de armas por un tiempo de uno a cuatro años.

2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias agravantes:

a) Utilizar armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas que pudieran resultar peligrosas para la vida o salud del animal.

b) Ejecutar el hecho con ensañamiento.

c) Causar al animal la pérdida o la inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal.

d) Realizar el hecho por su propietario o quien tenga confiado el cuidado del animal.

e) Ejecutar el hecho en presencia de un menor de edad o de una persona especialmente vulnerable.

f) Ejecutar el hecho con ánimo de lucro.

g) Cometer el hecho para coaccionar, intimidar, acosar o producir menoscabo psíquico a quien sea o haya sido cónyuge o a persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

h) Ejecutar el hecho en un evento público o difundirlo a través de tecnologías de la información o la comunicación.

i) Utilizar veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva.

3. Cuando, con ocasión de los hechos previstos en el apartado primero de este artículo, se cause la muerte de un animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo el control humano, se impondrá la pena de prisión de doce a veinticuatro meses, además de la pena de inhabilitación especial de dos a cuatro años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.

Cuando, con ocasión de los hechos previstos en el apartado primero de este artículo, se cause muerte de un animal vertebrado no incluido en el apartado anterior, se impondrá la pena de prisión de seis a dieciocho meses o multa de dieciocho a veinticuatro meses, además de la pena de inhabilitación especial de dos a cuatro años para el ejercicio de la profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.

Si el delito se hubiera cometido utilizando armas de fuego, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente la pena de privación del derecho a tenencia y porte de armas por un tiempo de dos a cinco años.

Cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado anterior, el juez o tribunal impondrá las penas en su mitad superior.

4. Si las lesiones producidas no requiriesen tratamiento veterinario o se hubiere maltratado gravemente al animal sin causarle lesiones, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días. Asimismo, se impondrá la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.

Artículo 340 ter.

Quien abandone a un animal vertebrado que se encuentre bajo su responsabilidad en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad será castigado con una pena de multa de uno a seis meses o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días. Asimismo, se impondrá la pena de inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.

Artículo 340 quater.

1. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este título, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista en la ley una pena de prisión superior a dos años.

b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

2. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, en los supuestos de responsabilidad de personas jurídicas los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en el artículo 33.7, párrafos b) a g).

Artículo 340 quinquies.

Los jueces o tribunales podrán adoptar motivadamente cualquier medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título, incluyendo cambios provisionales sobre la titularidad y cuidado del animal.

Cuando la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales recaiga sobre la persona que tuviera a asignada la titularidad o cuidado del animal maltratado, el juez o tribunal, de oficio o a instancia de parte, adoptará las medidas pertinentes respecto a la titularidad y el cuidado del animal.»

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 transcurrido el período de vacatio, 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 derogatoria única. Derogación normativa.

Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo previsto en esta Ley Orgánica.

Disposición final primera. Título competencial.

Esta ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva en materia de legislación penal que atribuye al Estado el artículo 149.1. 6.ª de la Constitución española.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.

La presente ley entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley orgánica.

Madrid, 28 de marzo de 2023.

FELIPE R.

El Presidente del Gobierno,

PEDRO SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN

Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

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 Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de libertad sexual, ha dado una nueva regulación a los delitos contra la libertad sexual, para unificar los anteriores tipos de abuso y agresión sexual en un solo tipo, el de agresión sexual, que comprende cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento, el cual se define en los siguientes términos: «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» (artículo 178.1 del Código Penal).

Respetando este modelo, es importante blindar la ley en favor de las víctimas y evitar el efecto no deseado de una posible aplicación de las penas mínimas de los nuevos marcos penales, que son más amplios, para que en casos graves no exista la posibilidad de que se impongan penas bajas, pero sin afectar al corazón de la norma, ya que se mantiene la íntegra definición del consentimiento y, por tanto, la esencia de la regulación de los delitos contra la libertad sexual.

La Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, introduce un nuevo párrafo en el artículo 173.1 para sancionar dentro de los delitos contra la integridad moral a quienes, con conocimiento del paradero del cadáver de una persona, oculten de modo reiterado tal información a los familiares o allegados de la misma, lo que conllevó que, al no adecuarse en el último párrafo del apartado el número de párrafos a que se refería, dejara fuera de responsabilidad penal a las personas jurídicas cuando se infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, por lo que se procede a reparar la omisión referida.

Además, al haberse omitido la referencia al capítulo II, que sustituye al II bis (suprimido por el apartado nueve de la disposición final cuarta de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, que dice «Se suprime el capítulo II bis del título VIII del libro II»), se produjo la destipificación de la distribución o difusión pública a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación, de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar, o incitar a la comisión de los delitos de agresiones sexuales cuando se trate de menores de dieciséis años, que se introdujo por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que debe recuperarse, razón por la que se incorpora también en esta ley la modificación del artículo 189 bis.

Al igual que ocurre en otros ordenamientos penales europeos y en la vigente regulación de las agresiones sexuales a menores de dieciséis años de edad en nuestro Código Penal, se deben establecer unas penas distintas y más graves para las agresiones sexuales a mayores de esa edad cuando se realizan con violencia o intimidación o sobre una víctima con la voluntad anulada, lo que encierra una gravedad equiparable al empleo de violencia o intimidación. En estos casos, no estamos ante meras circunstancias agravantes que rodean el delito, sino ante elementos que están en la conducta misma y que evidencian una mayor antijuridicidad, lo que precisa de una respuesta normativa diferenciada. Por ello, se castigan con unas penas más graves y se excluyen del tipo atenuado del artículo 178.4 del Código Penal.

Es importante advertir que esta reforma solo puede ser de futuro, al haber quedado consolidada la nueva realidad normativa, de manera irreversible, por efecto de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, tanto para los delitos cometidos antes de la entrada en vigor de esa Ley Orgánica como para los que se hayan perpetrado bajo la vigencia de la misma. Esto es una consecuencia del artículo 25 de la Constitución Española y del principio constitucional de la retroactividad de la ley penal más favorable contenido en el artículo 9.3 de dicha Ley Fundamental.

Por otra parte, se ajustan las penas en los tipos agravados del artículo 180 del Código Penal, adecuando unos marcos punitivos que reflejen normativamente la mayor gravedad de algunas conductas. Además, se resuelve el problema que se produce en aquellos casos agravados en los que concurran las mismas circunstancias de las modalidades típicas previstas en los artículos 178 y 179 del Código Penal (artículo 181.1, 2 y 3 en caso de víctimas de menores de edad).

Se modifica la circunstancia 5.ª del artículo 180.1 del Código Penal suprimiéndose la limitación en caso de prevalimiento de los parientes. La fórmula actual, que es la misma de las regulaciones anteriores, los limita a los ascendientes o hermanos, por naturaleza o adopción, o afines, dejando fuera a otros parientes, como los primos. La regulación vigente contrasta con la realidad, ya que los resultados de la Macroencuesta de Violencia sobre la Mujer del año 2019, en relación con los agresores de violencia sexual fuera de la pareja y con el vínculo con el agresor, afirma que

el 21,6 % de los agresores era un familiar. Y respecto del lugar de comisión, el 44,2 % de las mujeres que han sufrido violencia sexual fuera de la pareja afirma que la violencia sexual tuvo lugar en una casa (la de la propia mujer, la del agresor o la de otra persona), porcentaje que asciende al 59,1 % entre las mujeres que han sufrido una violación. Esto hace necesario abrir la agravante a otros parientes para una mayor protección penal de las víctimas. Esta modificación es trasladada a las agresiones sexuales a menores de dieciséis años en el artículo 181.5.e) del Código Penal.

En la circunstancia 7.ª del artículo 180.1 del Código Penal se sustituye el término «autor» por el de «persona responsable», a fin de evitar una indeseada falta de aplicación de esta circunstancia. También, en este caso, se introduce la modificación en el artículo 181 del Código Penal.

Se añaden dos apartados en el artículo 181, lo que supone su renumeración. Se excluyen del tipo atenuado las agresiones sexuales a los menores de dieciséis años de edad cuando la víctima tenga anulada su capacidad, al igual que sucede en los casos de víctimas mayores de esa edad.

Para asegurar una más adecuada protección a los menores de edad, se recuperan las penas con las que se castigaban los delitos agravados contra la libertad sexual a menores de dieciséis años en la redacción anterior a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, que son más proporcionadas en relación con las formas de violencia sexual a un menor de edad.

Finalmente, se corrige la omisión del tratamiento de la concurrencia de dos o más circunstancias agravantes en las agresiones sexuales a menores de dieciséis años, de modo coherente con víctimas mayores de esa edad.

II

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, modificó el artículo 192.3 del Código Penal elevando el límite máximo de la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, accesoria de los delitos contra la libertad sexual, a veinte años en delitos menos graves y en un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia en los delitos graves. Además, amplió el ámbito de aplicación de esta pena accesoria a todos los delitos del Título VII del Libro II del Código Penal. Esta reforma, que se ha mantenido en los mismos términos por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, ha traído como consecuencia indirecta, por efecto del artículo 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la modificación del órgano de enjuiciamiento. Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, la competencia para el enjuiciamiento de todos los delitos del Título VIII del Código Penal es de la Audiencia Provincial, lo que ha provocado un aumento considerable de los asuntos conocidos por estos órganos judiciales, que podría producir dilaciones en los enjuiciamientos en perjuicio de las víctimas y de su adecuada recuperación.

Es por ello necesaria la modificación del artículo 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para volver a atribuir a los Juzgados de lo Penal el conocimiento y fallo de aquellos delitos contra la libertad sexual de los que venían conociendo hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, limitando el catálogo de las penas que determinan la competencia en estos delitos para circunscribirlas únicamente a las penas de prisión o multa.

III

La disposición final séptima de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, modificó el artículo 10 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, ampliando el ámbito del apartado 2 de dicho precepto a todos los delitos contra la libertad sexual de los artículos 178 a 183 del Código Penal, ambos inclusive, lo que produce un problema de coordinación con los artículos 8.2, 9.2 y 10.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, imponiendo a los menores de edad, en algunos casos, penas más graves que a los mayores de edad. Además, el artículo 10 reitera lo que ya se dice en el artículo 7.5 de la misma Ley. Se procede en esta ley orgánica, en consecuencia, a su corrección.

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. Se modifica el apartado 1 del artículo 132, que queda redactado como sigue:

> «1. Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.
>
> En los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y contra las relaciones familiares, excluidos los delitos contemplados en el párrafo siguiente, cuando la víctima fuere una persona menor de dieciocho años, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.
>
> En los delitos de tentativa de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150, en el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, en los delitos contra la libertad sexual y en los delitos de trata de seres humanos, cuando la víctima fuere una persona menor de dieciocho años, los términos se computarán desde que la víctima cumpla los treinta y cinco años de edad, y si falleciere antes de alcanzar esa edad, a partir de la fecha del fallecimiento.»

Dos. Se modifica el apartado 1 del artículo 173, que queda redactado 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.

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.

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 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.»

Tres. Se modifica el apartado 2 del artículo 178, se añade un nuevo apartado 3 y se modifica el anterior 3 que pasa a ser el nuevo apartado 4, en los siguientes términos:

«2. 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. Si la agresión se hubiera cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, su responsable será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión.

4. El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no medie violencia o intimidación o que la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad o 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.»

Cuatro. Se añade un nuevo apartado 2 en el artículo 179 con el siguiente tenor, pasando el actual contenido del artículo a ser apartado 1:

«2. Si la agresión a la que se refiere el apartado anterior se cometiere empleando violencia o intimidación o cuando la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad, se impondrá la pena de prisión de seis a doce años.»

Cinco. Se modifica el apartado 1 del artículo 180, que queda redactado como sigue:

«1. Las anteriores conductas serán castigadas, respectivamente, con las penas de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1, de prisión de cinco a diez años

para las agresiones del artículo 178.3, de prisión de siete a quince años para las agresiones del artículo 179.1 y de prisión de doce a quince años para las del artículo 179.2, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

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 o relación de convivencia o de parentesco 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 la persona responsable haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

Cuando en la descripción de las modalidades típicas previstas en los artículos 178 o 179 se hubiera tenido en consideración alguna de las anteriores circunstancias el conflicto se resolverá conforme a la regla del artículo 8.4 de este Código.»

Seis. Se modifica el artículo 181, que queda redactado como sigue:

«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 descritas en el artículo 178.2 y 3, se impondrá una pena de prisión de cinco a diez años.

3. El órgano sentenciador, razonándolo en sentencia, en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable, podrá imponer la pena de prisión inferior en grado, excepto cuando medie violencia o intimidación o se realice sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, o concurran las circunstancias mencionadas en el apartado 5 de este artículo.

4. Cuando el acto sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años en los casos del apartado 1, y con la pena de prisión de doce a quince años en los casos del apartado 2.

5. 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, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación o relación de convivencia o de parentesco o de una relación de superioridad con respecto a 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 la persona responsable 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.

En caso de que en la descripción de las modalidades típicas previstas en los apartados 1 a 3 de este artículo se hubiera tenido en consideración alguna de las anteriores circunstancias el conflicto se resolverá conforme a la regla del artículo 8.4 de este Código.

6. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas del apartado anterior se impondrán en su mitad superior.

7. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.»

Siete. Se modifica el artículo 189 bis, que queda redactado como sigue:

«La distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a la comisión de los delitos previstos en este capítulo y en los capítulos II y IV del presente título será castigada con la pena de multa de seis a doce meses o pena de prisión de uno a tres años.

Las autoridades judiciales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refiere el párrafo anterior, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.»

Disposición transitoria primera. Legislación aplicable.

1. Los delitos cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta ley orgánica se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta ley orgánica, 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 tendrán en cuenta las penas que corresponderían al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código Penal en su redacción anterior a esta ley orgánica y las del Código Penal modificadas por la presente ley orgánica 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 orgánica 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 orgánica 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.

La misma regla se aplicará si el penado se encuentra en periodo de libertad condicional. Tampoco se revisarán las sentencias en que, con arreglo a la redacción anterior de los artículos del Código Penal a la presente ley orgánica, 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 orgánica.

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 orgánica.

Disposición transitoria tercera. Reglas de invocación de la normativa aplicable en materia de recursos.

En las sentencias dictadas conforme a legislación anterior a la entrada en vigor de esta ley orgánica, 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 esta ley orgánica, 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 esta ley orgánica.

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 esta ley orgánica, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el fiscal y el magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a derecho.

d) En todo caso, serán oídas las partes personadas.

Disposición transitoria cuarta. Procedimientos penales en tramitación.

La modificación del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal será de aplicación a los procesos en tramitación a la entrada en vigor de la presente ley orgánica salvo que ya se hubiere dictado auto de apertura de juicio oral.

Disposición final primera. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

Se modifica el apartado 3 del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, que queda redactado como sigue:

> «3. Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de estas no exceda de diez años, así como por delitos leves, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión del delito leve o su prueba estuviesen relacionadas con aquellos, el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido, o el Juez de lo Penal correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, en su caso, o el Juez Central de lo Penal en el ámbito que le es propio, sin perjuicio de la competencia del Juez de Instrucción de Guardia del lugar de comisión del delito para dictar sentencia de conformidad, del Juez de Violencia sobre la Mujer competente, en su caso, en los

> términos establecidos en el artículo 801, así como de los Juzgados de Instrucción competentes para dictar sentencia.
>
> No obstante, en los delitos comprendidos en el Título VIII del Libro II del Código Penal, a los solos efectos de determinar la competencia para el enjuiciamiento, se tendrán en cuenta únicamente las penas de prisión o de multa, correspondiendo al Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido, o al Juez de lo Penal correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, en su caso, el conocimiento y fallo de los delitos para los que la ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía.»

Disposición final segunda. Modificación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Se modifica el apartado 2 del artículo 10 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que queda redactado en la forma siguiente:

> «2. Cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 178, apartados 2 y 3, 179, 180, 181, apartados 2, 4, 5 y 6, y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez deberá imponer las medidas siguientes:
>
> a) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años.
>
> b) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto solo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta ley orgánica, cuando haya trascurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.»

Disposición final tercera. Disposiciones con carácter de ley ordinaria.

Tienen carácter de ley ordinaria la disposición transitoria cuarta y la disposición final primera.

Disposición final cuarta. Entrada en vigor.

La presente ley orgánica entrará en vigor el día siguiente 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, 27 de abril de 2023.

FELIPE R.

El Presidente del Gobierno,

PEDRO SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN

Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2023, de 22 de marzo de 2023. Recurso de inconstitucionalidad 4057-2021. Interpuesto por cincuenta diputados del Grupo parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados en relación con la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Derecho a la vida y a la integridad física y moral: constitucionalidad de la regulación legal del derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, presidente, y las magistradas y magistrados doña Inmaculada Montalbán Huertas, don Ricardo Enríquez Sancho, doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera, doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, don César Tolosa Tribiño, don Juan Carlos Campo Moreno y doña Laura Díez Bueso, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad 4057-2021, interpuesto por cincuenta diputados del Grupo parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia y, subsidiariamente, contra los siguientes preceptos: arts. 1; 3, apartados b), c), d), e) y h); 4.1; 5, apartados 1 c) y 2; 6.4; 7.2; 8.4; 9; 12 a) apartado cuarto; 16; 17; 18 a) párrafo cuarto; disposiciones adicionales primera y sexta; y disposición final tercera (en relación con el art. 16.1 y con la disposición adicional sexta). Ha formulado alegaciones el Gobierno de la Nación. Ha sido ponente el magistrado don Ramón Sáez Valcárcel.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este tribunal el 16 de junio de 2021, el procurador de los tribunales don Antonio Ortega Fuentes, actuando en nombre de don Santiago Abascal Conde y de otros cuarenta y nueve diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados, interpuso, con la firma como comisionado de don Juan José Aizcorbe Torra, recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia y, subsidiariamente, contra los preceptos de la misma mencionados en el encabezamiento de esta resolución.

La fundamentación jurídica de la demanda es, en síntesis, la siguiente:

A) Se comienza por una exposición preliminar sobre el derecho a la vida en la jurisprudencia constitucional y en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

a) Los recurrentes destacan el carácter esencial y troncal de tal derecho, en tanto que «supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3), de manera que «tiene un carácter absoluto y está entre aquellos que no pueden verse limitados por pronunciamiento judicial alguno ni por ninguna pena» (STC 48/1996, de 25 de marzo, FJ 2). De esta posición nuclear del derecho a la vida han deducido tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos una doble exigencia a los poderes públicos: una de carácter negativo, consistente en abstenerse de privar intencionadamente de la vida a cualquier persona, y otra positiva, en orden a tomar las medidas suficientes para salvaguardar la vida de toda persona bajo la jurisdicción de un determinado Estado (STEDH *Centre for Legal Resources c. Rumanía)*. Esta obligación positiva impone a los Estados el establecimiento de un adecuado sistema de protección que incluye, a la luz de la importancia del derecho y del carácter irreparable de su lesión, normas penales que lo protejan adecuadamente (STC 53/1985, FFJJ 4, 7 y 12). Todo este planteamiento –continúa la demanda– da un giro radical a través de la Ley Orgánica 3/2021, que obliga al Estado a proveer la muerte de sus ciudadanos como prestación de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud.

b) Si bien el Tribunal Constitucional no ha tratado todavía frontalmente la cuestión de la eutanasia, en relación con ella son relevantes varios pronunciamientos previos sobre otras materias: (i) en lo relativo al aborto, la STC 53/1985 entendió que la concepción de la vida prenatal como bien constitucional –no como derecho– supone que el Estado debe establecer mecanismos de protección efectiva de la vida, aunque permite despenalizar algunos de los supuestos del aborto; los recurrentes resaltan las diferencias entre aborto y eutanasia, pues en este caso nos hallamos ante un derecho fundamental a la vida pleno, totalmente desplegado y absoluto; (ii) en cuanto a la alimentación forzosa de presos en huelga de hambre, la STC 120/1990, de 27 de junio, permite concluir que el único derecho fundamental en juego en los casos en que se busca la propia muerte es el derecho a la vida, no a conseguir la propia muerte, y que el Estado debe protegerlo frente a todos, incluido su titular, sin que la decisión de asistencia médica obligatoria vulnere otros derechos de los presos; (iii) la STC 154/2002, de 18 de julio, en la que se aborda la condena por homicidio de quienes, testigos de Jehová, no disuadieron a su hijo de su firme voluntad de rechazar una transfusión de sangre, supone –según la demanda– que la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental, sino únicamente una manifestación del principio general de libertad; y (iv) la STC 37/2011, de 28 de marzo, relativa a una intervención médica sin la previa información sobre sus riesgos, reiteró que la protección constitucional de la vida y de la integridad personal (física y moral) no se reduce al estricto reconocimiento de los derechos subjetivos necesarios para reaccionar jurídicamente frente a agresiones, sino que además contiene un mandato de protección suficiente dirigido al legislador y que debe informar toda su actuación.

c) La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 2 del Convenio europeo para la protección de los derechos fundamentales y las libertades

públicas (CEDH) es coincidente con la constitucional, en el sentido de que no se puede afirmar que exista un derecho subjetivo a morir, ni mucho menos a la eutanasia (o al suicidio asistido). La demanda contiene las siguientes menciones específicas: (i) la STEDH de 29 de abril de 2002, asunto *Pretty c. Reino Unido*, referente jurisprudencial en relación con el fin de la vida, negó la existencia de un derecho a morir o a suicidarse y rechazó que el Estado estuviese obligado a permitir el suicidio asistido; (ii) la STEDH de 20 de enero de 2011, asunto *Haas c. Suiza*, señaló que la decisión sobre cuándo y cómo terminar la propia vida, siempre y cuando se esté en condiciones de forjar libremente la propia voluntad, está protegida por el art. 8 CEDH, pero indicó que ello no impone sobre el Estado una obligación positiva de adoptar las medidas necesarias que permitan un suicidio digno, pues el art. 8.2 CEDH impone a las autoridades el deber de proteger a las personas vulnerables, incluso contra los actos que constituyan una amenaza para su propia vida, como ya se había señalado en la STEDH de 3 de abril de 2001, asunto *Keenan c. Reino Unido*; (iii) la STEDH de 14 de mayo de 2013, asunto *Gross c. Suiza*, único caso que pareció alterar esta doctrina en materia de eutanasia, fue revocada por la de Gran Sala de 30 de septiembre de 2014, al entender que debió inadmitirse la demanda por conducta abusiva de la demandante, de modo que resulta inaceptable que el preámbulo de la Ley Orgánica 3/2021 la cite como doctrina; (iv) la STEDH de 5 de junio de 2015, asunto *Lambert y otros c. Francia*, relativa a un supuesto de ortotanasia (no de eutanasia), consideró aquella compatible con el Convenio y reconoció el margen de discreción que tienen los Estados a la hora de alcanzar un equilibrio entre la protección de la vida del paciente y el derecho al respeto de su vida privada y de su autonomía personal; y (v) la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al art. 2 CEDH ha establecido una obligación positiva de los Estados de adoptar las medidas adecuadas para salvaguardar la vida de las personas bajo su jurisdicción. Dimensión positiva que comprende la obligación de adoptar medidas preventivas frente a autolesiones, siendo a estos efectos las personas con enfermedades mentales un grupo especialmente vulnerable (*Renolde c. Francia*, y *S.F. c. Suiza*) y surgiendo responsabilidad del Estado cuando no adopta medidas razonables de protección de la vida e integridad física de una persona hospitalizada en la que concurre riesgo de suicidio o autolesión (*Younger c. Reino Unido*, y *Fernandes de Oliveira c. Portugal*); que el Estado debe adoptar medidas razonables para evitar que una persona se prenda fuego en protesta por un desahucio (*Mikayil Mammadov c. Azerbaiyán*) y, en el contexto de la sanidad, que estas obligaciones positivas comprenden las de adoptar las medidas apropiadas para la protección de la vida de los pacientes (*Calvelli y Ciglio c. Italia*; *Vo c. Francia*, y *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*), obligaciones que comprenden la de proveer al paciente con tratamientos en situación de emergencia (*Mehmet Sentürk y Bekir Sentürk c. Turquía*). Por supuesto, la obligación negativa impone a los Estados abstenerse de causar la muerte a las personas.

d) La demanda hace mención específica de la sentencia 123/2021, del Tribunal Constitucional de Portugal, dictada en el control previo que el presidente de la República solicitó sobre la constitucionalidad de diversas disposiciones contenidas en el Decreto 109/XIV, de la Asamblea de la República, que regula las condiciones especiales

en las que no es punible la anticipación de la muerte médicamente asistida y modifica el Código penal. La demanda destaca que esta sentencia, si bien acepta que la autonomía individual puede integrar un proyecto de fin de vida trazado de acuerdo con las concepciones y valoraciones de cada persona, indicó que no era necesario posicionarse al respecto, ya que no se trataba de la conducta aislada de alguien que quiere acabar con su propia vida, sino de la asistencia de los profesionales sanitarios, en un marco de actuación regulado y controlado por el Estado, para anticipar la muerte de una persona a su petición, colaboración voluntaria que plantea problemas de otra naturaleza, que trascienden del ámbito personal de quien desea morir, proyectándose en el deber (estatal) de proteger la vida.

B) Se denuncia, en primer lugar, la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 3/2021, por la vulneración del derecho a la vida (art. 15 CE).

a) Siguiendo el informe del Comité de Bioética de España sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, la demanda realiza unas precisiones terminológicas. La «adecuación terapéutica» (mal llamada eutanasia pasiva) es en nuestro país una buena práctica clínica y la «obstinación terapéutica» (vulgarmente denominada ensañamiento terapéutico) es una mala práctica y una falta deontológica, versando este recurso sobre la «eutanasia o auxilio médico al suicidio», esto es, sobre la prestación pública de la muerte a personas bajo la jurisdicción del Estado que cumplan las condiciones establecidas en la ley impugnada.

b) Según los recurrentes, la consagración por la Ley Orgánica 3/2021 del derecho a exigir que el Estado provoque la propia muerte (arts. 1 y 4.1) es inconstitucional porque vulnera frontalmente el derecho fundamental a la vida (art. 15 CE). Dicha inconstitucionalidad se proyecta sobre la totalidad de la Ley Orgánica 3/2021, que no es sino la plasmación de los requisitos (capítulo II), el procedimiento para su realización (capítulo III), las garantías del acceso a la prestación (capítulo IV) y la previsión de las comisiones de garantía y evaluación (capítulo V).

La configuración de la eutanasia como un derecho subjetivo de nueva generación contradice de forma radical lo afirmado reiteradamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia *Pretty c. Reino Unido*) y por el Tribunal Constitucional (STC 154/2002) en orden a que no existe un derecho a exigir que se provoque la propia muerte, pero sí un deber positivo de proteger la vida. Una cosa es afirmar que un determinado acto antijurídico pueda no conllevar determinadas consecuencias y otra afirmar que dicho acto es un derecho equiparable a aquel cuyo contenido se está infringiendo.

La demanda sostiene que determinadas declaraciones del preámbulo son radicalmente contrarias a la Constitución y a la doctrina de este tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo cual no convierte el preámbulo en inconstitucional, pero sí determina la radical inconstitucionalidad de la Ley Orgánica, en cuanto articula el sacrificio del derecho a la vida sobre la base de una inconstitucional ponderación con otros bienes constitucionales, en atención a los cuales no puede ceder el derecho a la

vida. No estamos ante un conflicto entre bienes constitucionales, sino ante la decisión de eliminar irreparablemente la vida y con ella la totalidad de derechos que la tienen como sustrato.

La Ley Orgánica 3/2021 parece actuar sobre el derecho a la vida como si ante la concurrencia del llamado «contexto eutanásico» desapareciera tal derecho fundamental y surgiera una suerte de bien jurídico debilitado, que denomina «bien vida», que debiera ceder definitiva e irreparablemente frente a otros bienes constitucionales, entendimiento radicalmente contrario a la Constitución. Señalan los recurrentes que aquí no nos hallamos ante el «bien vida», sino ante el derecho fundamental esencial y troncal a la vida, que tiene carácter absoluto (SSTC 53/1985 y 48/1996). Y detallan los motivos por los que, a su juicio, ninguno de los bienes y derechos constitucionales invocados en el preámbulo puede justificar la eutanasia:

(i) En cuanto a la dignidad humana y al valor superior de la libertad (arts. 10.1 y 1.1 CE), ni la dignidad puede hacer desaparecer la vida del sujeto (pues, en tal caso, se produce la irreparable destrucción de ambas), ni la libertad comprende un derecho a la propia muerte (STC 120/1990). Los bienes de la dignidad y la libertad solo han de tomarse en consideración por su relación con otro derecho fundamental, no de manera autónoma, y no se pueden usar para contraponerlos al derecho a la vida, como si fueran realidades distintas, cuando lo que es y ha de ser digno o libre es la vida en sí misma, sin que quepan una libertad o dignidad cuya preservación exija la desaparición de la vida, porque es el soporte que les sirve de sustento. Se cita el mencionado informe del Comité de Bioética de España, así como el documento «Doce razones por las que decir no a la eutanasia y sí a los cuidados paliativos», suscrito por más de 175 asociaciones de cuidados paliativos de Francia.

(ii) El derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) no puede fundamentar la extinción de la vida, ya que consagra una suerte de incolumidad corporal frente a cualquier intromisión no autorizada de terceros que tiene como límite, precisamente, la protección del derecho a la vida (SSTC 120/1990 y 154/2002), pues la desaparición de esta supone el sacrificio de ambos derechos.

(iii) El derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) tampoco puede fundar la exigencia de que el Estado provoque la muerte del sujeto, pues dicho derecho tiene un componente fundamentalmente tuitivo, debiendo el Estado actuar para protegerlo de invasiones no queridas, pero no para ponerle fin mediante la supresión de la vida que le da sustento.

(iv) Tampoco las libertades ideológica y de conciencia (art. 16.1 CE) pueden llegar al extremo de provocar la propia muerte (SSTC 120/1990 y 154/2002). De lo contrario cabría plantearse en virtud de qué argumento constitucional sería legítimo impedir que cualquier persona, fuera del contexto eutanásico, pudiera exigir el derecho a la propia muerte.

Se denuncia, por último, la radical inconstitucionalidad de la frase «no existe un deber constitucional de imponer o tutelar la vida a toda costa y en contra de la voluntad

del titular del derecho a la vida», también recogida en el preámbulo. Señala la demanda que no se trata de preservar una vida «a toda costa», pues, de un lado, los arts. 2.2 y 2.4 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, contemplan la no imposición de tratamientos o acciones que pueden prolongar el sufrimiento o la agonía de enfermos terminales; y, de otra parte, la «adecuación terapéutica» se considera buena praxis clínica y mala, así como falta deontológica, la «obstinación terapéutica». Se trata de que el Estado debe cumplir con su obligación positiva de establecer las medidas necesarias para proteger la vida, incluso contra la voluntad de su titular y con la obligación negativa de no provocar la muerte de sus ciudadanos.

C) Se denuncia, en segundo lugar, la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 3/2021, por la vulneración del derecho a la vida y de los deberes de protección derivados de los arts. 43, 49 y 50 CE, en relación con el principio de proporcionalidad y con los cuidados paliativos.

a) Reiteran los demandantes que el derecho a la vida, que se despliega desde el nacimiento hasta la muerte (arts. 30 y 32 del Código civil), no cede frente a ningún otro bien o derecho constitucional, pues solo podría ceder cuando entrara en conflicto con la vida de otra persona. Sostienen que este carácter absoluto del derecho a la vida hace innecesario el examen de proporcionalidad, propio de la restricción de los demás derechos fundamentales. Y, subsidiariamente, argumentan que la Ley Orgánica tampoco superaría el test de proporcionalidad como exigencia de que la medida enjuiciada cuente con cobertura legal (legalidad), responda a un fin constitucionalmente legítimo (adecuación), constituya la alternativa menos restrictiva (necesidad) y produzca más beneficios sobre otros bienes y valores que perjuicios en el derecho fundamental (proporcionalidad en sentido estricto).

b) En cuanto a la exigencia de legalidad, no basta, de acuerdo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con la aprobación de una ley formal; esta ha de reunir los requisitos de calidad, entendida como accesibilidad y previsibilidad (art. 9.3 CE), test que, en este caso, ha de ser singularmente incisivo, pues se regula la extinción del derecho fundamental primario.

Advierten los recurrentes que la configuración de la eutanasia como derecho a morir con dignidad (como si lo digno fuese morir, con renuncia del sujeto a exigir de los poderes públicos y de la sociedad las herramientas para vivir en dignidad) tiene una indudable relevancia, pues la calificación como derecho subjetivo entraña no solo una categorización ética, sino una llamada a su ejercicio. Se refieren a la «pendiente resbaladiza» por la que los conceptos jurídicos indeterminados terminan por expandir los presupuestos de aplicación de la eutanasia, transcribiendo varios pasajes del informe del Comité de Bioética y señalando como ejemplo las experiencias de Bélgica y de los Países Bajos, que, a raíz de la legalización de la eutanasia, comienza el deslizamiento por una pendiente en la que progresivamente se van desdibujando las condiciones

iniciales restrictivas que permiten el reconocimiento del derecho a morir, derecho cuyo reconocimiento supone una transformación en el modo de concebir la propia responsabilidad de la sociedad ante tales decisiones, proceso que conlleva entender lo legal como normal y el ejercicio del derecho a la eutanasia como deseable. El mensaje social de silenciosa coacción que así se trasladaría a las personas de edad y con discapacidad sería tanto más fuerte cuanto más complicadas sean sus circunstancias vitales o la precariedad de la atención médica y familiar. Se citan al respecto las reflexiones de la relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas en su informe en el cuadragésimo tercer período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos (24 de febrero a 20 de marzo de 2020).

En la Ley Orgánica impugnada, el «contexto eutanásico» se refiere a los supuestos «[p]ara poder recibir la prestación de ayuda para morir» del art. 5.1 d), es decir, «[s]ufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en esta Ley, certificada por el médico responsable». Los recurrentes denuncian que el concepto jurídico de «padecimiento grave, crónico e imposibilitante», recogido en el art. 3 b) de la Ley Orgánica, no reúne los requisitos de calidad en la ley, pues no otorga la necesaria accesibilidad y previsibilidad a una legislación que supone nada menos que la extinción del primer derecho, base de todos los demás. Aducen que las «limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria» [art. 3 b)] son condiciones que podrían predicarse prácticamente de cualquier anciano o de cualquier persona con discapacidad y cuyas vidas, por mor de esta Ley Orgánica, devendrían indignas, invitándoles el legislador a ejercer su derecho a la dignidad a través de la muerte. El que esas limitaciones «llev[e]n asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece» [art. 3 b)] supone una subjetivización que permitiría incluir en este supuesto prácticamente a cualquier persona que sufra un trastorno mental, incluida la depresión, siempre que concurra el requisito de que exista «seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable» [art. 3 b)]. Según la demanda, en el caso de que la enfermedad psíquica cause dependencia (como ocurre con todas ellas), sufrimiento psíquico (como acontece con todas) y exista aquella gran probabilidad, la vida deviene indigna y el sujeto, hasta entonces titular de un derecho indisponible a una vida digna, queda investido del derecho a morir con dignidad y a acabar con una vida indigna. Añaden los recurrentes que la existencia de un «padecimiento grave, crónico e imposibilitante» [arts. 5.1 d) y 3 b)] no exige la concurrencia de una «enfermedad grave e incurable», dado que a este supuesto atiende el art. 3 c). Concluyen de todo ello que el concepto es tan abierto que no satisface las exigencias de calidad de la ley, pues en él cabría cualquier discapacidad o enfermedad psicológica.

c) El requisito de la adecuación («fin constitucionalmente legítimo») de ninguna manera concurre, pues la finalidad de la eutanasia es acabar con una vida humana, algo ilícito desde una perspectiva constitucional. Ninguno de los derechos o bienes constitucionales citados en el preámbulo justifican el sacrificio del derecho a la vida, sacrificio que es contrario a los arts. 43.1, 49 y 50 CE como principios inspiradores de

la legislación estatal y de la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 CE) ante la enfermedad, el sufrimiento y la muerte, que obligan a la preservación de la vida y la salud como soporte de la totalidad de derechos y bienes constitucionales.

En concreto, sostienen que la Ley Orgánica sería contraria al art. 43.1 CE, que reconoce el derecho a la protección de la salud y con ello impone al Estado el deber de articular alternativas que permitan afrontar en las mejores condiciones de salud los casos de enfermedades graves crónicas, degenerativas o incurables, de modo que resulta vulnerado si el Estado renuncia a proteger la vida y la salud mediante el establecimiento de un derecho a provocar la muerte de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. La norma impugnada también vulneraría el art. 49 CE, que exige al Estado prestar atención especializada a las personas con alguna discapacidad y ampararles especialmente para el disfrute de sus derechos. Asimismo, se infringiría el art. 50 CE, que exige al Estado «promover [el] bienestar» de los ciudadanos que se encuentren en la «tercera edad» mediante «un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud».

d) En cuanto a los juicios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, denuncian los demandantes su incumplimiento, recordando que la intensidad con que la norma impugnada restringe el derecho fundamental afectado exige del Tribunal Constitucional un control de proporcionalidad especialmente intenso (STC 99/2019). Con referencia, de nuevo, al informe del Comité de Bioética, se aduce que la Ley Orgánica no respeta el principio de necesidad o menor onerosidad, pues siendo su finalidad garantizar la dignidad de la persona, evitándole un sufrimiento, físico o psíquico, constante e intolerable, se opta por la restricción más drástica del derecho fundamental primario sin que previamente se hayan universalizado los cuidados paliativos, entendidos como una medida menos restrictiva y eficaz para devolver la dignidad a la propia vida mediante la eliminación del sufrimiento hasta hacerlo tolerable. Alternativa que no puede entenderse cumplimentada mediante los arts. 5.1 b) y 8.1 de la Ley Orgánica, que imponen ofrecer al paciente información comprensible sobre la posibilidad de acceder a cuidados paliativos integrales. Tal ofrecimiento se configura como un puro requisito formal de información, pero no es una previsión sustantiva que garantice la plena accesibilidad y la universalización de dichos cuidados, como medida verdaderamente eficaz para restaurar la dignidad vital, reduciendo los padecimientos y favoreciendo que la vida llegue naturalmente a su fin mediante la buena praxis de la adecuación del esfuerzo terapéutico.

En relación con la manifiesta desproporción que se denuncia, el Estado no solo incumple su obligación de agotar previamente las medidas eficaces y menos restrictivas del derecho a la vida, sino que, en clara vulneración de los arts. 15, 43, 49 y 50 CE, introduce la previsión contenida en el párrafo primero de la disposición adicional séptima, que ordena a las administraciones sanitarias que establezcan los dispositivos necesarios para dar la máxima difusión de la eutanasia entre el personal sanitario y los ciudadanos, y para promover que estos formalicen un documento de instrucciones previas que prepare su propia muerte y al que la Ley Orgánica atribuye una eficacia

indefinida. Según la demanda, esta previsión está directamente orientada a que comience la peligrosa e irreversible pendiente deslizante.

D) En tercer lugar, se aduce la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley Orgánica 3/2021 [arts. 7.2, 8.4, 17 y 18 a) párrafo cuarto, y disposición adicional primera] por omisión de las garantías administrativas y jurisdiccionales necesarias para la adecuada protección del derecho a la vida, con vulneración de los arts. 15, 24, 53.2, 106 y 117 CE.

Como introducción a este motivo de impugnación, la demanda señala que la omisión de garantías contrasta con el sistema clásico de protección de los derechos fundamentales frente a injerencias de los poderes públicos, conforme al cual la decisión invasiva exige la previa autorización judicial y ha de ser objeto de un control efectivo por parte de jueces y tribunales.

a) Se impugna el art. 7.2 de la Ley –que indica que, en caso de denegación de la solicitud de ayuda para morir por parte del médico responsable, quien hubiera presentado la solicitud podrá formular reclamación ante la comisión de garantía y evaluación– y también su art. 8.4 –que prevé la posibilidad del paciente de formular esa misma reclamación en caso de informe desfavorable del médico consultor sobre el cumplimiento de las condiciones del art. 5.1 de la Ley–. Señalan los recurrentes que estos preceptos no prevén garantía alguna para el caso de que la decisión de tales médicos sea favorable a la eutanasia. Las decisiones favorables ni habrían de ser motivadas (motivación que sí exige el art. 7.1 de la Ley para las decisiones desfavorables del médico responsable), ni serían impugnables ante la comisión de garantía y evaluación, todo ello aunque la reclamación pudiera interesar a un familiar, amigo o afín del solicitante, que pudiera invocar un interés legítimo en la decisión. Así lo confirmaría el tenor del art. 18 a), que solo otorga competencia a la comisión para resolver «las reclamaciones que formulen las personas a las que el médico responsable haya denegado su solicitud de prestación de ayuda para morir».

Indican los recurrentes que las comisiones de garantía y evaluación son órganos administrativos (art. 17 de la Ley) a los que corresponde un último control al objeto de verificar la concurrencia de los requisitos y condiciones para el correcto ejercicio del derecho a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir (arts. 8.4 y 10.1), pero solo en el caso de que la decisión inicial del médico responsable fuera desfavorable. En la misma línea, si la comisión decide en sentido desfavorable, su resolución podrá ser recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 10.5), pero nada se prevé sobre la posibilidad de recurrir una resolución favorable.

Para los recurrentes resulta manifiesta la inconstitucionalidad de la diferenciación que se establece en los controles de la decisión, en función de que la misma sea favorable o desfavorable a la eutanasia. La decisión de la muerte de la persona aparece como inapelable, a pesar de ser irreversible e irreparable. La omisión normativa no es, en general, motivo de inconstitucionalidad, salvo en el caso de que el legislador tenga la obligación constitucional o convencional (art. 10.2 CE, por referencia al CEDH) de articular un concreto sistema de protección. Se señala que este es el caso, pues la

jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos impone a los Estados la obligación de establecer medidas eficaces de protección del derecho a la vida, dimensión procesal o procedimental que les obliga a establecer las garantías procesales y jurisdiccionales para la adecuada defensa jurisdiccional de un derecho fundamental cuya vulneración tiene carácter irremediable. La decisión de otorgar por el médico responsable lo que eufemísticamente se llama la prestación eutanásica no es sino propiciar la muerte de una persona en plazos extraordinariamente breves y, ante una consecuencia tan drástica, el legislador tiene la obligación constitucional de establecer un concreto y claro sistema de garantías jurisdiccionales. Dispone de un amplio margen de apreciación, pero lo que no puede hacer es prever un completo sistema impugnatorio contra la denegación de la prestación eutanásica omitiendo toda referencia al control administrativo y jurisdiccional de la decisión potencialmente vulneradora del derecho a la vida.

b) Se impugna el párrafo cuarto del art. 18 a) de la Ley Orgánica, relativo a las decisiones de las comisiones ante las reclamaciones contra la denegación de la solicitud de la prestación de la ayuda para morir, a cuyo tenor «[e]n el caso de que la resolución sea favorable a la solicitud de prestación de ayuda para morir, la comisión de garantía y evaluación competente requerirá a la dirección del centro para que en el plazo máximo de siete días naturales facilite la prestación solicitada a través de otro médico del centro o de un equipo externo de profesionales sanitarios». Este apartado supondría una manifiesta vulneración de los arts. 24, 53.2 y 106 CE, en cuanto el plazo extraordinariamente breve de siete días imposibilita todo control jurisdiccional de la decisión administrativa. Se hace notar que, dada la definición legal del «contexto eutanásico», el mismo aparece orientado a personas que pueden tener «alterada» su capacidad de consciencia y voluntad por una situación de sufrimiento grave o, directamente, por una discapacidad de hecho. Ante tal situación, pueden tomar una decisión de poner fin a su vida y, de acuerdo con la Ley, la misma se ejecuta de forma motorizada, aunque los familiares puedan apostar por la vida y curación de esta persona. De no admitirse una legitimación de tales familiares para impugnar las decisiones ante la jurisdicción con eficacia suspensiva se producirá una vulneración irreparable del derecho a la vida, aunque después la jurisdicción afirme que no concurrían los presupuestos eutanásicos.

c) Se impugnan también los preceptos que remiten la creación y régimen jurídico de las comisiones de garantía y evaluación a los gobiernos autonómicos y al Ministerio de Sanidad en el caso de Ceuta y Melilla, y que prevén que cada una de estas comisiones elabore su reglamento de orden interno, que deberá ser autorizado por el órgano competente de la administración autonómica o por aquel Ministerio (arts. 17.2 y 17.4, respectivamente). Según la demanda, estas previsiones son inconstitucionales porque el papel que en un Estado de Derecho corresponde al Poder Judicial se atribuye a un órgano administrativo cuyo régimen jurídico, composición y funcionamiento se desconocen.

De esta circunstancia y de las anteriormente expuestas concluyen los recurrentes la ausencia de todo control judicial en el procedimiento para la realización de la prestación de ayuda para morir. Señalan que resulta incomprensible que el internamiento de una persona enferma sin su consentimiento exija autorización judicial (art. 763.1 de la Ley de enjuiciamiento civil) y que no se cuente en absoluto con la actuación judicial cuando se trata de poner fin a la vida de esa persona. Pese a contarse con el consentimiento del afectado, lo sorprendente es que ese control de las condiciones en las que se emite el consentimiento y la concurrencia de los presupuestos materiales se atribuya al médico responsable y al médico consultor, es decir, a dos profesionales de la medicina que no tienen encomendada la función constitucional de velar por el respeto a los derechos fundamentales, con preterición absoluta del Poder Judicial.

d) Se impugna, en fin, la disposición adicional primera de la Ley Orgánica, según la cual «[l]a muerte como consecuencia de la prestación de ayuda para morir tendrá la consideración legal de muerte natural a todos los efectos, independientemente de la codificación realizada en la misma». Este precepto vulneraría la dimensión procedimental del derecho a la vida (arts. 15 CE y 2 CEDH), en cuanto elimina la obligación del Estado de determinar mediante una investigación completa las causas de la muerte de una persona bajo su jurisdicción. Y también infringiría los arts. 106, 117 y 24 CE, en cuanto legislativamente se estaría predeterminando el eventual resultado de una investigación judicial orientada a determinar la concurrencia de los presupuestos objetivos y formales que justificarían el denominado «contexto eutanásico».

E) En cuarto lugar, se denuncia la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley Orgánica 3/2021 relativos al régimen aplicable a las personas con «incapacidad de hecho» [art. 3 d), e) y h); art. 5.1 c) y 5.2; art. 6.4; art. 9; art. 12 a) apartado cuarto; y disposición adicional sexta, párrafo segundo], por vulneración de los arts. 15, 24 y 53.2 CE.

a) Se impugna el art. 3 h), definitorio de la «situación de incapacidad de hecho» que permite que un tercero, ya sea representante del solicitante o un médico, inste, sin tutela judicial alguna, la muerte del sujeto supuestamente afectado por esta condición. Se impugna también el art. 5.2, párrafo segundo, que establece que la apreciación de la incapacidad de hecho corresponde al médico responsable «conforme a los protocolos de actuación que se determinen por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud», protocolos que, según el párrafo segundo de la disposición adicional sexta (también impugnado), deberán elaborarse en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica. Señala la demanda que la definición de la situación de incapacidad de hecho adolece de manifiesta falta de calidad en el sentido exigido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al desconocerse absolutamente los criterios a seguir para que por el personal médico se aprecie la concurrencia de dicha situación y por atribuirse la exacta fijación de esos criterios a un órgano administrativo con omisión de toda garantía judicial.

b) Por otro lado, sostiene la demanda que la exigencia del art. 5.2 de que el paciente haya suscrito «con anterioridad» un «documento de instrucciones previas,

testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos» adolece de una grave indeterminación, que le lleva a incurrir en una inconstitucional falta de calidad de la ley. Se aduce que la validez indefinida que a tales documentos imprime el plazo temporal («con anterioridad») permitirá al médico responsable aplicar la eutanasia en cualquier momento a la persona que él mismo ha valorado como incapaz, pero también, dados los conceptos vagos e imprecisos de la Ley Orgánica, el médico podrá acudir a cualquier tipo de instrumento documental en el que se hubiera recogido un deseo o una manifestación expresada en un momento vital ya superado. Se preguntan en este punto los recurrentes si una simple carta, *e-mail*, o incluso un *WhatsApp*, en el que alguien expresara su voluntad de morir en determinadas circunstancias valdría como «documento equivalente», y señalan que la respuesta dependerá de la interpretación que dé el médico responsable. Esta absoluta indeterminación resulta intolerable cuando nos hallamos ante una decisión tan irreparable. Es más, si se tiene en cuenta que entre el momento de solicitar la eutanasia y su efectiva aplicación transcurre un tiempo durante el cual el solicitante puede desear la revocación de tal decisión o el aplazamiento de su administración (posibilidades previstas en el art. 6.3), no cabe ignorar que si el médico, o un tercero, considerasen que en ese período de tiempo el paciente ya no es «plenamente consciente» o es «incapaz de hecho» para manifestar su voluntad contraria, o bien ha perdido la capacidad física para comunicarse, se podría aplicar contra su voluntad actual la eutanasia que solicitó y que con posterioridad hubiese querido revocar o posponer.

Destacan los recurrentes la trascendencia de tales documentos, pues el art. 9 de la Ley Orgánica prescribe, en cuanto al «procedimiento a seguir cuando se aprecie que existe una situación de incapacidad de hecho», que «[e]n los casos previstos en el artículo 5.2 el médico responsable está obligado a aplicar lo previsto en las instrucciones previas o documento equivalente». Ello evidencia que las pautas a seguir serán las resultantes de unas indeterminadas «instrucciones previas o documento equivalente», sin que además medie garantía judicial que asegure el respeto a la voluntad del paciente que pudiera haber desistido de su solicitud y se ha visto privado de la oportunidad de manifestar su decisión actual de continuar con vida.

c) Se impugna el art. 5.2, así como el art. 3 d) y e) y el art. 9, en tanto que no solo prevén que la «incapacitación» se lleve a cabo al margen de la autoridad judicial, sino que dejan la valoración del cumplimiento de los requisitos para la ayuda a morir a la entera discrecionalidad del médico responsable, a quien ni siquiera se le exige formación específica alguna. Se posibilita así el comienzo de la andadura de la pendiente resbaladiza.

El art. 5.2 dispone que «no será de aplicación lo previsto en las letras b), c) y e) del apartado anterior [en el que se relacionan los requisitos para recibir la prestación de ayuda para morir] en aquellos casos en los que el médico responsable certifique que el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes, cumpla lo previsto en el apartado 1 d), y haya suscrito con anterioridad un documento de

instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, en cuyo caso se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento».

Este precepto habilita al médico responsable para prescindir de tres de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la prestación de ayuda para morir si considera que el paciente está en dicha situación. Tales requisitos son los del art. 5.1, apartado b) («[d]isponer por escrito de la información que exista sobre su proceso médico, las diferentes alternativas y posibilidades de actuación, incluida la de acceder a cuidados paliativos integrales comprendidos en la cartera común de servicios y a las prestaciones que tuviera derecho de conformidad a la normativa de atención a la dependencia»), apartado c) («[h]aber formulado dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito, o por otro medio que permita dejar constancia, y que no sea el resultado de ninguna presión externa, dejando una separación de al menos quince días naturales entre ambas») y apartado e) («[p]restar consentimiento informado previamente a recibir la prestación de ayuda para morir»). Los recurrentes subrayan que de esta forma, sin supervisión judicial alguna, el cumplimiento de todos los requisitos del art. 5.1 (salvo el de ser mayor de edad y nacional o residente en España) queda en manos del médico responsable, pues le bastará certificar que el solicitante de eutanasia, al que previamente ha estimado incapaz, sufre «una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante». En conexión con ello, se señala que de las definiciones de «médico responsable» [art. 3 d)] y «médico consultor» [art. 3 e)] resulta que el médico responsable no necesariamente tiene formación en el ámbito de patologías del paciente, a pesar de lo cual la Ley Orgánica le atribuye facultades y funciones esenciales en el procedimiento [arts. 5.1 c) y d); 5.2; 6.2; 6.4; 7.1, 2 y 3; 8.1, 2, 3 y 5; 9; 10.4; 11.1, 2 y 3, y 12 a)].

Junto con ello, se impugna el párrafo segundo del art. 5.1 c), en cuanto permite al médico responsable obviar el requisito en él establecido, pues, tras exigirse al paciente la formulación de dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito (o por otro medio que permita dejar constancia y que no sea resultado de presión externa) con una separación de al menos quince días naturales entre ambas, se añade que «si el médico responsable considera que la pérdida de la capacidad de la persona solicitante para otorgar el consentimiento informado es inminente, podrá aceptar cualquier período menor que considere apropiado en función de las circunstancias clínicas concurrentes, de las que deberá dejar constancia en la historia clínica». Se permite así al médico responsable no solo decidir sobre si la pérdida de capacidad es o no inminente, sino también ignorar el protocolo y fijar, obviando la separación de al menos quince días naturales, cualquier período menor que considere apropiado.

d) Se impugna también la posibilidad de que la eutanasia pueda ser solicitada por una persona distinta del paciente declarado en situación de incapacidad de hecho, prevista en los arts. 6.4 y 12 a), apartado cuarto, de la Ley Orgánica.

El art. 6.4 permite que, certificada por el médico responsable la incapacidad de hecho, la solicitud de prestación de ayuda para morir le sea presentada por «otra persona

mayor de edad y plenamente capaz, acompañándolo [*sic*] del documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, suscritos previamente por el paciente». Señala la demanda que nuevamente se acude al término vago e impreciso de documentos «legalmente reconocidos» y esta vez se utiliza el adverbio genérico «previamente», para dejar sin concretar temporalmente la validez de tales documentos, permitiéndose así que el paciente los pueda haber suscrito en cualquier momento de su trayectoria vital. Pero, además, este precepto añade que «[e]n caso de que no exista ninguna persona que pueda presentar la solicitud en nombre del paciente, el médico que lo trata podrá presentar la solicitud de eutanasia», con lo que se otorga a un facultativo ajeno, sin mediación judicial, esa facultad y se le atribuye legitimación para «solicitar y obtener el acceso» a tales documentos a través de las personas designadas por la autoridad sanitaria de la comunidad autónoma correspondiente o por el Ministerio de Sanidad, de conformidad con el art. 4.1 d) del Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal, en clara vulneración del art. 18.1 CE.

Según la demanda, esta posibilidad queda confirmada por el art. 12 a), apartado cuarto, en el que, al precisar el contenido del primer documento que el médico responsable debe remitir a la comisión de garantía y evaluación tras realizar la prestación de ayuda para morir, se establece que «si la persona solicitante disponía de un documento de instrucciones previas o documento equivalente y en él se señalaba a un representante, nombre completo del mismo» y, caso contrario, «nombre completo de la persona que presentó la solicitud en nombre del paciente en situación de incapacidad de hecho».

e) Recuerdan los recurrentes la doctrina constitucional (SSTC 131/2010, de 2 de diciembre; 34/2016, de 29 de febrero, y 132/2016, de 18 de julio) acerca de la necesidad de autorización judicial para el ingreso involuntario de una persona con algún grado de incapacidad en un establecimiento hospitalario o de tercera edad. Aducen que si esta intervención judicial es precisa para la restricción de la libertad personal (art. 17 CE), siempre reparable *a posteriori*, resulta palmario que es absolutamente imprescindible para la calificación de la concurrencia de una supuesta incapacidad de hecho en el sujeto al que se va a aplicar la eutanasia.

F) En quinto lugar, se aduce la inconstitucionalidad de varios preceptos de la Ley Orgánica (segundo párrafo del art. 5.2, art. 17.5, disposición adicional sexta y disposición final tercera) por infracción de la reserva de ley orgánica (art. 81 CE), de la reserva de ley (art. 53.1 CE) y del requisito de calidad de la ley (art. 15 CE, en relación con el art. 9.3 CE).

El art. 17.5 de la Ley Orgánica dispone que «[e]l Ministerio de Sanidad y los presidentes de las comisiones de garantía y evaluación de las comunidades autónomas se reunirán anualmente, bajo la coordinación del Ministerio, para homogeneizar criterios e intercambiar buenas prácticas en el desarrollo de la prestación de eutanasia

en el Sistema Nacional de Salud». La disposición adicional sexta añade que «[c]on el fin de asegurar la igualdad y calidad asistencial de la prestación de ayuda para morir», el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud deberá elaborar «un manual de buenas prácticas que sirva para orientar la correcta puesta en práctica de esta ley», así como «los protocolos a los que se refiere el artículo 5.2». El art. 5.2 prescribe que «la valoración de la situación de incapacidad de hecho por el médico responsable se hará conforme a los protocolos de actuación que se determinen por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud».

Argumenta la demanda que la habilitación a dicho consejo interterritorial para elaborar el referido protocolo, contenida en el segundo párrafo del art. 5.2 y en la disposición adicional sexta (esta última carente de carácter orgánico según la disposición final tercera, impugnada por tal motivo), es radicalmente inconstitucional, pues remite a la administración plenamente y sin predeterminación alguna la fijación de los criterios para aplicar un concepto absolutamente indeterminado (el de incapacidad de hecho) cuya concurrencia permite obviar la práctica totalidad de los requisitos legalmente exigibles. Esta habilitación en blanco a un órgano administrativo para la determinación de un elemento esencial en orden a la irremediable extinción del derecho a la vida resulta inconstitucional, siendo el legislador orgánico el que debe predeterminar con precisión cuándo se entiende que concurre la incapacidad de hecho. Lo mismo acontece con la disposición adicional sexta en relación con el art. 17.5, que habilitan a la administración para elaborar un manual de buenas prácticas y fijar criterios de actuación, cuestiones que deben quedar predeterminadas en la ley orgánica.

G) Se denuncia, en sexto lugar, la inconstitucionalidad de la disposición final tercera, en relación con el art. 16.1, por vulneración de la reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE), así como la inconstitucionalidad del art. 16.2 por infracción del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios que intervienen en la eutanasia (art. 16 CE).

a) El art. 16 de la Ley Orgánica reconoce el derecho de los profesionales sanitarios implicados directamente en la ayuda para morir a objetar su participación en dicho proceso, derecho que contaba ya con expreso reconocimiento en el art. 16 CE y en el código de deontología médica (arts. 32 y ss.). Señalan los recurrentes que el carácter ordinario que la disposición final tercera atribuye al art. 16.1 de la Ley Orgánica es inconstitucional, por ser la objeción de conciencia una parte esencial del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE y STC 53/1985), lo que implica que sus condiciones básicas de ejercicio deban regularse por ley orgánica. Se cita al respecto la STC 151/2014, así como el voto particular formulado a esa sentencia.

b) El art. 16.2 de la Ley Orgánica limita la objeción de conciencia al prever como condición para su ejercicio la inscripción en un registro de profesionales objetores, creado por las administraciones sanitarias, que tendría por objeto facilitar la necesaria información a la administración para que pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación, pero que inevitablemente señala a quienes objetan, lo que tiene una importancia decisiva, pues el código deontológico del médico le obliga a orientar su

actuación hacia la recuperación de la salud del paciente, nunca hacia la destrucción de la vida. Se señala a estos efectos lo siguiente:

(i) La condición de objetor se asienta en la contradicción moral entre el deber de cumplir un mandato legal y la conciencia del profesional. En el caso de los profesionales sanitarios, puede tener muy amplia aplicación en supuestos de discordancia entre lo percibido por el paciente sobre su situación clínica y la interpretación que de ella haga el médico. El derecho a solicitar la prestación de ayuda para morir se basa en el sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable, concepto evidentemente subjetivo del paciente y que puede no corresponderse con una situación real de expectativas terapéuticas a criterio del profesional que, por el juramento hipocrático y/o por convicciones éticas o morales, invoque su derecho a objetar en conciencia.

(ii) La posición objetora no es definitiva –ya que puede cambiarse a lo largo del ejercicio profesional– ni absoluta –pues puede depender de casos concretos que motivan este planteamiento–. Por ello, un registro general de concepción monolítica como el previsto no es un instrumento realista en el que se acomode tan complejo tema profesional.

(iii) En todo caso, la obligatoriedad que impone el art. 16.2 de la Ley Orgánica de declarar previamente la condición de objetor se opone al art. 16.2 CE, que exime de la obligación de declarar sobre las propias creencias. En particular, el registro vulnera el principio de proporcionalidad, en tanto que no resulta adecuado (porque no hay relación causal entre garantizar la prestación sanitaria y la objeción de conciencia) ni tampoco resulta necesario (pues existen alternativas menos intensas, como pudiera ser un archivo interno, que cubriría la deseada exigencia de gestión organizativa de la administración). Además, esta medida genera más impedimentos para el interés general que beneficios para los afectados y para la prestación del servicio de salud. Y es que la existencia de un registro de objetores no es un presupuesto necesario para el ejercicio de la prestación de ayuda para morir, ni de la manifestación de la objeción de conciencia del profesional, con independencia de que la objeción anticipada debe constar necesariamente en un registro a efectos organizativos de la administración sanitaria.

(iv) La oportunidad de establecer este registro en los colegios de médicos se puso de manifiesto por la Organización Médica Colegial de España y es que, aunque el previsto en la Ley Orgánica se residencia en las administraciones sanitarias y «tendrá por objeto facilitar la necesaria información a la administración sanitaria para que esta pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación de ayuda para morir» (art. 16.2), no por ello es absolutamente ajeno al riesgo de discriminación y estigmatización de los profesionales que en él se inscriban. La inclusión en el mismo puede señalar a determinados profesionales ante sus superiores o ante la profesión y la sociedad en general, resultando por ello de imposible conciliación con el derecho a no declarar sobre las propias creencias o determinaciones morales (art. 16 CE).

H) Por último, se denuncia la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica en su conjunto por vicios en su procedimiento de aprobación y la consiguiente

vulneración de los arts. 23 CE y 561 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), así como de los arts. 88 y 89.1 CE en relación con los arts. 69 y 124 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD).

a) Tras citar las SSTC 108/1986, de 29 de julio, y 238/2012, de 13 de diciembre, la demanda invoca el art. 561.1 LOPJ, de conformidad con el cual se someterán a informe del Consejo General del Poder Judicial los anteproyectos de ley y disposiciones generales que versen, entre otras materias, sobre normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales y sobre leyes penales. Señala la demanda que la Ley Orgánica, materialmente, debía haber sido objeto de tal informe previo, porque en ella se introduce una reforma penal de tal calibre que conductas que antes se consideraban delito no solo se despenalizan, sino que esa misma conducta, antes típica, pasa a configurarse como «derecho de toda persona» (art. 4.1) y además se convierte en una prestación «incluida en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud» y de «financiación pública» (art. 13.1). Los parlamentarios han ejercido su función legislativa sin contar con ninguno de los informes legalmente previstos y con vulneración de su derecho de participación.

Se recuerda que la Ley Orgánica no es el resultado de un proyecto de ley del Gobierno, sino de una proposición de ley del Grupo Parlamentario Socialista, que apoya al Gobierno, así como que el requisito del informe previo del Consejo General del Poder Judicial es indisponible para el Gobierno, que debe acompañarlo al proyecto de ley remitido al Congreso como uno de los antecedentes necesarios (art. 88 CE). El Gobierno no puede utilizar al grupo parlamentario del mismo partido político como subterfugio para eludir la obligación que le impone el bloque de constitucionalidad. La exigencia de ese previo dictamen se establece como garantía para que diputados y grupos puedan ejercer su función con pleno conocimiento y en salvaguardia de las minorías y del control que les corresponde para evitar los excesos de la mayoría que sustenta al Ejecutivo. Se cita, respecto a los vicios del procedimiento legislativo y su conexión con la violación del art. 23 CE, la STC 27/2018, de 5 de marzo.

Si se conviene en que existe una identidad funcional entre el Gobierno y la mayoría política que lo sustenta, resulta fácil colegir que no cabe utilizar el cauce de la proposición de ley como medio para hurtar a los diputados y grupos de la minoría los informes y dictámenes exigidos por la ley y que sirven de soporte técnico imprescindible para el fundado ejercicio de la potestad legislativa. Aceptado lo anterior, es evidente que la exigencia del art. 561 LOPJ debe imponerse también a las proposiciones de ley presentadas por la mayoría política. Sentado lo anterior, y por aplicación de la doctrina de la STC 238/2012, ha de concluirse que la infracción del procedimiento ha de provocar la invalidez de la ley resultante, porque la opinión del Consejo General del Poder Judicial no se recabó ni llegó a conocimiento de los parlamentarios, y porque en el debate parlamentario las minorías hicieron extensa referencia a este vicio de procedimiento, según transcripciones que la demanda incorpora.

b) Los parlamentarios de la minoría protestaron también por la falta de informe de, entre otros organismos y singularmente, el Comité de Bioética de España, regulado en la Ley 14/2007, de 3 de julio, cuyo art. 78 le atribuye la función de emitir informes, propuestas y recomendaciones para los poderes públicos en asuntos con implicaciones bioéticas relevantes. Aunque no se especifique que ese dictamen sea preceptivo, difícilmente se encontrará otro asunto con implicaciones bioéticas de mayor relevancia que la aprobación de esta Ley Orgánica. Transcribe la demanda, tras ello, diversos pasajes del informe del Comité.

c) Se alude a continuación a declaraciones oficiales de corporaciones médicas en las que se rechaza la colaboración de los médicos para causar la muerte de un paciente: (i) declaración de octubre de 2019, de la Asociación Médica Mundial; (ii) posicionamiento ante la eutanasia y el suicidio asistido del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España, de mayo de 2018; (iii) declaraciones publicadas por la Sociedad Española de Psiquiatría y Salud Mental y por la Sociedad Española de Cuidados Paliativos, así como declaración oficial conjunta de los colegios de farmacéuticos, odontólogos y médicos de Madrid, textos todos que se aportan junto a la demanda; y (iv) declaración sobre dilemas éticos relativos al final de la vida, del Foro Iberoamericano de Entidades Médicas.

d) La tramitación como proposición de ley, de manera acelerada y durante un estado de alarma ha privado a la ciudadanía y a los parlamentarios de un debate imprescindible sobre una legislación que altera total y radicalmente la concepción de la vida humana y el derecho fundamental nuclear, lo que supone la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica. Es un fraude de ley, en sentido técnico, que el Gobierno trate de eludir la aplicación del art. 561 LOPJ sirviéndose de la mayoría que lo apoya y, como dispone el art. 6.4 del Código civil, los actos realizados en fraude de ley no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir. La utilización por la mayoría política de un procedimiento *ad hoc* que elude recabar el informe del Consejo General del Poder Judicial supone una vulneración del art. 23 CE, en cuanto altera el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras y afecta, mediatamente, al derecho de los ciudadanos a la participación en los asuntos públicos a través de sus representantes. Se recuerda que el art. 69 RCD dispone que ningún debate podrá comenzar sin la previa distribución a todos los diputados, al menos con cuarenta y ocho horas de antelación, del informe, dictamen o documentación que haya de servir de base en el mismo y que su art. 124, al que remite el art. 89.2 del propio Reglamento, añade que las proposiciones de ley se presentarán acompañadas de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre ellas. De esta forma, el único medio para evitar el fraude que se denuncia es considerar que, cuando la proposición se presente por la misma mayoría que apoya al Gobierno, entre tales antecedentes necesarios e informes se han de incluir aquellos que preceptivamente debiera recabar el Gobierno en la presentación de un proyecto de ley.

La demanda concluye con la súplica de que (i) se declare la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley Orgánica 3/2021, y (ii) subsidiariamente, que así se declaren los

siguientes preceptos: arts. 1; 3 b), c), d), e) y h); 4.1; 5.1 c); 5.2; 6.4; 7.2; 8.4; 9; 12 a) apartado cuarto; 16; 17; 18 a) párrafo cuarto; disposiciones adicionales primera y sexta; y disposición final tercera (en relación con el art. 16.1 y la disposición adicional sexta). En otrosí se solicita, por las razones allí expuestas, la inmediata suspensión de la vigencia de la Ley Orgánica impugnada.

2. Por providencia de 23 de junio de 2021 el Pleno acordó, a propuesta de la Sección Tercera: (i) admitir a trámite el recurso de constitucionalidad; (ii) dar traslado de la demanda y documentos presentados [art. 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)] al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus presidentes, y al Gobierno, a través del ministro de Justicia, al objeto de que, en plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes; (iii) denegar la suspensión solicitada en la demanda mediante otrosí, en aplicación de la doctrina del Tribunal (AATC 90/2010, de 14 de julio; 132/2011, de 18 de octubre; 229/2014, de 23 de septiembre, y 267/2014, de 4 de noviembre), y (iv) publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado».

3. Mediante escrito de 9 de julio de 2021, que tuvo entrada en el Tribunal en esa misma fecha, la Abogacía del Estado se personó en el procedimiento, en nombre del Gobierno, y solicitó se le concediera prórroga de ocho días más para la formulación de alegaciones. Por diligencia de ordenación del día 12 del mismo mes se tuvo por personado al abogado del Estado y se le prorrogó en ocho días más el plazo concedido para alegaciones a contar desde el siguiente al de expiración del ordinario.

4. Mediante escrito de 20 de julio de 2021, que tuvo entrada en el Tribunal el inmediato día 23, la presidenta del Congreso de los Diputados comunicó el acuerdo de la mesa en orden a que se diera por personada a la Cámara en el procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

5. Mediante escrito de 21 de julio de 2021, que tuvo entrada en el Tribunal el inmediato día 26, el presidente del Senado comunicó el acuerdo de la mesa en orden a que se diera por personada a la Cámara en el procedimiento y por ofrecida su colaboración a efectos del art. 88.1 LOTC.

6. Mediante escrito de 1 de septiembre de 2021, con entrada en el Tribunal en la misma fecha, la Abogacía del Estado presentó sus alegaciones. Pueden resumirse como sigue:

A) Preliminar: la decisión libre de una persona de poner fin a su vida ante el marco constitucional español.

Tras referirse al objeto del recurso y al de la propia Ley Orgánica impugnada, el abogado del Estado expone unas consideraciones preliminares acerca de la decisión libre de una persona de poner fin a su vida ante el marco constitucional español, en oposición a lo que considera una lectura errónea de la jurisprudencia constitucional y de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el recurso, por más que, según advierte, el objeto de la Ley Orgánica 3/2021 se circunscribe a la decisión y petición de asistencia al Estado en un contexto eutanásico.

a) Comienza sus alegaciones subrayando que la distinción entre el hecho biológico de la vida humana y el derecho fundamental a la vida (art. 15 CE), ya afirmada por la STC 53/1985, permite afirmar que la vida es un bien jurídicamente protegido incluso en supuestos en que *ratione personae* no puede hablarse de la operatividad del derecho fundamental, como ocurre en el caso del *nasciturus*, así como que, *ratione materiae*, pues puede haber decisiones o actuaciones que, aunque afecten a la vida de una persona, quedan fuera del ámbito de aplicación material del derecho fundamental a la vida. Esta premisa, junto a la constatación de que el derecho a la vida protege a su titular frente a ataques de terceros (STC 120/1990 y STEDH asunto *Osman c. Reino Unido*), se ponen en conexión con dos consideraciones que, según se afirma, estarían indisolublemente interrelacionadas tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 120/1990, 137/1990 y 11/1991) como en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asunto *Pretty c. Reino Unido*). A saber, que el contenido protegido del derecho a la vida, dado su contenido de protección positiva, no comprende el derecho a exigir la causación de la propia muerte y que la decisión de prescindir de la vida es una manifestación de libertad del individuo no prohibida por el ordenamiento jurídico, en particular, por el art. 15 CE, que no configura un derecho-deber, como se sigue de su tenor literal en contraste con los arts. 3, 30 y 35 CE y de una interpretación sistemática de la Constitución (se cita, en particular, la dignidad humana). Esta doble constatación serviría para desvirtuar la afirmación absoluta e incondicionada de que el Estado debe proteger el derecho a la vida incluso frente a su titular.

b) El encuadramiento constitucional de la decisión libre y consciente de una persona de no seguir viviendo como una manifestación de libertad no prohibida por el ordenamiento (aunque no amparada por el art. 15 CE) no impide, a juicio del abogado del Estado, que el legislador pueda regular aspectos relacionados con ese *agere licere*.

Trae a colación, en cuanto a las facultades del legislador de regular aspectos en principio no previstos por el constituyente al redactar el catálogo de derechos y libertades, la STC 198/2012, de 6 de noviembre, respecto de la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, que rechazó el alegato de que el constituyente, al redactar el art. 32 CE, no contemplaba las uniones de personas del mismo sexo y que la normativa impugnada desnaturalizaba la institución del matrimonio. Se apeló entonces a una lectura evolutiva de la Constitución y a una noción de cultura jurídica que hace pensar en el Derecho como fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla, así como al margen de apreciación que la Constitución reconoce al legislador cuando se trata de una opción no excluida por el constituyente. En tanto que la decisión voluntaria de una persona de poner fin a su vida es un acto fuera de lo regulado en el art. 15 CE, el margen de apreciación del legislador para regular este aspecto es especialmente amplio, máxime cuando en este caso el legislador atiende a una realidad social ya regulada en algunos países de nuestro entorno y examinada en varias ocasiones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Pero además, defiende el abogado del Estado que, pese a lo que entiende el recurso, existen otros derechos o bienes jurídicos que están en juego o afectados con

relación a las actuaciones de los poderes públicos al regular o adoptar decisiones vinculadas a la decisión libre y consciente de una persona de poner fin a su vida. En primer lugar, y de manera evidente, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE y SSTC 53/1985, de 11 de abril, y 192/2003, de 27 de octubre), pues la decisión de una persona de poner fin a su vida forma parte de su capacidad de autodeterminación y cualquier actuación que la desconozca supondría ignorar la dignidad del sujeto. Así se corrobora por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que claramente afirma que esa decisión personal está amparada por el derecho a la vida privada (art. 8 CEDH), interpretación que debe ser tenida en cuenta con arreglo al art. 10.2 CE (asuntos *Pretty c. Reino Unido*; *Haas c. Suiza*; *Koch c. Alemania*; *Lambert y otros c. Francia*, y *Gross c. Suiza*). Se añade que el Tribunal Constitucional también ha manifestado que en el derecho a la integridad corporal (art. 15 CE) está ínsito el de elegir someterse o no a cualquier tratamiento, incluso aunque con la negativa pueda comprometerse la vida del paciente (SSTC 154/2002, de 18 de julio, y 37/2011, de 28 de marzo). Por último, y con especial relevancia en el contexto eutanásico (art. 5.1 de la Ley Orgánica 3/2021), se cita el derecho a la integridad moral y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), que prohíben los comportamientos que cosifican al individuo (STC 181/2004, de 2 de noviembre).

De lo anterior se siguen dos conclusiones. En primer lugar, que no es cierto que en los supuestos que analizamos solo pueda tenerse en consideración la vida humana, pues en una situación en la que una persona no desea seguir viviendo, y más en un contexto eutanásico, han de ponderarse igualmente toda una serie de principios y derechos constitucionales que indudablemente amparan esa decisión o pueden verse afectados caso de desconocerla. Y, en segundo lugar, que una legislación, como la analizada, en la que se prevé la asistencia del Estado para que pueda morir con seguridad y dignidad quien libremente (con pleno conocimiento y sin injerencias externas) decide no seguir viviendo sirve, indudablemente, a que dichos bienes y derechos, empezando por la dignidad humana y la libre autodeterminación, puedan plenamente desarrollarse de acuerdo con la voluntad de su titular. Termina este apartado inicial de encuadramiento constitucional con la consideración de cuáles sean las obligaciones del Estado respecto de la decisión libre de una persona de poner fin a su vida a partir de un entendimiento distinto de la jurisprudencia constitucional sobre el deber del Estado de proteger el derecho a la vida frente a todos, incluido su titular.

En concreto, se sostiene que, a la luz de los pronunciamientos efectuados en las resoluciones sobre las huelgas de hambre de presos (SSTC 120/1990, 137/1990 y 11/1991), solo si existe un fundamento constitucional legítimo y con las debidas cautelas de proporcionalidad, puede el Estado imponerse sobre la voluntad de quien desea morir. En otros casos, fuera de aquellas excepciones, el Estado debe respetar la voluntad libre y consciente de quien decide poner fin a su vida.

Se insiste en que el ámbito de protección del derecho a la vida (art. 15 CE) no abarca las situaciones en que una persona libre y conscientemente no quiere seguir viviendo, como expone la STC 37/2011, de 28 de marzo, FFJJ 3 y 5, con cita de la

previa STC 154/2002. Jurisprudencia que es asimismo consistente con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asuntos *Keenan c. Reino Unido*; *Fernandes de Oliveira c. Portugal*, y *Haas c. Suiza*), en la que queda claro que, salvo en los muy particulares casos de personas en situación vulnerable y bajo la custodia del Estado, el derecho a la vida no impone un deber del Estado de proteger al individuo contra los actos en los que voluntariamente pueda arriesgar su vida o ponerle fin; antes bien, la regla general es la de respetar dicha decisión libre y consciente.

c) El abogado del Estado subraya que ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han establecido que una previsión de ayuda, en determinadas circunstancias, a quien libremente decide morir sea *per se* contraria a los derechos reconocidos constitucional y convencionalmente, posición en consonancia con lo que revela un análisis de Derecho comparado.

Así se infiere de la jurisprudencia constitucional reseñada sobre el deber del Estado de respetar la decisión libre y voluntaria de morir y de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al abordar la aplicación de regímenes que prevén la posibilidad de asistencia a quien desea morir en un contexto eutanásico, en modo alguno haya cuestionado que dichas opciones legislativas sean *per se* contrarias al art. 2 CEDH, en particular en los asuntos *Haas c. Suiza* y *Koch c. Alemania*. Por el contrario, en la sentencia dictada en el primero de estos asuntos, el Tribunal declaró que los legisladores nacionales gozan de un amplio margen de apreciación.

También un análisis de Derecho comparado muestra cómo se va abriendo la posibilidad de admitir por los Estados de nuestro entorno la asistencia a quien decide poner fin a su vida, en especial en contextos eutanásicos. Señala que, dejando de lado la regulación y práctica de países fuera de nuestro entorno (Canadá, Colombia, ciertos Estados de EEUU) y ciñéndonos a Estados que, al igual que España, son parte del Consejo de Europa y están vinculados por el Convenio europeo de derechos humanos, existen dos clases de situaciones. Por una parte, países en los que se aborda la cuestión sobre la base de la despenalización de la asistencia al suicidio y, por otra, países en los que expresamente se regula la asistencia a morir en contextos eutanásicos. En el primer grupo estaría Suiza (donde la asistencia al suicidio solo es delito cuando se realiza por móviles egoístas, no siendo punible la asistencia al suicidio por omisión por motivos no egoístas), si bien, en relación con la punición penal, diversos tribunales constitucionales han declarado inconstitucional, por contrario al derecho a la libre autodeterminación, el castigo indiscriminado de la asistencia al suicidio (sentencias de la Corte Constitucional de Italia 242/2019; del Tribunal Constitucional alemán de 26 de febrero de 2020 y del Tribunal Constitucional de Austria de 11 de diciembre de 2020). En el segundo grupo figuran Bélgica (Ley relativa a la eutanasia, de 28 de mayo de 2002), Luxemburgo (Ley sobre eutanasia y suicidio asistido, de 16 de marzo de 2009) y Países Bajos (Ley de terminación de la vida a petición propia y suicidio asistido, de 1 de abril de 2002). También Portugal, donde la declaración parcial de inconstitucionalidad del decreto por resolución del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 2021 se debió solo a la falta

de claridad o precisión de algunos aspectos de la norma, pero reconociendo a la vez que es constitucionalmente permisible la muerte asistida médicamente.

Estas amplias consideraciones preliminares se cierran con un recordatorio de que en el presente proceso constitucional se trata de determinar, en abstracto, la compatibilidad de la Ley Orgánica con las normas y principios constitucionales que integran, en cada caso, el parámetro de control (STC 14/2015), no de un debate político-ético que, por su naturaleza, es susceptible de diversas opiniones. En tal medida, el informe del Comité de Bioética de España tiene por único objeto ofrecer a la opinión pública un discurso sobre la base de consideraciones éticas que el propio informe reconoce comprometidas o sujetas a muy diversas «posiciones y sensibilidades», y no puede ser base para atacar la constitucionalidad de la norma. Efectuadas estas consideraciones, el abogado del Estado descarta las tachas de inconstitucionalidad formuladas en el recurso por su orden.

B) La Ley Orgánica no vulnera el art. 15 CE.

Descarta la alegación global de que la norma es inconstitucional por sacrificar el derecho a la vida, en tanto se apoya en postulados erróneos. De forma específica rechaza que exista una situación análoga a la apreciada en los casos de alimentación forzosa entre la administración penitenciaria y un interno respecto a la administración sanitaria y un paciente. Además de que es discutible que exista tal relación de sujeción especial, recuerda que la STC 120/1990 no se asienta en ese mero dato, sino que resulta esencial que la actuación del Estado se hallaba amparada en el art. 25.2 CE, precepto que no parece existir en orden a restringir los derechos de cualquier ciudadano.

A juicio del abogado del Estado, lo anterior bastaría para desestimar el recurso, pero insiste en que la Ley solo habilita la prestación de la asistencia para morir sobre la base de la libre voluntad, debidamente informada, del paciente, lo cual hace que estemos extramuros del contenido del derecho a la vida. Y resalta que, para asegurar que se da dicha voluntad libre y consciente y evitar un conflicto con las exigencias constitucionales de la vida, la ley se dota de toda una serie de garantías, articuladas a través de los requisitos para recibir la prestación (art. 5.1 CE) y del prolijo procedimiento que establece: forma de la solicitud, en todo momento revocable (art. 6), imposición de un proceso deliberativo entre una y otra solicitud y otro más tras la segunda (art. 8), necesidad de que los requisitos del art. 5 se verifiquen por otro médico independiente del responsable, con formación en el ámbito de patologías que padece el paciente [art. 3 e)], control adicional sobre tales requisitos por parte de la comisión de garantía y evaluación (arts. 10 y 17.1), regulación de las exigencias documentales que plasman todos los hitos del proceso, a lo que se añade la comunicación a la comisión tras la realización de la prestación (art. 12), lo que garantiza el cumplimiento de los requisitos y desincentiva cualquier infracción, y la advertencia expresa de la disposición adicional segunda, conforme a la cual las infracciones de lo dispuesto en la Ley se someten al régimen sancionador previsto en el capítulo VI del título I de la Ley 14/1986, general de sanidad, sin perjuicio de las responsabilidades civil, penal y profesional o estatutaria que puedan corresponder.

C) La Ley Orgánica no incurre en inconstitucionalidad por vulneración del derecho a la vida en relación con los deberes de protección impuestos en los arts. 43, 49 y 50 CE y del principio de proporcionalidad. Tras efectuar una serie de puntualizaciones sobre lo afirmado en el recurso, se abordan aquí las alegaciones sobre la falta de proporcionalidad de que adolecería la ley en la hipótesis de admitir la necesidad de ponderar la vida con otros derechos.

a) Se efectúan las siguientes correcciones respecto de determinados asertos de la demanda:

(i) No es cierto que el legislador defina cuándo la vida «se torna indigna», sino que se limita a establecer, con notables cautelas, el contexto eutanásico, caracterizado por su gravedad, y es en dicho contexto donde el individuo, libre y consciente, puede decidir si desea no seguir viviendo y pedir la asistencia del Estado en tal delicada situación.

(ii) Además de manifiestamente exageradas, son infundadas y especulativas las alegaciones de que la Ley abre una «pendiente resbaladiza» y una «silenciosa coacción» para personas de edad y personas con discapacidad, lo que carece de todo soporte probatorio, además del cuidado que tiene la Ley al definir los presupuestos para solicitar la prestación y las garantías formales y procedimentales que aseguran que la decisión se toma debidamente informada, libre y conscientemente. Son alegaciones fuera de lo que debe ser objeto de apreciación en un recurso de inconstitucionalidad, al referirse a especulaciones sobre la ulterior aplicación de la Ley (STC 185/2016, de 3 de noviembre).

b) Juicio de proporcionalidad.

(i) El abogado del Estado rechaza el alegato de que no procedería un juicio de proporcionalidad, porque el derecho a la vida no cede frente a ningún otro, con base en su entendimiento de que la decisión libre y voluntaria de poner fin a la vida queda extramuros de dicho derecho. En puridad no puede hablarse de un conflicto de derechos, porque al ejercer tal facultad, el individuo ni está ejerciendo ni está lesionando el derecho fundamental a la vida, sino una facultad de libre autodeterminación que sí amparan otros principios o derechos constitucionales o convencionales.

Sin embargo, defiende, ello no obsta a que el legislador preste la debida consideración al bien jurídico de la vida y busque el adecuado equilibrio con la libertad, la dignidad y demás principios y derechos. La ponderación es necesaria, ya que el debido respeto del bien jurídico que es la vida exige no solo precisar el presupuesto para acceder a la eutanasia, sino también los mecanismos para garantizar que dicha decisión sea libre, consciente e informada y no haya una indebida afectación del art. 15 CE. En otro sentido, el debido respeto a la libre autodeterminación y a la dignidad, así como a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, exige que las restricciones que puedan imponerse a la realización de esa facultad de autodeterminación sean razonables. Sorprende que el recurso considere imposible esa ponderación cuando la misma está presente en la jurisprudencia constitucional (SSTC 53/1985, FFJJ 3 y 8, y 11/1991, FFJJ 2 y 4) y en la

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias en los asuntos *Pretty c. Reino Unido*, y *Haas c. Suiza*). En el presente caso la Ley Orgánica hace una ponderación entre estos bienes jurídicos, como deja claro su preámbulo.

(ii) Dicho lo anterior, el abogado del Estado se opone a la alegación del recurso de que tal ponderación legal no superaría las exigencias de legalidad, finalidad legítima y proporcionalidad que la jurisprudencia constitucional establece para las normas que limitan derechos fundamentales. Insiste en que no existe aquí en puridad restricción de derecho alguno, de tal modo que, en principio, no ha de aplicarse el baremo que se exige a las normas verdaderamente restrictivas de derechos fundamentales. Pero, incluso aplicando estrictamente ese baremo, considera que la Ley Orgánica cumpliría claramente sus exigencias.

En lo que a la legalidad y los requisitos de rango legal, previsibilidad y certeza se refiere, niega que la definición del contexto eutanásico sea tan amplia que, según dice la demanda, quepa «cualquier cosa» y, en particular, cualquier persona de avanzada edad, o con discapacidad. El contexto se concreta en el art. 5.1, como uno de los presupuestos fácticos para poder recibir la prestación de ayuda para morir («[s]ufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en esta Ley, certificada por el médico responsable»). Además de este tenor literal, el legislador acota aún más ambos conceptos en el art. 3, donde, bajo el rótulo «definiciones», describe lo que se entiende por «padecimiento grave, crónico e imposibilitante» y por «enfermedad grave e incurable», conceptos que deben evaluarse en su integridad. Esta última ha de reunir tres requisitos (sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, que no tengan posibilidad de alivio que la persona considere tolerable y con pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva). El primero queda igualmente acotado en este art. 3 (limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria y que no permitan al paciente valerse por sí mismo, afectando a su capacidad de expresión y relación; sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece; seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo, sin posibilidad de curación o mejoría apreciable y por último, a título ejemplificativo, que dicho padecimiento pueda suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico).

El precepto precisa suficientemente ambos conceptos, dejando el margen de apreciación necesario para que los profesionales involucrados (médicos responsable y consultor, así como la comisión de garantía y evaluación) puedan valorar la concurrencia de estos requisitos de acuerdo con la normativa sanitaria y los protocolos aprobados por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. A estas previsiones se sumarían las garantías procedimentales que la Ley prevé para asegurar que se dan los presupuestos del art. 5 (en particular, arts. 8 y ss.), donde destaca la verificación a lo largo del procedimiento de la existencia de una situación de padecimiento o enfermedad con las exigencias legales por al menos tres profesionales médicos y un jurista.

Por lo que hace a la finalidad constitucionalmente legítima, se reitera que la decisión de una persona de poner fin a su vida queda fuera del ámbito de aplicación del derecho a la vida y que esa decisión se halla amparada por derechos y principios constitucionales, como la libertad, la dignidad y, particularmente, la autodeterminación, además de la integridad corporal. Asimismo, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado reiteradamente que esa decisión se halla protegida por el derecho a la vida privada. A lo que habría que añadir otros derechos en juego, cuya relevancia es especialmente significativa en un contexto eutanásico, como el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes. Esos derechos y principios constitucionales constituyen el fin constitucionalmente legítimo que persigue la Ley Orgánica. Con el añadido de que no suprime ningún derecho, sino que añade uno, prestacional, a los ya existentes, y en esa medida no puede entenderse que sea contraria a los arts. 43 y 49 CE.

En tercer lugar se rechaza que la ley haya optado por la restricción más drástica (provocar la muerte) sin que previamente se hayan universalizado los cuidados paliativos como medida menos injerente. Más allá de que el Tribunal Constitucional haya interpretado restrictivamente la procedencia de una declaración de inconstitucionalidad por omisión (STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 3), como sería el caso, y que la misma no ha de suponer la nulidad de la norma impugnada (STC 273/2005, de 27 de octubre, FJ 9), la mera alegación de que el legislador no ha contemplado esa previsión en una norma que simplemente añade un derecho prestacional a los existentes no puede servir para anularla. En cualquier caso el recurso carece de razón, porque la prestación de ayuda para morir no supone una eliminación de las ya existentes y no excluye la atención paliativa.

Recuerda que la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, garantiza la atención paliativa al paciente en situación terminal [arts. 12.2 g) y 13.2 f)], que constituye una prestación diferenciada de la ayuda para morir (Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, y Estrategia en cuidados paliativos del Sistema Nacional de Salud, de 17 de marzo de 2007), habiéndose llevado a cabo, desde 2015, un proceso de identificación de buenas prácticas en cuidados paliativos del Sistema Nacional de Salud. Añade que el paciente, aun en un contexto eutanásico, puede siempre optar entre la prestación de asistencia para morir o continuar viviendo con cuidados paliativos, lo que se refuerza en la Ley, sin que esas garantías [arts. 5.1 b), 4.2, 8.1 y 10.1] puedan ser tachadas, como la demanda hace, de mero formalismo.

D) La Ley Orgánica no incurre en inconstitucionalidad por vulneración de los arts. 15, 24, 53.2 y 106 CE. Bajo tal epígrafe se analizan las alegaciones relativas a la falta de garantías de motivación y control jurisdiccional de las decisiones administrativas favorables a la eutanasia y al incumplimiento del deber de investigar las muertes de personas bajo la jurisdicción del Estado. El abogado del Estado aprecia en todas ellas una quiebra lógica, pues por el mero hecho de que la Ley Orgánica no regule aspectos ya regulados en leyes administrativas o penales, el legislador no estaría impidiendo su aplicación. Pero, además, rechaza los tres aspectos cuestionados.

a) En cuanto al deber de motivar, argumenta que, si bien es cierto que la Ley solo hace una referencia expresa a la motivación de las decisiones desestimatorias de la prestación de ayuda a morir (art. 7.1), ello no es sino una garantía expresa para que el paciente pueda conocer los elementos que le permitan impugnar tal decisión (arts. 7.2 y 18.1), sin que el recurso aclare el fundamento constitucional que exige que una resolución que no restringe sino que favorece la libre autodeterminación del paciente haya de motivarse de una determinada forma. En cualquier caso, el debate es en cierto punto superfluo, pues examinado el conjunto de documentos que constituirán el expediente, no podrá decirse que la resolución que conceda la prestación resultará «inmotivada».

b) Por lo que se refiere al control jurisdiccional, considera que lo que los recurrentes echan de menos, una autorización judicial para la concesión de la prestación o, al menos, su impugnabilidad ante los órganos jurisdiccionales o la posibilidad de reclamar respecto de una decisión favorable, no solo no es una exigencia que la Constitución imponga, sino que sería contraria a la propia libertad y dignidad del sujeto (arts. 1 y 10 CE). Según su criterio, cabe hacer tres objeciones a someter el ejercicio de este derecho personalísimo a la necesaria autorización de un juez o al ejercicio de un derecho de opinión o de veto de familiares o amigos. Supondría tanto como negar la esencia de la libre autodeterminación, al quedar supeditada a una voluntad externa, aun cuando dicha decisión de morir forma parte de la libre determinación de la persona (sentencia en el asunto *Pretty c. Reino Unido*); carece de fundamento en el art. 15 CE, que no impone el deber de vivir, y se opone al carácter personalísimo de los derechos concernidos, que impide que puedan ejercerse por otro (ATC 242/1998, de 11 de noviembre, confirmado por la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Sanlés Sanlés c. España*). La STC 53/1985 dejó claro, respecto del aborto, que no era necesaria la previa declaración judicial de la violación para que el aborto pudiera practicarse y rechazó (FJ 13) la alegación de que se requiriera el consentimiento de persona distinta de la mujer (el otro progenitor del feto) con razonamientos que deben aplicarse en este caso y con mayor razón, dado que no hay más vida afectada que la de aquel que toma la decisión de no seguir viviendo.

A todo lo anterior suma que la resolución favorable que habilita a la prestación de la asistencia para morir es un acto de la comisión de garantía y evaluación en el ejercicio de la verificación previa (art. 10) y que estas comisiones tienen la naturaleza de órganos administrativos (art. 17.2), de modo que sus decisiones son susceptibles siempre de control jurisdiccional a instancia de quien alegue y acredite un interés legítimo (art. 106 CE y Ley 29/1998).

c) En lo relativo al deber de perseguir conductas contrarias al ordenamiento, se alega frente al recurso que ni el art. 15 CE ni el art. 2 CEDH imponen al Estado la obligación de investigar cualquier muerte, cualquiera que sea su causa, lo que, por otro lado, resultaría imposible de hecho. El art. 2 del Convenio impone la obligación de garantizar el derecho a la vida mediante disposiciones penales para disuadir de la comisión de ofensas contra la persona (asunto *Mustafa Tunç y Fecire Tunç c. Turquía*) y claramente no se da una ofensa contra la vida si es la propia persona la que libre y

voluntariamente quiere morir, supuesto en el que no hay un ataque de un tercero contra su derecho a la vida. Se recuerda que la punición de conductas sin tener en cuenta las libres decisiones de la persona afectada y derechos como la libertad de conciencia puede llevar a entender que una pena sea contraria a tales derechos fundamentales (STC 154/2002, de 18 de julio). También que la defensa de la vida como bien jurídico mediante normas penales no tiene carácter absoluto (STC 53/1985, FJ 7) y que no es constitucionalmente obligado responder a conductas infractoras mediante el Derecho penal (STC 212/1996, de 19 de diciembre).

No estamos –se aclara– ante una despenalización de conductas que atenten contra la vida humana. La disposición adicional primera (relativa a la consideración legal como muerte natural de la que es consecuencia de la prestación de ayuda para morir) debe ponerse en relación con la disposición final primera, que modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Se despenaliza única y exclusivamente la cooperación al fallecimiento de una persona cuando se ha realizado con estricta sujeción a los presupuestos y procedimientos previstos en la Ley Orgánica 3/2021. Si, bajo el alegado amparo de esta Ley, se produce una muerte que no respeta lo que se dispone en ella, y por tanto decae el presupuesto de que la muerte se haya realizado con base en la voluntad libre y consciente del paciente y con las debidas garantías, el infractor afrontará las responsabilidades establecidas por la Ley (disposición final segunda).

E) No se ha producido ninguna vulneración de los arts. 15, 24 y 53.2 CE en la aplicación de la eutanasia a personas con una «incapacidad de hecho».

a) La demanda parte de una lectura errónea de los efectos de que concurra la situación de incapacidad de hecho (art. 5.2) así como de la definición de su presupuesto y del control de su apreciación. De darse esta situación de incapacidad, según valora, los requisitos para poder acceder a la prestación no se «relajan» a criterio del médico responsable, sino que se restringen notablemente. En tal caso, la prestación de asistencia a morir solamente procederá si el paciente ha suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos (art. 5.2) y si los estrictos términos de dichos documentos así lo admiten y en los términos en que lo admitan (arts. 5.2 y 9).

Matiza, asimismo, la afirmación de que se permite que un tercero, representante del solicitante o un médico, solicite, sin tutela judicial alguna, la muerte de un supuesto incapaz de hecho. A juicio del abogado del Estado, tanto el art. 6.4 como el art. 12 a) apartado 4 de la Ley Orgánica, en línea con lo expresado en el preámbulo, muestran que la presentación de la solicitud «en nombre del paciente» por alguna de las personas mencionadas supone, en puridad, el traslado de la voluntad previamente expresada del paciente en un documento de instrucciones previas.

b) Rebate a continuación que el concepto de «incapacidad de hecho» (art. 3) ofrezca problemas para su razonable comprensión. La falta de «entendimiento y voluntad suficientes» para autodeterminarse [art. 3. h)] es cuestión fáctica que requiere

un examen caso a caso y no mayor concreción que la que aquí hace la Ley, dada la multiplicidad de causas que pueden impedir a una persona gobernarse por sí misma. Por otro lado, la Ley Orgánica no tiene claridad o concreción menor que la que, para supuestos similares, establecen otras normas (art. 200 del Código civil, por ejemplo), observándose que la legislación autonómica sobre atención a personas al final de su vida viene utilizando, desde 2010, terminología similar (art. 5 de la Ley del Parlamento de Andalucía 2/2010, de 8 de abril; art. 5 de la Ley de la Asamblea de Madrid 4/2017, de 9 de marzo; y art. 5 de la Ley de las Cortes Valencianas 16/2018, de 28 de junio).

Tampoco comparte la queja del recurso de que debe ser el juez el que determine esta incapacidad de hecho, que no sería más que una garantía adicional para evitar que pueda aplicarse la prestación de ayuda para morir a quien no tenga plenas capacidades para autodeterminarse. Efectivamente, si sobre una persona ya ha recaído una sentencia de incapacitación (o una sentencia sobre medidas de apoyo, de acuerdo con la Ley 8/2021, de 2 de junio), habrá que estar a lo que haya determinado el juez sobre su capacidad; no obstante lo cual, por mandato de la Ley Orgánica impugnada, los médicos y la comisión deberán comprobar que se dan los presupuestos de su art. 5. Pero si no se ha iniciado un procedimiento sobre adopción de medidas judiciales a personas con discapacidad, o si está en curso, o si en su momento se inició un procedimiento de incapacitación, pero el juez no constató la falta de capacidad intelectiva o volitiva, aun así los médicos deberán comprobar si se da o no tal incapacidad de hecho, aún no declarada judicialmente, en el momento de tramitarse la solicitud y, si se constata, no se podrá reconocer la prestación de ayuda para morir salvo que en un momento previo el paciente hubiera otorgado legalmente instrucciones. A ello añade que la Ley no solo define con suficiente precisión la situación de incapacidad de hecho, sino que establece en el procedimiento una serie de garantías a fin de verificar si se dan los presupuestos del art. 5, incluidos los de su número 2 (que abarcan tanto esa incapacidad como la existencia de instrucciones previas). Quien hace esa verificación no es solo el médico responsable, sino también el médico consultor y finalmente la comisión de garantía y evaluación.

c) En cuanto a las instrucciones previas o documento equivalente, el abogado del Estado sostiene que la censura del recurso (según la cual el médico podría acudir a cualquier tipo de documento en el que se hubiera expresado un deseo o manifestación en momento vital ya superado), no se corresponde con lo que dice la Ley, que no se refiere a cualquier documento, sino, en primer lugar, a las instrucciones previas (art. 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre). Sobre la base de este último precepto, cada servicio de salud ha implantado los procedimientos y modelos análogos con distintas denominaciones (instrucciones previas, voluntades anticipadas, etc.) y de ahí que la Ley Orgánica no establezca un *nomen iuris* determinado. El proceso de elaboración y suscripción del documento de instrucciones previas varía en cada comunidad autónoma, si bien todas ellas han incorporado garantías y controles para asegurar la libre manifestación de la voluntad del paciente, como la firma del documento ante notario o varios testigos. Por tanto, la Ley no equipara el documento de instrucciones previas a cualquier instrumento, sino al que esté reconocido legalmente con los mismos efectos

del art. 11 de la Ley 41/2002. Recuerda que es esencial en este tipo de documentos su revocabilidad (art. 11.4), de modo que mientras la persona tenga capacidad se entiende que desea que sigan vigentes.

F) No se da la alegada inconstitucionalidad de los arts. 5.2 y 17.5, y de la disposición adicional sexta, por infracción de la reserva de ley orgánica y de la reserva de ley. No aprecia el abogado del Estado las tachas de inconstitucionalidad reseñadas, que el recurso vincula a la facultad de dictar criterios de aplicación de la Ley por el Ministerio de Sanidad, por los presidentes de las comisiones y, en particular, por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Razona que las previsiones cuestionadas no infringen la reserva de ley orgánica, que en todo caso debe ser considerada restrictivamente (SSTC 5/1981, de 13 de febrero, y 173/1998, de 23 de julio), en tanto no se refieren a la regulación de aspectos esenciales de los derechos implicados. Propiamente no tienen carácter normativo, sino que son guías prácticas o recomendaciones, y su finalidad es establecer pautas que aseguren la debida coordinación y correcta aplicación de la Ley, teniendo en cuenta, de un lado, el carácter técnico de la materia y, de otro, el carácter descentralizado del sistema de salud. A su entender, el carácter no regulatorio de estos manuales y protocolos queda claro en la disposición adicional sexta y su sentido orientativo en la definición de las competencias de la comisión [art. 18 c)]. Y así puede verificarse empíricamente, pues, de acuerdo con el mandato de la disposición adicional sexta, el Ministerio de Sanidad y las comunidades autónomas aprobaron el 7 de junio de 2021, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, el Manual de buenas prácticas en eutanasia, así como el Protocolo de actuación para la valoración de la situación de incapacidad de hecho, cuyo objeto es establecer un conjunto de recomendaciones que orienten a los profesionales sanitarios y a las administraciones sanitarias en la puesta en práctica de la Ley.

G) No se ha producido vulneración alguna del derecho de objeción de conciencia de los profesionales sanitarios. Se rechaza aquí que el deber de manifestación anticipada y por escrito de la objeción y la regulación de un registro de profesionales sanitarios objetores vulnere la reserva de ley orgánica y limite desproporcionadamente el derecho.

a) El abogado del Estado advierte que no solo la reserva de ley orgánica tiene un alcance restrictivo, que abarca lo que desarrolle la Constitución de manera directa y los elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, sino que la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios (englobada en la libertad de conciencia del art. 16 CE) no necesita ser expresamente recogida por el legislador (STC 53/1985, FJ 14), aunque sí viene enunciada en el art. 3 f), que tiene rango de ley orgánica (disposición final tercera). Visto esto, entiende que el art. 16.1 no es norma que esté determinando los elementos esenciales para el ejercicio de un derecho, sino que establece un deber meramente formal, exigible solo a profesionales directamente implicados en la prestación, de formular dicha intención anticipadamente y por escrito,

pero sin exigir una determinada anticipación que, de no cumplirse, implique la pérdida del derecho. No se trata, en suma, de una norma destinada a fijar el contenido esencial del derecho, por lo que no entra dentro del alcance de la reserva de ley, siendo su finalidad posibilitar la organización de la administración para la efectiva prestación de la asistencia de ayuda para morir.

b) Sostiene que esta misma finalidad es la que persigue el art. 16.2 cuando mandata a las administraciones sanitarias para la creación de un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia. El objetivo final del registro es asegurar la prestación efectiva de la ayuda para morir, sin que la legítima objeción de conciencia de los profesionales involucrados pueda afectar al normal desarrollo del proceso o a la dignidad del paciente. La única salvedad, respecto del art. 16.1, es que aquí está implicado el derecho fundamental a la intimidad y a la protección de datos personales (art. 18 CE), lo que justifica que el legislador le confiera rango orgánico. Se cita al respecto la STC 151/2014, de 25 de septiembre, FJ 5.

c) Manifiesta el abogado del Estado que, si el registro, en cuanto tal, no requeriría siquiera ley orgánica, menos aún una cuestión más simple como es la mera comunicación por escrito para ejercer la objeción de conciencia; requisitos que no son, frente a lo que el recurso aduce, desproporcionados, máxime cuando el ejercicio del derecho no se condiciona a que la declaración de objeción de conciencia se haya inscrito previamente en el registro y así se señala por el Manual de buenas prácticas en eutanasia aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que reconoce también la objeción sobrevenida y la reversibilidad de esta decisión.

H) La Ley Orgánica no ha vulnerado el art. 23 CE en conexión con el Reglamento del Congreso de los Diputados. Las alegaciones del abogado del Estado terminan con la contestación al motivo del recurso de lesión del art. 23 CE por el fraude de ley que supone la tramitación de la Ley como proposición y haberse efectuado durante la vigencia del estado de alarma.

a) Niega que puedan atenderse las alegaciones de fraude por el hecho de que los grupos parlamentarios que apoyan al Gobierno hayan «eludido» la tramitación prevista para los proyectos de ley y la petición de los informes que en esa tramitación se prevén. Ni la ley es producto de un proyecto de ley ni cabe identificar la proposición de Ley con el Gobierno. Son las Cortes Generales las que han elaborado y aprobado esta Ley, y en virtud de su autonomía y funciones constitucionalmente reconocidas pueden tramitarla, conforme a los reglamentos parlamentarios, tramitación respecto de la que ninguna tacha se hace en el recurso. La iniciativa legislativa a través de proposiciones de ley corresponde al Congreso y al Senado (art. 87 CE), y solo se exige que la proposición venga acompañada de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ella, entre los que no está incluido ninguno de los informes a los que hace referencia la demanda (arts. 124 y ss. RCD). Aclara que la STC 238/2012 invocada no expresa lo que afirma la demanda, ya que se trataba en el caso de un proyecto de ley, no se menciona en el recurso que algún diputado o senador solicitara informes y es desestimatoria. Por otro lado el Congreso podría haber hecho, pero no lo hizo, uso de su

facultad de solicitar antecedentes al Gobierno (art. 109 RCD). Estamos, en definitiva, ante una Ley válidamente aprobada por el procedimiento legislativo iniciado a partir de una proposición de ley formulada por los parlamentarios en el ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, que no pierden por haber posibilitado previamente la investidura del Gobierno de la Nación.

b) También estima que la alegada vulneración del art. 23 CE por haberse tramitado la Ley «aceleradamente» durante el estado de alarma carece de soporte. El derecho de participación política no se vio limitado, ni podría haberlo sido, por la declaración del estado de alarma y para ello las Cortes Generales adoptaron una serie de medidas para que su actividad se viera perturbada lo menos posible, tratando de priorizar el efectivo cumplimiento de sus funciones constitucionales.

En realidad, los recurrentes no impugnan la Ley basándose en motivos procedimentales, no alegan ningún vicio procedimental concreto ni tampoco el incumplimiento de trámite alguno. Aluden de manera confusa, sin alegación específica, a una serie de argumentos que afectan indistintamente a la tramitación parlamentaria y a la gubernamental, confundiendo ambos procedimientos de tramitación, que no solo se desarrollan en órganos distintos, sino que están sujetos a normas diferentes, cuyo eventual incumplimiento genera también consecuencias diversas. Y subraya finalmente que, por lo demás, de la tramitación tanto en el Congreso como en el Senado se comprueba el gran número de enmiendas presentadas por los diversos grupos que fueron discutidas tanto en la comisión como en el pleno, lo que anula cualquier argumentación sobre la vulneración en su tramitación del art. 23, si es que se considerase que podría tener base alguna. Sin olvidar tampoco el amplio apoyo que la Ley tuvo en su votación final en el Congreso (202 votos a favor, 141 en contra y dos abstenciones).

El escrito de la Abogacía del Estado concluye con la súplica de que se dicte sentencia por la que se desestime en su integridad el recurso de inconstitucionalidad.

7. Por providencia de 21 de marzo de dos mil veintitrés, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 22 del mismo mes y año.

I. II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Objeto del recurso de inconstitucionalidad.

Los cincuenta diputados del Congreso que han interpuesto este recurso impugnan en su totalidad la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (LORE, en lo sucesivo), y también, subsidiariamente, determinados preceptos de este texto legal, a saber: art. 1; art. 3, apartados b), c), d), e) y h); art. 4.1; art. 5, apartados 1 c) y 2; art. 6.4; art. 7.2; art. 8.4; art. 9; art. 12 a), apartado cuarto; art. 16; art. 17; art. 18 a), párrafo cuarto; disposiciones adicionales primera y sexta; y disposición final tercera, en relación con el art. 16.1 y con la disposición adicional sexta.

En lo que antecede han sido expuestas con el necesario detalle las censuras de inconstitucionalidad formuladas por los recurrentes, así como las alegaciones que la Abogacía del Estado opone en defensa de la validez de la LORE ante tales reproches.

Tanto unas como otras se recordarán en los apartados correspondientes de la fundamentación jurídica de esta sentencia, al hilo del examen de cada uno de los motivos de impugnación. Con todo, resulta pertinente para facilitar la comprensión del discurso sintetizar aquí los fundamentos jurídicos de la demanda.

La impugnación de alcance general se sustenta en dos fundamentaciones de muy diversa naturaleza, una formal y otra material:

a) Se aduce, de una parte, que la LORE estaría afectada por un vicio de carácter formal en su proceso de elaboración y aprobación parlamentaria. Según los recurrentes, a pesar de que la LORE no tuvo su origen en un proyecto de ley gubernamental, sino en una proposición de ley orgánica, durante su tramitación parlamentaria debería haberse recabado el previo informe del Consejo General del Poder Judicial previsto para ciertos proyectos de ley en el art. 561.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), dada la «identidad funcional» entre el Gobierno y la mayoría que le da apoyo en la Cámara. El uso de la proposición de ley supone, de lo contrario, un «fraude de ley» mediante el que el Ejecutivo se sirve de la mayoría parlamentaria en la que se sustenta para eludir la intervención del Consejo General del Poder Judicial y privar con ello a las minorías de una información relevante en el procedimiento legislativo, con daño, en suma, para los derechos enunciados en el art. 23 CE. Esa misma lesión se derivaría también, según la demanda, de la tramitación de la proposición de ley de manera acelerada y durante un estado de alarma, que habría privado a la ciudadanía y a los parlamentarios de un debate imprescindible sobre una legislación que altera total y radicalmente la concepción de la vida humana y el derecho fundamental nuclear.

b) Se afirma asimismo, ya en un plano sustantivo, que la LORE consagra, a partir de sus arts. 1, 4.1 y 13, un «derecho a exigir que el Estado provoque la propia muerte», lo que vulneraría frontalmente el derecho fundamental a la vida (art. 15 CE), de carácter «absoluto», y en unos términos que se proyectarían sobre «la totalidad del articulado». Además de la mención crítica, al respecto, de unos u otros preceptos de la LORE, al desarrollar esta pretensión principal los recurrentes rebaten determinados pasajes de su preámbulo a efectos de negar que la eutanasia cuente –en contra de lo que en esa exposición del legislador se daría a entender– con un fundamento constitucional positivo, lo que se hace de la mano de la calificación como «inconstitucional», en tales extremos, del propio preámbulo, por más que los recurrentes reconozcan de inmediato que ese texto sin valor normativo no puede «ser objeto de declaración de inconstitucionalidad». Adicionalmente, y aunque –según el planteamiento de la demanda– el carácter absoluto del derecho fundamental a la vida determina la improcedencia de todo examen de proporcionalidad de la regulación establecida por la LORE, con carácter subsidiario se denuncia que tampoco superaría el juicio de proporcionalidad, pues no satisfaría los requisitos de legalidad, adecuación, necesidad ni proporcionalidad en sentido estricto, infringiendo además los deberes de protección derivados de los arts. 43, 49 y 50 CE.

Por su parte, las impugnaciones planteadas frente a preceptos singulares de la LORE son, en síntesis, las siguientes:

a) Los arts. 7.2, 8.4, 17 y 18 a) párrafo cuarto, así como la disposición adicional primera de la LORE, serían contrarios a la Constitución por no garantizarse en estos preceptos el debido control sobre las decisiones que faciliten o reconozcan la «prestación de ayuda para morir» regulada en la Ley, por sustituir el necesario control judicial por controles meramente administrativos y por infringir el deber del Estado de investigar las causas de la muerte de las personas situadas bajo su jurisdicción. Se invocan al respecto los arts. 15, 24, 53.2, 106 y 117 CE.

b) Los arts. 3, puntos d), e) y h); 5.1 c); 5.2; 6.4; 9, y 12 a), párrafo cuarto, LORE, así como su disposición adicional sexta, párrafo segundo, serían inconstitucionales por lo que hace a la regulación de la llamada «situación de incapacidad de hecho». Se invocan los arts. 15, 24 y 53.2 CE.

c) Los arts. 5.2, párrafo segundo, y 17.5 LORE, así como sus disposiciones adicional sexta y final tercera, serían inconstitucionales en lo que tienen de remisión a instancias administrativas para el complemento de un modo u otro de determinados aspectos de la regulación legal. Se invocan el art. 15 CE (en relación con el art. 9.3 CE) y los arts. 53.1 y 81.1 CE.

d) Por último, y en lo que se refiere a la objeción de conciencia, el art. 16.2 LORE y su disposición final tercera (en su relación, esta última, con el art. 16.1) serían contrarios al derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa y a la reserva de ley orgánica, con infracción de los arts. 16.2 y 81.1 CE.

2. Alcance y orden del enjuiciamiento.

Antes de examinar los concretos motivos de inconstitucionalidad denunciados en el recurso procede realizar una serie de consideraciones preliminares acerca de (a) el alcance del control de constitucionalidad que compete realizar a este tribunal, (b) la delimitación del concreto objeto de enjuiciamiento en el presente proceso y (c) la estructura de examen que se seguirá para la resolución del recurso.

a) Alcance del control de constitucionalidad.

La intervención del legislador en un ámbito tan extremadamente delicado como el de la finalización de la vida de una persona con ayuda de terceros en contextos de sufrimiento extremo, ámbito en el que se entrecruzan, por lo demás, valoraciones extrajurídicas de diverso signo, exige partir de un elemental recordatorio acerca de la función que corresponde desempeñar a este tribunal en el marco del presente proceso y de los límites de nuestra jurisdicción frente al legislador.

Desde sus primeros pronunciamientos, el Tribunal ha venido afirmando que la norma fundamental ofrece cobertura a plurales «opciones políticas» y «de muy diferente signo», siempre que no la contradigan (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7). De modo que «el legislador no ejecuta la Constitución, sino que crea Derecho con libertad dentro del marco que esta ofrece» (por todas, STC 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3). En otras palabras, la Constitución no es un programa cerrado, sino un texto abierto, «un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones

políticas de muy diferente signo», como corresponde a un ordenamiento constitucional que consagra como uno de sus valores superiores el pluralismo político (art. 1.1 CE). «La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo» (STC 11/1981, FJ 7).

De ello se sigue que «en el juicio a la ley, este tribunal no ha de hacer las veces del legislador […], constriñendo su libertad de disposición allá donde la Constitución no lo haga de manera inequívoca» (STC 191/2016, de 15 de noviembre, FJ 3, sobre la base de lo ya dicho en la STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 8). La función del Tribunal al realizar el juicio de constitucionalidad consiste en fijar los límites dentro de los cuales puede moverse libremente el legislador al convertir en ley sus opciones políticas, plasmar sus preferencias ideológicas y sus juicios de oportunidad, como afirmáramos ya en la STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3. Libertad del legislador que deriva de su legitimidad democrática, de su naturaleza como representante en cada momento histórico de la soberanía popular (art. 66 CE). «La ley, como emanación de la voluntad popular, solo puede ser en principio derogada o modificada por los representantes de esa voluntad, y solo para el caso de que el precepto legal infrinja la Constitución se ha concedido a este tribunal la potestad de anularla» (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 4). No corresponde a este tribunal evaluar la conveniencia, calidad o perfectibilidad de una determinada opción legislativa, o de su relación con otras alternativas posibles, sino simplemente analizar, cuando así se le demande, su «encuadramiento constitucional» (por todas, STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6).

En definitiva, a este tribunal en el presente proceso no le compete examinar si en el marco constitucional cabrían otras opciones legislativas, ni realizar un control de calidad o de oportunidad sobre la opción del legislador, a quien no puede sustituir en su labor de configuración política. Nuestra labor se circunscribe a analizar si la concreta opción regulatoria del legislador plasmada en la Ley objeto del presente recurso respeta los límites constitucionales. Un análisis que, como recordábamos en la STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 1, «ha de hacer abstracción de todo elemento o patrón de enjuiciamiento que no sea el estrictamente jurídico, ya que otra cosa sería contradictoria con la imparcialidad y objetividad de juicio inherente a la función jurisdiccional, que no puede atenerse a criterios y pautas, incluidas las propias convicciones, ajenos a los del análisis jurídico».

b) Delimitación del objeto de enjuiciamiento.

Según se ha expuesto con detenimiento en los antecedentes de esta sentencia, la demanda contiene dos bloques de impugnaciones, uno de carácter formal o procedimental (relativo a la LORE en su conjunto) y otro de carácter material o sustantivo, formulándose en este segundo bloque una impugnación de alcance general

frente al conjunto de la LORE y, subsidiariamente, impugnaciones específicas contra varios de sus preceptos.

Por lo que hace a las censuras de carácter material, debe advertirse, en primer lugar, que las pretensiones principal y subsidiarias no siempre se deslindan con la necesaria precisión. En alguna ocasión se introducen en la impugnación general –dedicada a sostener la inconstitucionalidad plena de la LORE– reproches singularizados contra el enunciado de determinados preceptos que, según el encabezado y el suplico de la demanda, son también objeto de impugnación «subsidiaria» específica, pero respecto de los que después no se formula reproche singularizado alguno que sea distinguible del que afectaría a todos y cada uno de los preceptos de la LORE. Es el caso del art. 1, que define el objeto de la Ley Orgánica; el art. 4.1, que configura la «prestación de ayuda para morir» como derecho subjetivo; el art. 3 b), que define lo que sea «padecimiento grave, crónico e imposibilitante»; y el art. 3 c), que define el concepto de «enfermedad grave e incurable». Estas censuras serán consideradas, siguiendo la lógica de la demanda, a propósito del examen de la pretensión de alcance general, sin que quepa realizar respecto de ellas ningún pronunciamiento singularizado y adicional al que requiere su análisis. Y ello porque pesa siempre sobre quien pretenda la declaración de inconstitucionalidad de una determinada disposición de ley la carga de aportar las razones jurídicas que le llevan a hacerlo [por todas, STC 68/2021, de 18 de marzo, FJ 2 B)], fundamentación singular que, caso de pretensiones subsidiarias, ha de ser por definición diversa a la indiferenciada o común en que pudiera basarse la impugnación dirigida, con carácter prioritario, contra todo el cuerpo legal en que se integre tal regla.

En segundo lugar, y por análoga razón, han de quedar fuera de nuestro examen varios apartados que la demanda señala como específica y subsidiariamente recurridos, pero acerca de cuya supuesta inconstitucionalidad los recurrentes nada concreto fundamentan, ni siquiera al hilo de la impugnación sustantiva de alcance general. Se trata del art. 3 e), que define el concepto de «médico consultor»; el párrafo primero del art. 5.1 c), que establece como uno de los requisitos para el reconocimiento del derecho a la ayuda para morir que el interesado haya formulado dos solicitudes de manera voluntaria, autónoma y fehaciente, dejando una separación de al menos quince días naturales entre ambas; y el art. 17.1 y 3, que regulan ciertos extremos relativos a la creación y composición de las comisiones de garantía y evaluación.

Finalmente, las alegaciones de los demandantes sobre la inconstitucionalidad de determinados pasajes de su preámbulo, expuestas en su impugnación global de la Ley Orgánica por motivos sustantivos, no serán tampoco objeto de análisis. Como los recurrentes admiten, el preámbulo carece de valor normativo y no puede «ser objeto de declaración de inconstitucionalidad». Así es según constante jurisprudencia de este tribunal (relacionada, por todos, en el ATC 95/2021, de 7 de octubre). El preámbulo de la LORE no puede ser objeto de recurso ni, por tanto, de declaración de inconstitucionalidad. Y ello sin perjuicio de que, conforme a nuestra doctrina, quepa tomar en consideración el preámbulo de determinada ley, cuando así procediere, a

efectos de interpretar el sentido de unas u otras de sus disposiciones (entre otras muchas, STC 81/2020, de 15 de julio, FJ 12).

c) Orden de examen.

Una vez acotado el objeto del recurso, procede entrar en su resolución conforme al orden de examen que se indica a continuación, teniendo en cuenta que el Tribunal puede siempre ordenar el discurso de la resolución según su mejor criterio (STC 183/2021, de 27 de octubre, FJ 2, por todas). En el presente caso, dada la amplitud y complejidad del recurso y a fin de clarificar nuestra respuesta, seguiremos la siguiente sistemática.

Se examinará en primer lugar la censura de inconstitucionalidad atinente a la supuesta existencia de vicios en el procedimiento legislativo de aprobación de la LORE (FJ 3). A pesar de plantearse en la demanda como el último de los motivos de inconstitucionalidad, su carácter general –pues se dirige contra la Ley Orgánica en su conjunto– y su evidente diferencia de perspectiva respecto de los demás motivos de inconstitucionalidad hace conveniente anticipar su tratamiento para afrontar, en segundo lugar, las censuras de inconstitucionalidad de carácter material o sustantivo, que constituyen el grueso del recurso.

A la vista del carácter novedoso en nuestro ordenamiento de la regulación legal controvertida y de su complejidad técnica, el examen de los motivos de inconstitucionalidad fundados en razones sustantivas será precediFprocedo por una reflexión acerca del contexto normativo y jurisprudencial en que se enmarca la LORE (FJ 4) y por el análisis de su objeto y contenido (FJ 5). El examen de tales tachas sustantivas comenzará por la dirigida contra la LORE en su conjunto (FJ 6) y se considerarán después las pretensiones subsidiarias, que tienen por objeto algunos de sus preceptos concretos (FFJJ 7 a 10), pretensiones que se abordarán y decidirán –bajo una rúbrica común, cuando proceda– de conformidad con la ordenación expuesta en el fundamento jurídico 1 de esta sentencia.

3. Impugnación del conjunto de la Ley Orgánica 3/2021 por motivos procedimentales.

A) Posiciones de las partes.

La demanda censura por inconstitucional el conjunto de la LORE debido a los vicios de su tramitación parlamentaria, que determinarían a su vez una infracción de los derechos fundamentales previstos en el art. 23 CE.

Se sostiene, por una parte, que la tramitación de la LORE como proposición de ley «de manera acelerada y durante la vigencia de un estado de alarma» habría privado «a la ciudadanía y a los parlamentarios de un debate imprescindible sobre una legislación que altera total y radicalmente la propia concepción de la vida humana y del derecho fundamental nuclear, soporte de todos los demás».

De otro lado, se aduce la indebida omisión de la solicitud de determinados informes durante el procedimiento legislativo: (i) el informe que hubiera correspondido

evacuar al Comité de Bioética de España (pues, según la demanda, aunque la legislación vigente no especifique el carácter preceptivo de dicho informe, difícilmente se encontrará otro asunto con implicaciones bioéticas de mayor relevancia que la aprobación de la norma que se impugna), y (ii) el informe del Consejo General del Poder Judicial. Mantienen los recurrentes que si bien el informe preceptivo del Consejo se refiere a los anteproyectos de ley gubernamentales, idéntica exigencia pesaría sobre las proposiciones de ley parlamentarias presentadas por el grupo o grupos de la mayoría en que el Gobierno se apoya y que al no observarse se incurrió en un fraude de ley que privó a la minoría de una información relevante para el ejercicio de sus funciones, lesionando los derechos fundamentales enunciados en el art. 23.1 y 2 CE (derecho al ejercicio de las funciones representativas de los diputados y, por extensión, derecho de participación de los ciudadanos a través de representantes).

La Abogacía del Estado se opone a este motivo de impugnación alegando, en primer lugar, que la LORE se tramitó a partir de una proposición de ley, sujeta solo a lo dispuesto en los arts. 124 y siguientes del Reglamento del Congreso de Diputados (RCD), y, en segundo lugar, que su tramitación parlamentaria dio lugar a un «gran número de enmiendas que presentaron los diversos grupos políticos», enmiendas discutidas «tanto en la comisión como en el pleno», lo cual, a su juicio, anula cualquier argumentación sobre la vulneración del art. 23 CE.

B) Enjuiciamiento.

a) El Tribunal considera inconsistentes las quejas relativas a la tramitación «acelerada» de la LORE durante la vigencia de un estado de alarma (declarado inicialmente por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y más tarde, de nuevo, por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre).

Esta censura carece de relieve jurídico-constitucional. La proposición de ley que está en el origen de la LORE no fue tramitada por el procedimiento de urgencia (arts. 93 RCD y 133.2 del Reglamento del Senado). Tampoco se alcanza a ver, ni la demanda sugiere cosa alguna al respecto, cómo la vigencia del estado de alarma hubiera producido un menoscabo efectivo de los derechos de los parlamentarios a participar en este concreto procedimiento legislativo, denuncia absolutamente indeterminada y que ninguna relación guarda con lo enjuiciado y resuelto por este tribunal en la STC 168/2021, de 5 de octubre.

b) La misma irrelevancia tiene la protesta por no haberse solicitado en el curso del procedimiento legislativo informe al Comité de Bioética de España, organismo entre cuyas funciones está la de «[e]mitir informes, propuestas y recomendaciones para los poderes públicos de ámbito estatal y autonómico en asuntos con implicaciones bioéticas relevantes» [art. 78.1 a) de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica].

Las proposiciones de ley de origen parlamentario no requieren, ni en su presentación ni en su tramitación ulterior, de la emisión de informes previos de tipo alguno [STC 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 5 c)], fueran o no los mismos exigibles para el Gobierno antes de someter al Congreso un determinado proyecto de ley (art. 88

CE). El legislador, que obviamente no queda «sujeto a las determinaciones o valoraciones técnicas que puedan ofrecer expertos o peritos en la materia sobre la que pretende legislar» (STC 112/2021, de 13 de mayo, FJ 5), ni siquiera viene obligado, en lo que ahora importa, a recabar tales valoraciones, por más que pueda llegar a hacerlo. Imponer lo contrario supondría dar lugar a una participación preceptiva de otros órganos o instancias, a título consultivo, en el ejercicio de la potestad legislativa del Estado, que corresponde en exclusiva a las Cortes Generales (art. 66.2 CE).

No obstante, el organismo independiente que es el Comité de Bioética de España (art. 77 de la citada Ley 14/2007) emitió de oficio el 6 de octubre de 2020, aún en curso el procedimiento legislativo que dio lugar a la LORE, un informe («Sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación») que los recurrentes adjuntan a su demanda y del que transcriben determinados pasajes. No faltaron referencias a este informe, por lo demás, a lo largo de los debates parlamentarios sobre la proposición de ley («Diario de sesiones del Congreso de los Diputados». Comisiones, XIV legislatura, sesión de 10 de diciembre de 2020, núm. 249, pp. 12 y 13; «Diario de sesiones del Congreso de los Diputados». Pleno y diputación permanente, XIV legislatura, sesión de 17 de diciembre de 2020, núm. 72, p. 8; «Diario de sesiones. Senado», XIV legislatura, comisión de justicia, núm. 146, sesión de 25 de febrero de 2021, pp. 4 y 6, y el mismo «Diario de sesiones», núm. 43, Pleno, sesión de 10 de marzo de 2021, p. 95).

c) Tampoco se comparte la censura por no haberse recabado en la tramitación parlamentaria de la LORE el informe del Consejo General del Poder Judicial contemplado en el art. 561.1 LOPJ, que establece que se someterán a informe del Consejo los anteproyectos de ley que tuvieran por objeto tanto «[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales» (punto 6) como «[l]eyes penales […]» (punto 8), materias, una y otra, disciplinadas –observa la demanda– en esta Ley Orgánica.

La LORE no tuvo su origen en un proyecto de ley gubernamental, sino en una proposición de ley del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados («Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados», XIV legislatura, núm. 46-1, de 21 de enero de 2020). Sin embargo, los puntos 6 y 8 del art. 561.1 LOPJ se refieren estrictamente, en lo que aquí interesa, a informes sobre los anteproyectos de ley. La discusión sobre la eventual trascendencia constitucional de la omisión de dicha consulta tan solo se podría suscitar respecto de los proyectos de ley sometidos por el Consejo de Ministros al Congreso de los Diputados [véanse las SSTC 108/1986, de 29 de julio, FJ 5, aunque a propósito de una normativa distinta a la vigente, y 238/2012, de 13 de diciembre, FJ 3 c)], nunca sobre las proposiciones de ley tomadas en consideración por una u otra Cámara, proposiciones cuya tramitación se rige, exclusivamente, por los reglamentos respectivos (art. 89.1 CE), en los que no se prevé informe preceptivo alguno a cargo de otros órganos. Ello sin perjuicio de que las Cortes Generales pudieran considerar oportuno pedir informe al Consejo General del Poder

Judicial sobre cualquier cuestión o asunto de su incumbencia institucional (art. 561.1.9 LOPJ y STC 191/2016, de 15 de noviembre, FJ 6). No lo apreciaron así las cámaras en este caso y nada hay que objetar en términos jurídico-constitucionales. Ello conlleva que tampoco quepa apreciar la infracción –denunciada de modo conexo por los recurrentes– de los arts. 88 y 89.1 CE en relación con los arts. 69 y 124 RCD. Estos preceptos reglamentarios establecen, respectivamente, que «[n]ingún debate podrá comenzar sin la previa distribución, a todos los diputados […] del informe, dictamen o documentación que haya de servir de base en el mismo, salvo acuerdo en contrario de la mesa del Congreso o de la comisión, debidamente justificado» y que «[l]as proposiciones de ley se presentarán acompañadas de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre ellas».

Lo que la demanda llama, con lenguaje ajeno a la Constitución, «identidad funcional» entre Gobierno y mayoría en las Cámaras es expresión de una apreciación política, no jurídica, que en absoluto se compadece con la propia racionalidad de la democracia parlamentaria [STC 123/2017, de 2 de noviembre, FJ 3 b)]. Tampoco autoriza, por lo mismo, a calificar de fraude de ley la utilización de una proposición de ley, no de un proyecto del Ejecutivo, en orden a incoar el procedimiento legislativo ni a reclamar, parangonando lo incomparable, la imposición en el primero de estos cauces de exigencias que solo pueden llegar a pesar sobre el segundo [ante controversia análoga véase STC 153/2016, de 22 de septiembre, FJ 3 a) y b)].

d) Es manifiesto, en atención a cuanto queda expuesto, que la tramitación parlamentaria de la LORE no ha conculcado el art. 23 CE ni ningún otro de los preceptos invocados por los demandantes al formular este motivo de impugnación, que, por lo tanto, ha de ser desestimado.

4. Contexto normativo y jurisprudencial de la Ley Orgánica 3/2021.

El «derecho de prestación de ayuda para morir» configurado por el legislador para personas que lo demandan en contextos eutanásicos ha de ser considerado teniendo en cuenta la evolución cultural, moral y jurídica que se ha producido en las últimas décadas en nuestra sociedad y en las de nuestro entorno. Se trata de una evolución que ha afectado a los valores asociados a la persona, a su existencia y a su capacidad de decidir en libertad sobre su vida, sobre su salud y sobre el final de su existencia, y que a partir de ciertas ideas fuerza como la de autonomía del paciente y el consentimiento informado ha propiciado una ampliación de los contenidos del derecho fundamental a la integridad física y moral y de los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad. En el juicio sobre la constitucionalidad de una ley como la que es ahora objeto de impugnación se debe comprobar si la Constitución, como marco de encuentro de opciones político-legislativas legítimamente heterogéneas, responde y ofrece cobertura a nuevos derechos.

Antes de repasar de manera sucinta esa evolución conviene efectuar unas mínimas aclaraciones sobre los distintos tipos de situaciones concernidas y la terminología al uso.

En lo que atañe a las conductas de ayuda a la muerte ajena suele distinguirse de partida entre la asistencia al suicidio, proporcionando ayuda o colaboración a quien ha decidido poner fin a su vida y ejecuta esa decisión de propia mano, y la conducta de provocar directamente la muerte de dicha persona. En el primer caso se habla de ayuda al suicido o suicidio asistido, mientras que en el segundo se manejan expresiones como «muerte a petición», «homicidio a petición» o «auxilio ejecutivo al suicidio», habituales en el ámbito jurídico-penal.

Ambos tipos de intervención de un tercero en la muerte de una persona pueden tener lugar en situaciones de sufrimiento intolerable fruto de enfermedades o padecimientos graves e incurables. Es en este contexto donde se emplea la denominación específica de «eutanasia», inserta en la realidad más amplia de la llamada «muerte digna» o «buena muerte», que en sentido estricto comprende la provocación por un tercero, activa o pasivamente, de la muerte de otra persona. Se habla aquí, a su vez, de «eutanasia pasiva», relativa a la limitación del esfuerzo terapéutico (omisión de tratamientos médicos o retirada de dispositivos de soporte vital), de «eutanasia activa indirecta», identificada con las medidas paliativas dirigidas a aliviar el dolor del paciente que aceleran el proceso de morir, y de «eutanasia activa directa», entendida como la causación directa de la muerte a petición del enfermo.

Cabe anticipar que la Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia, a pesar de tal título y como aclara su preámbulo, atañe y considera «conductas eutanásicas» tanto la eutanasia activa directa en sentido estricto, esto es, «la acción por la que un profesional sanitario pone fin a la vida de un paciente de manera deliberada y a petición de este», como el suicidio médicamente asistido, en el que la propia persona realiza el acto de poner fin a su vida, bien que con la determinante «colaboración de un profesional sanitario que, de forma intencionada y con conocimiento, facilita los medios necesarios, incluido el asesoramiento sobre la sustancia y dosis necesarias de medicamentos, su prescripción o, incluso, su suministro con el fin de que el paciente se lo administre».

Sentadas estas mínimas convenciones terminológicas y precisiones conceptuales, puede abordarse el contexto normativo y jurisprudencial que enmarca la Ley Orgánica impugnada.

a) Derecho español.

Por lo que atañe al sistema jurídico español, deben destacarse tres hitos en el plano legislativo. El primero de ellos vino dado por el Código penal de 1995, que supuso un cambio notable en el tratamiento de la disponibilidad de la propia vida, al castigar exclusivamente, y como tipo atenuado en su art. 143.4, la conducta del que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por su petición expresa, seria e inequívoca, en el caso de que sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar. Además, se contemplaba una pena menos grave, cuya ejecución podía ser suspendida. La conducta típica se proyectaba sobre el presupuesto fáctico de la cooperación y la eutanasia activa directa. De esta manera se despenalizaban otras conductas, como la interrupción de tratamientos destinados a

mantener la vida (así, la retirada de medidas de soporte vital) y la aplicación de tratamientos paliativos que aceleraban el proceso de la muerte (como la sedación terminal). Lo que permitió comenzar a hablar en nuestro sistema de «muerte digna» y de un espacio de libre decisión de la persona en el proceso de conclusión de la vida.

Un segundo hito se encuentra en la Ley 41/2002, de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, posterior al Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio de Oviedo, de 4 de abril de 1997, ratificado por España el 23 de julio de 1999). Estas normas vinieron a instaurar un nuevo modelo en la relación entre médico y paciente que descansaba sobre la autonomía de la persona y su facultad de autodeterminación, al declararse nuevos derechos los de «decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles» y «negarse al tratamiento». La capacidad del paciente para decidir sobre medidas terapéuticas y tratamientos no se condicionaba por el riesgo que pudiera representar para su integridad y su salud, aunque llegara a comprometer la vida e implicara su fallecimiento, lo que suponía el reconocimiento legal de un derecho de autodeterminación sobre la salud y el cuerpo, anclado por nuestra doctrina en el derecho fundamental a la integridad física y moral del art. 15 CE.

El tercer dato viene dado por la legislación autonómica. Varios estatutos de autonomía, a partir del de Cataluña de 2006, han incluido derechos relacionados con el proceso de la muerte. Este, en su art. 20 señala que «[t]odas las personas tienen derecho a recibir un adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos integrales y a vivir con dignidad el proceso de su muerte». En el mismo sentido pueden citarse los de Baleares, Andalucía, Canarias o Castilla y León. En esta línea de regulación de la libre decisión de la persona sobre su salud y sobre aspectos vinculados con el final de la vida, diferentes parlamentos autonómicos han aprobado leyes de «muerte digna». La primera fue la Ley del Parlamento de Andalucía 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte; y, posteriormente, Aragón, Navarra, Canarias, Baleares, Galicia, País Vasco, Madrid y otras comunidades autónomas han establecido también marcos regulatorios sobre la materia.

Esta evolución legislativa se ha visto acompañada por el desarrollo de la doctrina constitucional sobre el derecho fundamental a la integridad física y moral, contemplado junto con el derecho a la vida en el art. 15 CE, que lo caracteriza como un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9). Nuestra jurisprudencia, dicho ahora muy sintéticamente, sitúa como elemento definitorio de la intromisión en el derecho la ausencia de consentimiento del titular respecto de cualquier intervención (por todas, SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2), aun teniendo una finalidad curativa (SSTC 48/1996, de 25 de marzo, FJ 3, y 154/2002, de 18 de julio, FJ 9), hasta el punto de amparar como ejercicio del derecho a la integridad personal del paciente el rechazo

de tratamientos médicos que pueda conducir a un resultado fatal (STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5).

No existen, por el contrario, pronunciamientos de este tribunal sobre la cuestión iusfundamental que se plantea: la compatibilidad con la Constitución de una regulación de la eutanasia activa directa. Nos vimos confrontados con un supuesto relativo a ella cuando don Ramón Sampedro Cameán interpuso un recurso de amparo en el que invocaba el derecho a morir dignamente mediante la intervención no punible de terceros. Pero su fallecimiento determinó la extinción del proceso constitucional, sin que se admitiera la sucesión procesal por tratarse de una pretensión de carácter personalísimo (ATC 242/1998, de 11 de noviembre).

b) Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre demandas individuales en las que se venía a solicitar que el Tribunal, frente a la regulación restrictiva nacional, reconociera a la persona el derecho a obtener una ayuda para morir [SSTEDH de 29 de abril de 2002, asunto *Pretty c. Reino Unido*; de 20 de enero de 2011, asunto *Haas c. Suiza*; de 19 de julio de 2012, asunto *Koch c. Alemania*, y de 14 de mayo de 2013 (Sala Segunda) y de 30 de septiembre de 2014 (Gran Sala), asunto *Gross c. Suiza*]; o la retirada de tratamientos médicos de soporte vital [STEDH de 5 de junio de 2015 (Gran Sala), asunto *Lambert y otros c. Francia*]. Pero, en una ocasión más reciente ha resuelto sobre la conformidad con el Convenio de la eutanasia practicada al amparo de una regulación de su ejercicio (STEDH de 4 de octubre de 2022, asunto *Mortier c. Bélgica*).

En todas estas resoluciones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha vinculado su pronunciamiento a la interpretación de los arts. 2 y 8 del Convenio de Roma que consagran, respectivamente, el derecho a la vida y el derecho al respeto de la vida privada y familiar, poniendo en relación los deberes de protección de la vida humana por parte del Estado con el principio de autonomía personal y su virtualidad sobre las decisiones en el final de la vida. Los pronunciamientos reseñados arrojan una doctrina que cabe resumir en cuatro ejes: (i) el derecho a la vida no incluye el derecho a morir; (ii) el derecho al respeto de la vida privada comprende el derecho a decidir cómo y cuándo poner fin a la propia vida, siempre que la persona sea capaz de decidir libremente sobre esta cuestión y actuar en consecuencia; (iii) este derecho no es absoluto y debe sopesarse con los intereses concurrentes, en especial con las obligaciones positivas de protección del Estado derivadas del derecho a la vida, que exigen la tutela de las personas vulnerables frente a acciones que puedan poner en peligro su vida; y (iv) los Estados disponen de un amplio margen de apreciación sobre la manera de lograr el equilibrio entre ambos derechos, margen que ampara decisiones político-criminales de constreñir el derecho a decidir sobre la propia muerte (y obtener ayuda para ello) fundadas en la protección de la vida, pero también la despenalización de la eutanasia acompañada de las debidas salvaguardas para evitar abusos por parte de terceros.

5. Objeto y contenido de la Ley Orgánica 3/2021.

Para facilitar una mejor comprensión de nuestro enjuiciamiento conviene describir los principales contenidos de la LORE, sin perjuicio de que en los fundamentos que siguen se profundice en determinados aspectos que la regulación establece.

A) Objeto.

a) Conforme a su preámbulo, la LORE limita su objeto a la eutanasia «activa y directa» médicamente controlada en un «contexto eutanásico», esto es, a «la actuación que produce la muerte de una persona de forma directa e intencionada mediante una relación causa-efecto única e inmediata, a petición informada, expresa y reiterada en el tiempo por dicha persona, y que se lleva a cabo en un contexto de sufrimiento debido a una enfermedad o padecimiento incurable que la persona experimenta como inaceptable y que no ha podido ser mitigado por otros medios».

Como hemos señalado, la LORE emplea de manera indistinta la expresión «eutanasia» (arts. 6.4, 14 y 17.5, por ejemplo) y la locución «prestación de ayuda para morir» (arts. 4.1, 13 y 14, entre otros). Y establece dos «modalidades», en el art. 3 g), la administración directa al paciente de una sustancia letal por el profesional sanitario competente (punto 1) y lo que cabría denominar suicidio asistido por dicho profesional mediante la prescripción o suministro de tal sustancia (punto 2).

Quedan fuera del alcance de la LORE los supuestos de eutanasia activa directa no relativos al contexto eutanásico así definido, como la «eutanasia pasiva» (esto es, la «no adopción de tratamientos tendentes a prolongar la vida y la interrupción de los ya instaurados conforme a la *lex artis*») y la «eutanasia activa indirecta» (definida como la «utilización de fármacos o medios terapéuticos que alivian el sufrimiento físico o psíquico aunque aceleren la muerte del paciente –cuidados paliativos–»).

b) El articulado de la LORE es inequívoco en cuanto a la condición de derecho público subjetivo y de prestación que en ella se confiere a la pretensión de solicitar y recibir, cumplidas las exigencias legales, la «ayuda necesaria para morir» (art. 1) o, en otras palabras, la «prestación de eutanasia» (art. 17.5, entre otros). Ello es consecuente con lo anticipado en su preámbulo: «esta Ley introduce en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo derecho individual como es la eutanasia».

En efecto, el texto legal se refiere de manera expresa al «derecho reconocido en esta Ley» y, correlativamente, a «los deberes del personal sanitario» y a las «obligaciones de las administraciones e instituciones concernidas» (art. 1). Pero más allá de estas menciones nominales –presentes también, por ejemplo, en el art. 4.1–, es el cuerpo normativo en su conjunto el que acredita la naturaleza de la situación subjetiva regulada por el legislador y la identidad pública del obligado, en último término, a declararla, si procediere. Ello con independencia de que, una vez declarada, su realización efectiva pueda producirse por el propio solicitante o por un facultativo [art. 3 g)], ya sea en centros sanitarios públicos, privados o concertados, o en el domicilio (art. 14).

La prestación de ayuda para morir se reconoce por «decisión» o «resolución» (apartados 3 a 5 del art. 10) de un «órgano administrativo» (cada una de las comisiones de garantía y evaluación: art. 17.2 y disposición transitoria única) llamado a verificar si «concurren los requisitos y condiciones establecidos para el correcto ejercicio del derecho a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir» (art. 10.1) y que adopta la «resolución definitiva» sobre su reconocimiento o denegación (art. 10.4), siendo las resoluciones desfavorables susceptibles de recurso «ante la jurisdicción contencioso-administrativa» [arts. 10.5 y 18 a), párrafo quinto, y disposición adicional quinta].

Estamos ante un genuino procedimiento administrativo (arts. 8 a 12, en particular) iniciado a instancia del solicitante [«interesado», en el sentido del art. 4.1 a) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas], en cuyo curso se genera lo que no deja de ser un expediente (art. 70 de la misma Ley 39/2015) y, en particular, se emiten certificaciones e informes [arts. 5.1 d) y 2, así como 8.3, 4 y 5 LORE, entre otros] y a cuyo término, de haberse satisfecho los requisitos reglados (arts. 5, 6 y concordantes) y cumplimentado los trámites prescritos para acreditarlo y apreciarlo así (arts. 8 a 10), procedería el reconocimiento del derecho a la prestación interesada. Un reconocimiento vinculante para los servicios públicos de salud y las administraciones sanitarias, que deberán «garantizar el derecho a la prestación de ayuda para morir» y su «adecuada gestión» (arts. 13.2 y 16.2), así como, para el centro, ya sea –como se ha dicho– público, privado o concertado (art. 14) y el personal sanitario concernidos (arts. 1, párrafo segundo, 2, 9 y 10.4). Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de estos profesionales (art. 16 y disposición adicional séptima), que no puede menoscabar el acceso a la prestación o su calidad (art. 14).

La Ley Orgánica configura así un derecho de naturaleza prestacional frente a las administraciones públicas, condición que resulta corroborada por la inclusión de esta prestación en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y por su financiación pública (art. 13.1).

B) Justificación.

Según el preámbulo de la LORE, con ella se ha pretendido «dar una respuesta jurídica, sistemática, equilibrada y garantista» a la eutanasia, que el legislador percibe como «una demanda sostenida de la sociedad actual» a la que debe «atender […] preservando y respetando sus derechos y adecuando para ello las normas que ordenan y organizan nuestra convivencia». En este sentido se afirma que, tal y como la define la Ley Orgánica, la eutanasia «conecta con un derecho fundamental de la persona constitucionalmente protegido como es la vida, pero que se debe cohonestar también con otros derechos y bienes, igualmente protegidos constitucionalmente, como son la integridad física y moral de la persona (art. 15 CE), la dignidad humana (art. 10 CE), el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE), la libertad ideológica y de conciencia (art. 16 CE) o el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE)».

Partiendo de esta premisa, el preámbulo justifica el específico modelo regulatorio por el que ha optado en la finalidad de hacer compatibles estos derechos y principios

constitucionales con las debidas garantías. Por ello, decide configurar la eutanasia como una práctica legalmente aceptable en determinados supuestos, siempre que sean observados concretos requisitos y garantías, al tiempo que descarta, por considerarla insuficientemente garantista, la opción por un modelo meramente despenalizador de las conductas que impliquen alguna forma de ayuda a la muerte de otra persona por expreso deseo de esta.

C) Requisitos para el reconocimiento de la prestación.

El art. 5 LORE enumera los requisitos que debe reunir el solicitante, indicando que todos ellos son de necesaria concurrencia para que pueda reconocerse el derecho a la prestación. Al margen de la exigencia de «[t]ener la nacionalidad española o residencia legal en España o certificado de empadronamiento que acredite un tiempo de permanencia en territorio español superior a doce meses» y «tener mayoría de edad» [art. 5.1 a)], todos estos requisitos giran en torno a dos ejes, a saber, la concurrencia de una situación de sufrimiento personal extremo por causas médicas irreversibles y objetivamente contrastables (calificada por el legislador como «contexto eutanásico»), y la existencia de una voluntad libre, informada y consciente de poner fin a la propia vida expresada por una persona capaz.

a) Por lo que respecta a la existencia de un «contexto eutanásico», el art. 5.1 d) establece como uno de los requisitos para el reconocimiento de la prestación «sufrir una enfermedad grave e incurable» o bien «un padecimiento grave, crónico e imposibilitante», debiendo ambas situaciones entenderse «en los términos establecidos en esta Ley». Según el art. 3 c), una enfermedad grave e incurable es «la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva». Por su parte, y a tenor del art. 3 b), un padecimiento grave, crónico e imposibilitante es la «situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico». Como después se dirá, tanto en uno como en otro caso la LORE exige que la correspondiente situación sea certificada por varios médicos.

b) Por otra parte, el art. 4.2 LORE establece que la decisión de solicitar la prestación de ayuda para morir ha de ser «autónoma», esto es, «fundamentada en el conocimiento [de la persona] sobre su proceso médico, después de haber sido informada adecuadamente por el equipo sanitario responsable», debiendo quedar constancia en la historia clínica de que la información ha sido recibida y comprendida por el paciente. El legislador pretende, en definitiva, que la decisión sea completamente «libre» e

«individual, madura y genuina, sin intromisiones, injerencias o influencias indebidas» (art. 4.3).

A tal fin, la regla general, prevista en el art. 5.1 LORE, es que el solicitante ha de ser capaz y consciente en el momento de la solicitud [apartado a)], caso en el que se aplican las exigencias procedimentales previstas en los apartados b), c) y e) del mismo art. 5.1, a las que de inmediato haremos referencia.

Como excepción, el art. 5.2 LORE prevé que dichas exigencias procedimentales no se apliquen si el médico responsable certifica que la persona inmersa en un contexto eutanásico «no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes», siempre y cuando la persona afectada «haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, en cuyo caso se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento. En el caso de haber nombrado representante en ese documento será el interlocutor válido para el médico responsable».

D) Procedimiento y organización.

La LORE diseña un procedimiento administrativo dirigido a verificar de forma previa y a controlar *a posteriori* el respeto de los requisitos legalmente establecidos ante cada solicitud de ayuda para morir. Un procedimiento en el que intervienen distintos órganos administrativos y que cabe sintetizar así.

a) La primera fase del procedimiento se inicia mediante solicitud de la persona interesada [art. 5.1 c)] y se sustancia ante el «médico responsable». Este es definido por la LORE como «facultativo que tiene a su cargo coordinar toda la información y la asistencia sanitaria del paciente, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, y sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales». Esta primera solicitud debe estar fechada y firmada por el paciente solicitante (o dejar constancia por cualquier otro medio de su voluntad inequívoca), firma que debe producirse en presencia de un profesional sanitario que lo rubricará (art. 6.1 y 2).

Una vez recibida la solicitud, que se debe incorporar a la historia clínica del paciente (art. 6.2), el médico responsable debe, en el plazo máximo de dos días, realizar con él un «proceso deliberativo» sobre su diagnóstico, posibilidades terapéuticas y resultados esperables, así como sobre posibles cuidados paliativos, asegurándose de que comprende toda esa información, que deberá proporcionarle por escrito en el plazo máximo de cinco días (art. 8.1). Para realizar este proceso deliberativo, el médico responsable debe previamente verificar que se cumplen los requisitos de nacionalidad o residencia, mayoría de edad, capacidad y consciencia [art. 5.1 a)], voluntariedad [art. 5.1 c)] y contexto eutanásico [art. 5.1 d)].

Transcurridos quince días naturales desde la primera solicitud, si el paciente mantiene su voluntad, deberá formular una segunda solicitud, también escrita, dirigida al médico responsable [art. 5.1 c)] y este, en el plazo de dos días, retomará con el paciente el proceso deliberativo «al objeto de atender […] cualquier duda o necesidad de ampliación de información» (art. 8.1). Ahora bien, si el médico responsable considera que la pérdida de capacidad de la persona solicitante para otorgar el consentimiento informado es inminente, podrá aceptar un plazo menor al de los quince días si lo considera «apropiado en función de las circunstancias clínicas concurrentes», que deberá reflejar en la historia clínica [art. 5.1 c)].

Pasadas veinticuatro horas desde la finalización del proceso deliberativo, el médico deberá recabar del paciente su decisión de continuar o desistir de la solicitud. Si decide continuar con el procedimiento, confirmando por tercera vez su voluntad de morir, el médico responsable deberá comunicarlo al equipo asistencial y, en caso de que así lo pida el paciente, a los familiares y allegados que señale. En este momento, el médico deberá recabar también la firma del documento de consentimiento informado (art. 8.2).

En caso de «denegación» de la prestación de ayuda para morir por parte del médico responsable, que habrá de hacerse por escrito y de manera motivada (art. 7.1), el paciente podrá «reclamar» ante la comisión de garantía y evaluación en el plazo máximo de quince días hábiles, posibilidad de la que deberá informarle el médico responsable (art. 7.2). Con independencia de si se ha formulado o no tal reclamación, el médico responsable que «deniegue» la solicitud deberá remitir a la citada comisión, en el plazo de cinco días a partir de la notificación de la denegación, la documentación del art. 7.3.

b) La segunda fase del procedimiento previo al reconocimiento de la prestación se sustancia ante el «médico consultor», esto es, un «facultativo con formación en el ámbito de las patologías que padece el paciente y que no pertenece al mismo equipo del médico responsable» [art. 3 e)].

Una vez firmado por el paciente el consentimiento informado, el médico responsable deberá dirigirse al médico consultor para que, después de estudiar la historia clínica y de examinar al paciente, verifique si se cumplen o no las condiciones legales, en el plazo máximo de diez días, a cuyo efecto redactará un informe que pasará a formar parte de la historia clínica del paciente, y cuyas conclusiones le deberán ser comunicadas (art. 8.3).

En caso de informe desfavorable del médico consultor, el paciente podrá «recurrir» a la comisión de garantía y evaluación (art. 8.4) con el mismo procedimiento establecido para las «denegaciones» del médico responsable en el art. 7.2.

c) La tercera fase del procedimiento, que solamente procede una vez hayan emitido informe favorable tanto el médico responsable como el médico consultor, consiste en la verificación previa de los requisitos para el reconocimiento de la prestación por parte de la comisión de garantía y evaluación, órgano multidisciplinar

existente en cada una de las comunidades autónomas (así como en las ciudades de Ceuta y Melilla) y que deberá contar con un número mínimo de siete miembros entre los que se incluirán personal médico, de enfermería y juristas (art. 17).

Una vez recibido el informe favorable del médico consultor (art. 8.5), el presidente de la comisión de garantía y evaluación designará, en el plazo máximo de dos días, a dos miembros de la misma, un profesional médico y un jurista, para que verifiquen si concurren los requisitos y condiciones establecidos para el correcto ejercicio del derecho a la prestación (art. 10.1), para lo cual tendrán acceso a la historia clínica del paciente y podrán entrevistarse con el profesional médico responsable y con el solicitante (art. 10.2). Los dos miembros de la comisión deben emitir, en el plazo máximo de siete días naturales, un informe que, si es favorable, servirá de resolución a los efectos de la realización de la prestación (art. 10.3) y deberá ponerse en conocimiento del presidente, quien, a su vez, lo pondrá en conocimiento del médico responsable para que proceda a realizar la prestación de ayuda para morir; todo ello en el plazo máximo de dos días naturales (art. 10.4).

Si el informe de los dos miembros de la comisión es desfavorable, puede ser objeto de reclamación ante la propia comisión, que habrá de resolver en el plazo máximo de veinte días naturales; procedimiento que se aplica también a las denegaciones que procedan del médico responsable o del consultor [arts. 10.3 y 18 a)]. Si no existe acuerdo entre ambos miembros de la comisión, se elevará el asunto al pleno de la comisión que decidirá con carácter definitivo (art. 10.3).

Las resoluciones desfavorables de la comisión podrán ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 10.5), recurso que se tramitará por el procedimiento previsto para la protección preferente y sumaria de los derechos fundamentales de la persona en la legislación sobre la jurisdicción contencioso-administrativa (disposición adicional quinta). Asimismo, el transcurso del plazo de veinte días naturales sin que la comisión haya dictado resolución dará derecho a los solicitantes a entender denegada su solicitud de prestación de ayuda para morir, quedando abierta la posibilidad de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa [art. 18 a)].

d) Los hitos procedimentales que acaban de describirse varían en los casos en que el médico responsable certifique –conforme a los protocolos de actuación que determine el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud: art. 5.2– que el paciente se encuentra en situación de «incapacidad de hecho». Se define como aquella en que «el paciente carece de entendimiento y voluntad suficientes para regirse de forma autónoma, plena y efectiva por sí mismo, con independencia de que existan o se hayan adoptado medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica» [art. 3 h)]. En tal supuesto, la prestación puede reconocerse siempre y cuando el paciente (que ha de cumplir los requisitos ya indicados de mayoría de edad, nacionalidad o residencia) se encuentre en un contexto eutanásico certificado médicamente y haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas en ese sentido.

En los casos de incapacidad de hecho, la solicitud de la prestación podrá ser presentada al médico responsable por una persona mayor de edad y plenamente capaz, acompañándolo del documento de instrucciones previas suscrito con anterioridad por el paciente; o, si no existe ninguna persona que pueda presentar la solicitud en nombre del paciente, el médico que lo trata (art. 6.4). De otro lado, el médico responsable está obligado a aplicar lo previsto en las instrucciones previas (art. 9). También en caso de incapacidad de hecho se exige que el médico consultor y la comisión de garantías y evaluación corroboren el cumplimiento de las condiciones legales (art. 8.3).

e) La «realización de la prestación de ayuda para morir» (art. 11) únicamente procederá si existe una resolución favorable de la comisión de garantía y evaluación, y si el solicitante no ha ejercido sus derechos a revocar su decisión o a pedir el aplazamiento de la administración de ayuda para morir (art. 6.3). La muerte como consecuencia de la prestación tendrá la consideración legal de muerte natural a todos los efectos (disposición adicional primera).

La prestación será realizada por el médico responsable «con el máximo cuidado y profesionalidad», aplicando «los protocolos correspondientes, que contendrán, además, criterios en cuanto a la forma y tiempo de realización de la prestación» (art. 11.1). Podrá realizarse en centros sanitarios públicos, privados o concertados e incluso en el propio domicilio, sin que puedan resultar menoscabados ni el acceso ni la calidad asistencial (art. 14). Si el paciente se encuentra consciente, deberá comunicar al médico responsable la modalidad de la ayuda: eutanasia o suicido asistido. En el primer caso, el médico responsable y el resto de los profesionales sanitarios asistirán al paciente hasta el momento de su muerte (art. 11.2). Si es suicidio asistido, el médico responsable y su equipo, «tras prescribir la sustancia que el propio paciente se autoadministrará, mantendrá la debida tarea de observación y apoyo a este hasta el momento de su fallecimiento» (art. 11.3).

f) Una vez realizada la prestación de ayuda para morir, y en el plazo máximo de cinco días hábiles, el médico responsable deberá remitir a la comisión de garantía y evaluación dos documentos con determinada información (art. 12), a los efectos de que tal comisión verifique, en el plazo máximo de dos meses, si la prestación de ayuda para morir se ha realizado de acuerdo con los procedimientos previstos [art. 18 b)].

E) Otras cuestiones.

Además de regular la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en los términos que se detallarán en el fundamento jurídico 10 (art. 16), la LORE contiene varias previsiones dirigidas a salvaguardar la confidencialidad en el tratamiento de los datos personales de los solicitantes de la prestación (arts. 15 y 19), a garantizar los recursos y medios de apoyo necesarios para la aplicación de la ley a las personas con discapacidad (art. 4.3 y disposición adicional cuarta) y a establecer mecanismos para dar la máxima difusión de la Ley Orgánica entre los profesionales sanitarios y la ciudadanía (disposición adicional séptima).

El régimen previsto en la LORE se cierra con la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, con el objeto de despenalizar las conductas eutanásicas realizadas cumpliendo los presupuestos y condiciones establecidos en la propia ley, manteniendo la tipificación como delito en caso contrario (disposición final primera). Ello se completa con la previsión de que la infracción de lo dispuesto en la LORE queda sometida al régimen sancionador del capítulo VI del título I de la Ley 14/1986, general de sanidad, sin perjuicio de las posibles responsabilidades civil, penal y profesional o estatutaria que pudieran corresponder (disposición adicional segunda).

6. Impugnación del conjunto de la Ley Orgánica 3/2021 por motivos sustantivos.

A) Posiciones de las partes.

a) La demanda argumenta, con invocación de jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la «radical inconstitucionalidad» de la integridad de la LORE por las razones de carácter sustantivo que han sido detalladas en los antecedentes de esta sentencia y que, para facilitar la comprensión del texto, se sintetizan a continuación.

La eutanasia, configurada en la LORE como «prestación de ayuda para morir», vendría a ser ilegislable en nuestro ordenamiento. Esta valoración se sustenta en tres consideraciones: (i) el carácter «absoluto» del derecho fundamental a la vida (art. 15 CE), que constituye el supuesto ontológico de todos los demás y debe ser protegido incluso frente a su titular, sin que exista un derecho fundamental a la propia muerte; (ii) la falta de fundamento constitucional del derecho subjetivo para instar y obtener aquella prestación; y (iii) la desproporción con la que el legislador incidiría en el derecho fundamental a la vida al configurar una ayuda para morir.

El carácter absoluto que los recurrentes atribuyen al derecho fundamental a la vida determina que este derecho no pueda ceder ante ningún otro bien o derecho constitucional, en contra de lo que se mantiene en el preámbulo de la LORE. Si así fuera, no solo quedaría extinguido de manera irreparable el propio derecho fundamental a la vida, sino también los demás bienes y derechos constitucionales, cuya base es precisamente la vida. Ni la dignidad ni la libertad de la persona pueden justificar la eutanasia, pues la primera no depende de la percepción personal de su titular y la segunda no incorpora un derecho a la propia muerte. Tampoco cabe hallar justificación de la eutanasia en la integridad física y moral, en la libertad ideológica y de conciencia ni en el derecho la intimidad, derechos cuyo contenido no eximirían al Estado de su obligación positiva de proteger la vida humana. La configuración como derecho de la prestación de la ayuda para morir contradiría la jurisprudencia constitucional y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuanto no existiría un derecho a la propia muerte, y lesionaría «frontalmente» el derecho fundamental a la vida, sin que pudieran aducirse en su defensa otros derechos o bienes constitucionales.

Para los recurrentes, lo anterior haría innecesario un juicio de proporcionalidad, si bien la demanda plantea de manera subsidiaria que la norma tampoco superaría tal juicio. Se afirma que la LORE incurre, por una parte, en falta de «calidad» normativa, entendida como exigencia de «accesibilidad y previsibilidad», en relación con la seguridad jurídica requerida por el art. 9.3 CE. A estos efectos se censura la definición del concepto de «padecimiento grave, crónico e imposibilitante» del art. 3 b) LORE, que abocaría, por su indeterminación, a una «pendiente resbaladiza» en la aplicación de la eutanasia. Se sostiene, de otro lado, que la LORE no satisface lo que la demanda identifica con el principio de adecuación, porque la eutanasia carecería de fin legítimo, al ser contraria no solo al art. 15 CE, sino también a los arts. 43, 49 y 50 CE. Se aduce, en fin, que la regulación impugnada tampoco superaría los test de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, porque la universalización de los cuidados paliativos, que la LORE no garantizaría, sería una medida igualmente eficaz, y menos restrictiva para el derecho fundamental, en orden a evitar los sufrimientos del paciente. La referencia que a los cuidados paliativos realizan los arts. 5.1 b) y 8.1 LORE sería un «puro requisito formal de información» que no garantizaría «la plena accesibilidad y la universalización de dichos cuidados», lo que depararía, ante la «restricción más drástica del derecho fundamental primario», la «radical inconstitucionalidad» de la LORE.

b) El abogado del Estado se ha opuesto a este cuestionamiento general con argumentos que cabe sintetizar ahora como sigue.

Por una parte, aduce que sería preciso diferenciar entre el «hecho biológico de la vida» y el derecho fundamental a la vida. Según el abogado del Estado, ni de la doctrina del Tribunal Constitucional ni de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se deriva que el bien vida «se convierta en un absoluto que obligue al propio titular del derecho a la vida a vivir incluso en contra de su voluntad o que exija al Estado imponer el seguir viviendo». Se argumenta que la decisión libre, voluntaria y consciente de una persona de poner fin a su vida es un hecho que quedaría, en principio, «extramuros» del art. 15 CE, en el que se protege la vida frente a ataques de terceros, y ello por más que este precepto constitucional no comprenda el derecho a exigir del Estado «la propia muerte». En ausencia de un fundamento constitucional legítimo, el Estado no puede imponerse coactivamente sobre la voluntad de quien libremente decide poner fin a su vida. Ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han declarado que sea en sí misma contraria a Derecho, en determinadas circunstancias, la previsión de una ayuda a quien haya tomado tal decisión.

De otro lado, el abogado del Estado sostiene que el legislador puede regular la eutanasia, pues ello encontraría su fundamento en otros derechos o bienes constitucionales que están en juego, como la dignidad, la integridad corporal (con el consiguiente posible rechazo de tratamientos clínicos) y el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (arts. 10.1 y 15 CE). Aunque no pueda hablarse, en puridad, de un conflicto de derechos, pues quien decide la propia muerte ni ejerce ni lesiona el derecho fundamental a la vida, sino que tan solo afecta, en principio, a la vida como «bien jurídico», tampoco es cierto que en los supuestos de la LORE solo deba tomarse

en consideración como bien jurídicamente protegible la vida humana. En una situación en la que la persona no desea seguir viviendo, y más en un contexto eutanásico, habrían de ponderarse igualmente una serie de principios y derechos constitucionales que indudablemente amparan aquella decisión o pueden verse afectados, caso de desconocerla. Al prever la asistencia del Estado para que pueda morir con seguridad y dignidad quien con libertad así lo decide, la LORE sirve a que dichos bienes y derechos, empezando por la dignidad y la libre autodeterminación, puedan desarrollarse plenamente de acuerdo con la voluntad de su titular.

Señala asimismo el abogado del Estado que las prevenciones o advertencias de la demanda acerca de la temida «pendiente resbaladiza» a la que podría ir dando lugar la LORE en el curso de su aplicación no tendrían cabida en el recurso abstracto de inconstitucionalidad. Y, en cuanto a la denunciada desproporción de la LORE por la falta de una efectiva universalización y garantía de accesibilidad a los cuidados paliativos, alega que la prestación de ayuda para morir tiene «un carácter autónomo y no excluye la atención paliativa».

B) Delimitación de las cuestiones planteadas y consideraciones previas.

Sintetizados los argumentos con los que se defiende y refuta la pretensión principal del recurso, para proceder a su enjuiciamiento es preciso delimitar los contornos del problema jurídico-constitucional que plantea la Ley Orgánica impugnada y sentar algunas premisas.

a) Como hemos indicado en el fundamento jurídico 5, la LORE regula, configurándola como un derecho subjetivo de naturaleza prestacional, la «eutanasia activa y directa», siempre y cuando se produzca, como explica su preámbulo, (i) en un «contexto eutanásico» médicamente contrastado, esto es, un «contexto de sufrimiento debido a una enfermedad o padecimiento incurable que la persona experimenta como inaceptable y que no ha podido ser mitigado por otros medios», y (ii) «a petición informada, expresa y reiterada en el tiempo» por la persona que solicita ayuda para acabar con su propia vida.

Nuestro pronunciamiento ha de restringirse, por lo tanto, a esta concreta cuestión, sin alcanzar a otros posibles supuestos relativos al fin de la propia vida que pudieran darse en la realidad y que no son objeto de regulación en la LORE, como los producidos fuera del contexto eutanásico definido por el legislador o los atinentes a otras modalidades de eutanasia.

El Tribunal se atendrá asimismo a la sinonimia sentada por el legislador entre la expresión «eutanasia» y la locución «prestación de ayuda para morir», y no hará tampoco cuestión de la identificación normativa, bajo la genérica denominación de eutanasia, de las dos modalidades previstas en el art. 3 g) LORE: administración directa al paciente de una sustancia letal por el profesional sanitario competente, por un lado, y prescripción o suministro de tal sustancia por dicho profesional de manera que el paciente se la pueda auto administrar, de otra parte. Sea o no discutible tal equiparación

conceptual desde unos u otros enfoques dogmáticos o académicos, este extremo no ha suscitado controversia entre las partes.

b) El núcleo de la cuestión que hemos de dirimir es si la Constitución permite o no al legislador regular como actividad lícita lo que la LORE califica como «eutanasia activa directa» –que requiere, por definición, la ayuda de terceros– cuando concurran los presupuestos de libertad de decisión del sujeto y existencia de una situación de sufrimiento extremo médicamente contrastable. Solamente en caso afirmativo procedería examinar si, adicionalmente, el legislador puede configurar tal actividad lícita como contenido de un derecho público subjetivo de naturaleza prestacional en los términos en que lo hace la Ley Orgánica impugnada.

En la jurisprudencia de este tribunal no existen precedentes, en su acepción más propia, de la específica cuestión que ahora se nos plantea. Ello determina, por una parte, que para nuestro enjuiciamiento proceda recurrir como parámetro interpretativo especialmente cualificado (art. 10.2 CE) a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la materia, que ha quedado sintetizada en lo esencial en el fundamento jurídico 4 de esta sentencia. De otro lado, el carácter novedoso de la cuestión que ahora debemos abordar no impide tomar en consideración pronunciamientos previos de este tribunal que tanto los recurrentes como el abogado del Estado aducen en defensa de sus respectivas pretensiones, aunque dadas las diferencias del caso no sea posible trasladar aquí automáticamente y sin matices dicha doctrina. Nos referimos, en concreto, a la STC 53/1985, de 11 de abril, dictada en un recurso de inconstitucionalidad de hace treinta y ocho años sobre la primera ley despenalizadora de varios supuestos de aborto, y a las sentencias pronunciadas en varios recursos de amparo, aún más vinculados a la resolución de conflictos específicos y que, además, se referían a la problemática singular de los supuestos de rechazo por un menor de edad a una transfusión de sangre por motivos religiosos (STC 154/2002, de 18 de julio) y de la alimentación forzosa de sujetos sometidos a custodia del poder público en centros penitenciarios (SSTC 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio, y 11/1991, de 17 de enero).

Asimismo, ha de tenerse en especial consideración que, a diferencia de lo que sucede con la mayoría de los casos en relación con la eutanasia activa directa hasta ahora examinados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como por los tribunales constitucionales de nuestro entorno, este tribunal se ve ahora llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad, no de normas penales prohibitivas, sino de una regulación legal que habilita su práctica (por todas, STC 49/2008, de 9 de abril, FJ 4).

c) Por último, en el análisis de la impugnación global de la LORE debemos tener presentes dos criterios hermenéuticos. De un lado, que la interpretación de la Constitución ha de atender al concreto contexto histórico en que se realiza. El Tribunal ha señalado al respecto, con apoyo en la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 9 de diciembre de 2004 que retoma la expresión de la sentencia *Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada* de 1930, que nuestro examen ha de partir del dato de que «la Constitución es un "árbol vivo" […] que, a través de una interpretación

evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no solo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta» (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9). Desde esta perspectiva ha de tenerse en cuenta que, por más que esta sea la primera vez que el Tribunal se ve llamado a abordar el problema de la eutanasia, no es en sí una cuestión nueva, porque constituye un dilema universal.

De otro lado, el Tribunal está obligado a interpretar los derechos, principios y valores concernidos tomando en consideración el principio de unidad de la Constitución (por todas, SSTC 113/1994, de 14 de abril, FJ 9; 179/1994, de 16 de junio, FJ 5; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11, y más recientemente STC 9/2010, de 27 de abril, FJ 3), criterio hermenéutico que manifiesta la relación e interdependencia de los distintos elementos del texto constitucional y que exige interpretarlo como un todo armónico. De modo que, procede ya anticipar aquí, no cabe realizar nuestro enjuiciamiento, como proponen los demandantes, desde la consideración única y aislada del derecho fundamental a la vida y de la vida como bien jurídico constitucionalmente protegido. En un contexto eutanásico como el delimitado por la ley orgánica impugnada se produce una grave situación de tensión que tiene como polos la libertad y la dignidad de la persona y su vida, como por lo demás no niegan ni los recurrentes ni el abogado del Estado, que, en cambio, discrepan en cuanto a la relevancia constitucional, la estructura normativa y el contenido constitucionalmente protegido de cada uno de ellos. Hemos de atender en nuestro escrutinio al conjunto de las decisiones valorativas plasmadas en la Constitución que se encuentran en una relación de mutua dependencia e interacción y cuya armonización o concordancia práctica ha de procurar su intérprete. Con la particularidad de que estamos ante elementos con relevancia constitucional que –sin perjuicio de su dimensión objetiva– corresponden a una y la misma persona, a diferencia de lo que sucede en las situaciones ordinarias de conflicto intersubjetivo.

C) Sobre la alegada prohibición constitucional de la eutanasia activa directa.

a) Aproximación general.

Con estas premisas, nuestro enjuiciamiento debe comenzar por dilucidar si, como plantean los recurrentes, la Constitución prohíbe de manera absoluta toda regulación de la eutanasia activa directa, pues solo en caso negativo procedería examinar la conformidad constitucional de la concreta regulación que de la misma hace la Ley Orgánica impugnada.

Para fundar el rechazo a la posibilidad constitucional de tal legislación el recurso realiza dos tipos de reproche constitucional. El primero, la radical oposición de la

eutanasia activa directa al derecho a la vida y el bien constitucional vida (art. 15 CE), que refuerzan los recurrentes con la incompatibilidad con los principios rectores de la política social y económica enunciados en los arts. 43, 49 y 50 CE. Tras esa queja primera y principal, aducen la ausencia de un fundamento constitucional para el derecho a la prestación eutanásica que la ley establece. Ello nos conduce a examinar en primer lugar, el alcance del derecho a la vida y, en caso de que su delimitación no lo impida, abordar el anclaje constitucional del derecho a la prestación, si bien debe advertirse desde un principio la vinculación de ambas cuestiones.

b) Alcance del derecho fundamental a la vida.

La demanda sostiene que el derecho fundamental a la vida goza de un carácter absoluto y, de manera derivada, que el Estado tiene el deber de proteger la vida incluso contra la voluntad de su titular y que el derecho no incluye un derecho a la propia muerte. Ninguna de estas consideraciones resulta convincente como obstáculo radical y definitivo a la constitucionalidad de la regulación de la eutanasia cuestionada, como argumentaremos a continuación.

(i) La vida humana no es solo el objeto del derecho fundamental enunciado en el art. 15 CE, sino condición de posibilidad del resto de derechos, lo que la sitúa como *prius* de la persona y de todas sus manifestaciones. Ha de verse por tanto como un bien constitucional objetivo que reclama del poder público preservación y respeto (SSTC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3, y, entre otras, 32/2003, de 13 de febrero, FJ 7).

El derecho a la vida se configura como el derecho a la protección de la existencia física de las personas, que comporta para el poder público deberes negativos, o de abstención, y positivos, de protección frente a ataques de terceros (en tal sentido, STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 7) o incluso propios, como se puntualizará, en determinadas hipótesis. Así lo viene declarando también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de interpretar y aplicar el art. 2.1 CEDH, que supone la obligación del Estado no solo de «abstenerse de quitar la vida "intencionalmente" (obligaciones negativas)», sino también de «tomar las medidas adecuadas para salvaguardar la vida de aquellas personas dentro de su jurisdicción (obligaciones positivas)» (STEDH de 5 de junio de 2015, asunto *Lambert y otros c. Francia,* § 117; en análogos términos, STEDH de 4 de octubre de 2022, asunto *Mortier c. Bélgica,* § 116).

Sin embargo, estas consideraciones no sustentan una interpretación del art. 15 CE –«[t]odos tienen derecho a la vida»– que atribuya carácter absoluto a la vida e imponga a los poderes públicos un deber de protección incondicional que implique un paradójico deber de vivir y, en tal medida, impida el reconocimiento constitucional de decisiones autónomas sobre la propia muerte en situaciones de sufrimiento debido a una enfermedad o padecimiento incurable médicamente constatable y que la persona experimenta como inaceptable.

(ii) Es cierto que la afirmación del carácter absoluto del derecho a la vida aparece como *obiter dicta* en alguna resolución de este tribunal que en el recurso se cita

(STC 48/1996, de 25 de marzo, FJ 2). Cualquiera que sea el significado que así quiera atribuirse a esta polisémica calificación, aquella aseveración conllevaría –descartado el manifiesto absurdo de un derecho autorreferente, esto es, sin alteridad– la tesis de que habría de pesar sobre la persona, en mérito del art. 15 CE, una suerte de obligación constitucional de mantenerse con vida o, dicho de otro modo, que los deberes públicos de protección que derivan de la proclamación del derecho habrían de prevalecer en todo caso sobre la voluntad de quien decidiera poner fin a la propia vida o asumir, en hipótesis ya diferente, riesgos letales para sí mismo. Expuesta en tales términos generales y sin matiz alguno, la tesis no es constitucionalmente aceptable. Cabe oponer al respecto diversas consideraciones atinentes, de un lado, a la evidencia contraria que muestra el ordenamiento jurídico y, de otro y con carácter principal, a la incompatibilidad de la tesis absolutizadora con la Constitución.

(iii) Desde la perspectiva que nos ocupa, advertimos ya de partida que las propias resoluciones invocadas en el recurso desmienten el alegado carácter absoluto del derecho a la vida y del bien constitucional vida. No puede olvidarse que la STC 53/1985 amparó la constitucionalidad de varios supuestos de aborto aun desde el presupuesto del valor de la vida humana. Tampoco que la STC 120/1990, que avala la alimentación forzosa de los internos en huelga de hambre reivindicativa, se cuida de acentuar la proyección limitada de tal autorización desde la perspectiva de la afectación del derecho a la vida. Respalda la decisión respecto de quienes se encuentran internos en centros penitenciarios y arriesgan su vida para condicionar el ejercicio de potestades de la administración, pero distingue expresamente esa situación de la «decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que solo a él afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad» (FJ 7, con el mismo tenor, STC 137/1990, FJ 5).

Es más, a diferencia de lo que aducen los recurrentes, de esta doctrina constitucional no se sigue una prohibición general del suicidio, aunque se descarte una vertiente negativa que incluya el derecho a la propia muerte y considere que quien se da muerte de propia mano actúa en un ámbito libre de Derecho y, por lo tanto, en el marco del principio general de libertad y no en ejercicio de un derecho (SSTC 120/1990, FJ 7; 137/1990, FJ 5, y 11/1991, FJ 2). Pero, no puede olvidarse que las citadas resoluciones admiten la posible ilicitud de medidas impeditivas de la muerte que hubiera sido decidida por la persona en circunstancias distintas. Una consideración global pone de manifiesto que aquellas afirmaciones constituyen una respuesta a la específica cuestión entonces analizada, esto es, si el derecho a la vida incorpora un derecho a arrostrar la propia muerte que quepa oponer a la decisión del Estado de articular un mecanismo impeditivo, como sostenían los demandantes de amparo. Y esta concreta posibilidad es la que se rechaza en las sentencias, que concluyeron que «no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente» (SSTC 120/1990, FJ 7, y 137/1990, FJ 5). En absoluto puede extraerse de tal jurisprudencia una imposibilidad

constitucional de admitir la eutanasia y, mucho menos, un pronunciamiento sobre el problema iusfundamental que suscita.

En tercer lugar, debemos destacar que la jurisprudencia constitucional respalda con base en el derecho fundamental a la integridad personal, proclamado en el propio art. 15 CE, las decisiones libres e informadas de rechazo de tratamientos médicos aun cuando puedan conducir a un resultado fatal (STC 37/2011, FJ 5), tal y como expusimos en el fundamento jurídico 4. Se trata de un aval que excluye la pretendida protección irrestricta de la vida no solo en términos lógicos, sino también en términos de delimitación del derecho fundamental, y que supone la admisión de una cierta disponibilidad de la vida vinculada a la autonomía de la persona. Hay que recordar que es la facultad de autodeterminación sobre las intervenciones en el propio cuerpo, al margen de su eficacia o finalidad sanadora, la que «legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos». Y que escoger entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas, es «la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica», sin que se vea limitada por una previsible consecuencia de muerte (por todas, STC 37/2011, FJ 5). En suma, la autodeterminación sobre el propio sustrato corporal impide que pueda activarse una protección de la vida a través de terapias salvadoras contra la voluntad del paciente.

(iv) Como muestra esta doctrina, más allá del contraste de las realidades jurídicas enunciadas con un concepto absolutizado de la vida, resulta constitucionalmente trascendental para rechazar esa comprensión la incidencia de la dignidad y la libre autodeterminación en la interpretación del derecho a la vida.

En línea con el enfoque del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asunto *Mortier c. Bélgica*, § 124 y 128), la interpretación del art. 15 CE en orden a revisar la compatibilidad del derecho a la vida con las decisiones sobre su conclusión y, más específicamente, con la asistencia médica a la muerte en contextos de eutanasia, debe tener presente, conforme a las aludidas exigencias de interpretación sistemática y evolutiva, que la previsión del art. 15 CE se inserta en una axiología constitucional que tiene a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). En tal medida, frente a lo defendido en el recurso, la Constitución no acoge una concepción del derecho a la vida y de la protección del bien vida desconectada de la voluntad de su titular y, por ende, indiferente a sus decisiones sobre cómo y cuándo morir.

La consagración de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) «implica, evidentemente, el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias» (SSTC 132/1989, de 18 de julio, FJ 6, por todas).

De otro lado, esta misma facultad de autodeterminación respecto de la configuración de la propia existencia se deriva de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, cláusulas que son «la base de nuestro sistema de derechos fundamentales» (por todas, STC 212/2005, de 21 de julio, FJ 4). Este tribunal ha señalado que la dignidad «es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás» (STC 53/1985, FJ 8 y, en sentido similar, por todas, STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7). Otro tanto puede decirse del libre desarrollo de la personalidad que «protege la configuración autónoma del propio plan de vida» (STC 60/2010, de 7 de octubre), radicando su sentido primordial en excluir determinadas trabas o interferencias públicas –acaso también, en algunos supuestos, intervenciones de las llamadas a veces «paternalistas»– que limiten o entorpezcan sin fundamento suficiente un desarrollo personal que la Constitución quiere «libre»: libre, ante todo, de la intervención del Estado.

A todo ello hay que añadir que la facultad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida cristaliza principalmente en el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE). Este derecho protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria, resultando vulnerado cuando se mediatiza o instrumentaliza al individuo, olvidando que toda persona es un fin en sí mismo (SSTC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13, y 34/2008, de 25 de febrero, FJ 5).

En suma, en nuestro ordenamiento constitucional, la libertad individual para la adopción y puesta en práctica autónoma de decisiones personales privadas e íntimas de profunda relevancia vital goza *prima facie* de protección a través del reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad, configurados expresamente en la Constitución como «fundamentos del orden político y de la paz social» (art. 10.1 CE), y de los derechos fundamentales íntimamente vinculados a dichos principios, de entre los que cobra particular relevancia el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE).

El derecho a la vida debe leerse en conexión con estos otros preceptos constitucionales y, con ello, ser interpretado como cauce de ejercicio de la autonomía individual sin más restricciones que las justificadas por la protección de otros derechos e intereses legítimos. Cuando de las decisiones vitales que analizamos se trata, el respeto a esa autodeterminación debe atender además a las situaciones de sufrimiento extremo objetivo que la persona considera intolerable y que afectan al derecho a la integridad personal en conexión con la dignidad humana. El contenido del derecho a la vida debe cohonestarse con esos otros bienes y derechos constitucionales de la persona para evitar transformar un derecho de protección frente a las conductas de terceros (con el reflejo de la obligación de tutela de los poderes públicos) en una invasión del espacio de libertad y autonomía del sujeto, y la imposición de una existencia ajena a la persona y contrapuesta al libre desarrollo de su personalidad carente de justificación constitucional. El peso de los bienes y derechos constitucionales que inciden en el derecho a la vida, interpretados de modo sistemático, determinan el alcance de los deberes de protección del Estado y fundamentan la posibilidad de su restricción.

(v) Esta comprensión, se ajusta a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la compatibilidad con el Convenio de Roma de la ausencia de constricción estatal en las decisiones sobre el final de la vida (*Lambert c. Francia*, § 136-139).

Ciertamente excluye el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que pueda derivarse del derecho a la vida del art. 2 CEDH un derecho a morir (por todos, asunto *Pretty c. Reino Unido*, § 40) y concede un amplio margen de apreciación a los Estados en la decisión de limitar o no el derecho a la vida privada en aras de la protección de la vida y la búsqueda de un equilibrio entre ambos intereses. Pero, y es lo aquí determinante, la interpretación del precepto conforme al art. 8 CEDH conduce a descartar que prohíba *per se* una despenalización condicional de la eutanasia, aun cuando implique la actuación de un tercero de poner fin intencionadamente a la vida de quien lo pide, en tanto que tiene por objeto dar a la persona libertad para evitar un final de vida que considera indigno y doloroso, siendo la dignidad humana y la libertad la esencia misma del Convenio (asunto *Mortier c. Bélgica*, § 137 y138).

(vi) Conforme a lo expuesto, no puede oponerse como motivo original y definitivo de inconstitucionalidad de la ley un entendimiento del derecho a la vida trascendente a la persona e inmune a sus decisiones libres y conscientes, que se oponga de forma irremediable a la constitucionalidad de la autodeterminación vital en contextos eutanásicos. El Tribunal no aprecia una diferencia valorativa que, desde la estricta perspectiva del alegado carácter absoluto de la protección de la vida, explique la admisibilidad constitucional –aceptada por los recurrentes– de la facultad de autodeterminación de un paciente que rechaza tratamientos salvadores, solicita la retirada del soporte vital o requiere cuidados paliativos terminales, con el consiguiente adelantamiento de la muerte que esas decisiones implican, pero no de los supuestos de eutanasia ahora examinados. También en este ámbito la decisión libre y consciente de morir de quien se halla en situaciones de sufrimiento personal extremo, provocadas por enfermedades graves incurables o profundamente incapacitantes, presenta una dimensión iusfundamental y de apertura a la disponibilidad de la vida. Sobre ello nos detendremos a continuación, si bien ha de abordarse antes la invocación de los principios rectores enunciados en los arts. 43, 49 y 50 CE con que el recurso refuerza la pretendida oposición de la regulación de la eutanasia con la protección de la vida.

c) Principios rectores de la política social y económica (arts. 43, 49 y 50 CE).

Debemos descartar el reproche de ilegitimidad de la LORE que los recurrentes asocian con los principios rectores de la política social y económica enunciados en los arts. 43, 49 y 50 CE como previsiones que, adicionalmente al art. 15 CE, obligan a preservar la vida y la salud y excluyen toda finalidad legítima de la eutanasia.

Así es, con plena evidencia, por lo que se refiere a los arts. 49 y 50 CE, relativos a las políticas públicas de atención específica a las personas con discapacidad y a los ciudadanos durante la tercera edad. Ni la LORE ha incurrido en la perversión jurídica de referirse, de manera selectiva, a estos colectivos de personas –sino, en términos

abstractos, a cualquiera que reúna los «requisitos» establecidos en su art. 5– ni los compromisos que se fijan para los poderes públicos en una y otra disposición (meramente citada, sin fundamentación alguna, la primera) pueden entenderse contradichos por la configuración legislativa de una prestación de ayuda para morir cuyo sentido difiere por completo del que anima a cada una de estas normas.

Otro tanto se ha de decir ante la invocación de los arts. 43.1 y 2 CE, que, respectivamente, reconocen el «derecho a la protección de la salud» y disponen que «[c]ompete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios». Se lee en la demanda que la Constitución obliga, «ante la enfermedad, el sufrimiento y la muerte», a «la preservación de la vida y de la salud» y que el «servicio que prestan los médicos en la eutanasia no está orientado a tutelar la salud de los enfermos, sino a acabar definitivamente con ella». De nuevo este alegato sitúa el debate jurídico-constitucional en un terreno ajeno a la problemática de la regulación legal de la eutanasia. El legislador ha introducido la prestación de ayuda para morir ante lo que bien puede llamarse el fracaso –al cabo ineluctable– de la ciencia médica en sanar al enfermo o aliviar su sufrimiento [apartados b) y c) del art. 3 LORE] y mal puede contrastarse esta ordenación legal con un derecho a la protección de la salud del que no derivan obligaciones para el paciente, según ya se ha advertido, y que tampoco hace buena, o conforme a la ciencia médica, la obstinación terapéutica.

d) El derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos.

Descartado el reproche de incompatibilidad con la debida protección de la vida y con los principios rectores citados, ha de rechazarse también la alegación relativa a la carencia de fundamento constitucional de la eutanasia activa directa en contextos de sufrimiento extremo como los cubiertos por la Ley Orgánica impugnada. Como a continuación razonamos y se desprende de lo expuesto, tal fundamento se encuentra en los derechos fundamentales a la integridad física y moral –integridad personal, en definitiva– del art. 15 CE que, en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE, amparan el derecho de la persona a la autodeterminación respecto de su propia muerte en contextos eutanásicos, derecho que delimita externamente el ámbito de aplicación del derecho fundamental a la vida y que resulta amparado en la Constitución.

(i) Según hemos anticipado en el fundamento jurídico 4, es doctrina de este Tribunal que los derechos a la integridad física y moral del art. 15 CE incluyen un derecho de autodeterminación de la persona pues, además de «proteger la "incolumidad corporal" (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2), 'han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad", orientada a su plena efectividad» (por todas, STC 37/2011, FJ 3). Por ello ha declarado este tribunal que el derecho a la integridad personal ampara, sin perjuicio de precisiones ahora irrelevantes, a quien de manera libre, informada y responsable rechaza someterse a unos u otros tratamientos médicos o sanitarios [SSTC 120/1990, FJ 8; 137/1990, FJ 6;

154/2002, FJ 9 b), y 37/2011, FFJJ 3 a 7], aun cuando esa decisión, tomada en uso de su autonomía de la voluntad, pudiera conducir a un resultado fatal (STC 37/2011, FJ 5).

Es asimismo doctrina de este tribunal que «para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues solo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro […]. La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental» (STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5). Se trata de una garantía que se ha concretado en 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 (arts. 2 y concordantes).

Este derecho de autodeterminación del paciente encuentra también protección en el CEDH, a pesar de que no cuente con un específico derecho a la integridad física y moral equivalente al del art. 15 CE. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que el derecho de autodeterminación respecto de los tratamientos médicos forma parte del derecho al respeto de la vida privada enunciado en el art. 8.1 CEDH, aun cuando su ejercicio pudiera conducir a la muerte del sujeto (por todas, SSTEDH de 29 de abril de 2002, asunto *Pretty c. Reino Unido*, § 63 y 65, y de 5 de junio de 2015, asunto *Lambert y otros c. Francia*, § 142 y 180).

(ii) En conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el derecho a la integridad personal del art. 15 CE protege un ámbito de autodeterminación de la persona que ampara también la decisión individual de darse muerte por propia mano, cuando tal decisión se adopte de manera libre y consciente por un ser humano capaz que se encuentre inmerso en un contexto de sufrimiento personal extremo debido a causas clínicas de gravedad límite, racional y objetivamente contrastables conforme a los parámetros de la ciencia médica.

En una situación extrema de este tipo, la decisión relativa a cómo y cuándo finalizar la propia existencia afecta de manera insuperablemente intensa a los derechos a la integridad física y moral de la persona afectada, así como al libre desarrollo de su personalidad y, de manera muy destacada, a su dignidad, principio que viene a

condensar en última instancia el significado más profundo de la opción constitucional que en este específico contexto deriva de los arts. 15 y 10.1 CE. La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar su contenido no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de las situaciones trágicas de sufrimiento personal extremo provocadas por enfermedades graves incurables o profundamente incapacitantes (*mutatis mutandis*, respecto de la interpretación de las exigencias derivadas de la dignidad de la persona en el ámbito de la maternidad, STC 53/1985, FJ 8).

Concurriendo estas precisas circunstancias ya no cabe afirmar que estemos ante una conducta genérica de disposición de la propia vida realizada en ejercicio de una mera libertad fáctica, esto es, en una suerte de ámbito libre de Derecho (SSTC 120/1990, FJ 7; 137/1990, FJ 5, y 11/1991, FJ 2), sino ante una de las decisiones vitales –por más que extrema y fatal– de autodeterminación de la persona protegida por los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Este derecho de autodeterminación garantiza a la persona inmersa en un contexto de sufrimiento extremo como el aquí considerado un espacio de autonomía individual para trazar y llevar a término un proyecto de fin de vida acorde con su dignidad, de acuerdo con sus propias concepciones y valoraciones acerca del sentido de su existencia. Se trata de un ámbito de autonomía que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución.

Debido a su fundamento constitucional, este específico derecho de autodeterminación tiene como presupuesto que su ejercicio responda a la decisión libre y consciente de su titular. Resulta aquí plenamente aplicable, por ello, nuestra ya reseñada doctrina sobre la información previa y el consentimiento informado como mecanismos de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, con ello, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, de modo que su omisión o defectuosa realización puede suponer una lesión de tales derechos fundamentales (STC 37/2011, FJ 5).

En un sentido análogo, aunque con un alcance diferente –no limitado a los contextos eutanásicos que, por ser los afectados por la Ley Orgánica impugnada, son los únicos sobre los que nos corresponde ahora pronunciarnos– se ha manifestado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al afirmar que «el derecho de un individuo a decidir de qué manera y en qué momento debe finalizar su vida, con tal de que esté en condiciones de formar libremente su voluntad a este propósito y de actuar en consecuencia, es uno de los aspectos del derecho al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 de la Convención», de modo que la obligación de intervención del poder público se ciñe a las decisiones no tomadas con conocimiento y libertad (SSTEDH *Haas c. Suiza*, § 51; *Koch c. Alemania*, §52, y *Mortier c. Bélgica*, § 124, 135 y 136). Conclusión que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alcanza tras señalar

que «la dignidad humana y la libertad son la esencia misma del Convenio» (*Mortier c. Bélgica*, § 124).

No puede acogerse, en fin, el argumento de los recurrentes de que la persona que se suicida pierde su dignidad y libertad al renunciar a su sustento. La decisión libre y consciente de poner fin a la propia vida constituye una expresión de la autonomía personal que le es inherente, sin que sea concebible una comprensión absoluta del derecho a la vida opuesta a la dignidad de la persona que se halla en la situación trágica de sufrimiento, a cuya protección –como el resto de derechos fundamentales– sirve desde una perspectiva individual como concreción normativa (en distintos contextos, SSTC 194/1994, de 23 de junio, FJ 4; 113/1995, de 6 de julio, FJ 6; 133/2001, de 13 de junio, FJ 5, o 136/2006, de 8 de mayo, FJ 6).

(iii) Este derecho de autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos incluye también el derecho de la persona a recabar y usar la asistencia de terceros que sea necesaria para llevar a la práctica la decisión de manera compatible con su dignidad y con su integridad personal. Tal ayuda puede ser necesaria tanto para materializar en última instancia la voluntad de poner fin a la propia vida como para poner a su disposición los medios que le permitan acabar su vida de manera segura e indolora, o dicho de otro modo, digna.

De ello se sigue que la Constitución demanda a los poderes públicos –en primer término, al legislador– permitir la ayuda por parte de terceros a la muerte de la persona capaz que así lo decide, libre y conscientemente, en el tipo de situaciones extremas a las que se refiere nuestro enjuiciamiento y de habilitar las vías necesarias para ello. Sin que de ello se derive necesariamente un deber prestacional del Estado, lo que este no puede hacer es eludir su responsabilidad en esta materia, como sucedería si pretendiese permanecer ajeno –mediante la prohibición o la ausencia de regulación– a la específica problemática de quien precisa la ayuda de terceros para ejercer de modo efectivo su derecho en este tipo de situaciones, pues ello podría abocar a la persona a una muerte degradante, y en todo caso haría depender a cada sujeto, a la hora de decidir sobre su propia muerte y llevarla a cabo, de sus específicos y personales condicionantes físicos, sociales, económicos y familiares, resultados ambos incompatibles con los arts. 10.1 y 15 CE. Como a continuación se indicará, este deber público de dotar de eficacia al derecho de autodeterminación no conlleva, sin embargo, una exigencia constitucional de permisión total e indiscriminada de la ayuda de terceros a la muerte libre y conscientemente decidida por persona capaz inmersa en un contexto eutanásico.

Una aproximación similar a la expuesta ha adoptado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando, tras encuadrar en el art. 8.1 CEDH el derecho a decidir cómo y cuándo poner fin a la vida, afirma que «impedir por ley que una persona ejerza su elección para evitar lo que, a su juicio, constituirá un final indigno y doloroso de la vida» puede suponer una injerencia en tal derecho (*Mortier c. Bélgica*, § 135, con ulteriores referencias).

e) Desestimación de la queja.

Las consideraciones expuestas conducen a la desestimación de la primera parte de la censura de inconstitucionalidad de carácter sustantivo que los recurrentes dirigen contra el conjunto de la LORE, cifrada en la supuesta imposibilidad constitucional de configurar la eutanasia activa directa como actividad lícita.

La Constitución no exige, como tampoco lo hace el CEDH, una protección de la vida humana de alcance absoluto que pueda oponerse a la voluntad libre y consciente de su titular, ni tal entendimiento de la vida resulta compatible con la consideración de la persona que deriva del texto constitucional en su conjunto. Antes bien, la decisión de poner fin a la propia vida, adoptada libre y conscientemente por quien, estando en pleno uso de sus facultades mentales, se encuentra inmerso en una situación de sufrimiento extremo por causas médicas especialmente graves, irreversibles y objetivamente contrastables, es una de las decisiones vitales amparadas por el derecho de autodeterminación de la persona que deriva de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con el reconocimiento de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Este derecho de autodeterminación conlleva la obligación del Estado de habilitar las vías legales necesarias para permitir la ayuda de terceros que sea precisa para que la persona inmersa en una de las situaciones trágicas a las que se refiere nuestro enjuiciamiento pueda ejercer su derecho a decidir sobre su propia muerte en condiciones de libertad y dignidad.

Sin embargo, ello no significa sin más que toda regulación de la ayuda de terceros a la muerte de quien así lo decide en un contexto eutanásico sea por sí mismo compatible con la Constitución. Para que exista tal compatibilidad es necesario que el legislador, que fija los mecanismos para dotar de efectividad al derecho de autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, establezca medidas de protección suficientes de los derechos, principios y bienes constitucionales que puedan verse afectados por el ejercicio de tal derecho, como se examina en detalle a continuación.

D) Sobre la alegada inconstitucionalidad del modelo regulatorio plasmado en la Ley Orgánica impugnada.

a) Aproximación general.

Descartado que la Constitución se oponga *per se* a la previsión legal de la eutanasia, la cuestión que hemos de dilucidar es si el legislador, al prestar atención normativa a quienes recaben ayuda pública para poner fin a la propia vida y configurar al efecto un derecho de prestación, ha establecido garantías suficientes de que la muerte así causada no vulnera ninguno de los derechos y bienes constitucionales en juego.

En este punto resulta necesaria una aclaración relativa a la pauta metodológica que habrá de seguir nuestro enjuiciamiento. Los demandantes plantean subsidiariamente que, si se considera que el derecho a la vida es susceptible de modulación, la concreta ponderación plasmada en la LORE sería inconstitucional por habilitar una agresión a este derecho que no supera las exigencias del principio de proporcionalidad. Conforme

a su planteamiento, la prestación de ayuda para morir constituiría una medida de injerencia en el derecho fundamental a la vida cuya constitucionalidad quedaría condicionada a su proporcionalidad, entendida como prohibición de la restricción excesiva de los derechos fundamentales.

Este planteamiento no puede ser acogido. Según se ha razonado, la habilitación legislativa de la eutanasia activa directa constituye una medida dirigida a garantizar el derecho de autodeterminación de la persona respecto de su propia muerte en contextos de sufrimiento extremo que, con anclaje constitucional en el derecho fundamental a la integridad física y moral, no implica en principio una injerencia en la vida ni como derecho fundamental ni como bien constitucional objetivo. Ello sin perjuicio de advertir que la vida podría resultar lesionada en defecto de medidas de protección suficientes para evitar la indebida influencia o el abuso por parte de terceros, sea en la adopción de la decisión relativa a la muerte o en su puesta en práctica. El Estado no solo ha de abstenerse de producir injerencias en la vida de las personas, sino que debe evitar en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible las que procedan de otros sujetos distintos del titular de esos derechos. Esta exigencia es crucial en la materia que ahora examinamos, porque la participación de un tercero supone la incorporación al proceso de finalización de la vida de un agente externo que trasciende el ámbito personal de quien pretende darse muerte y que, podría, en ausencia de suficientes salvaguardias legales, exponer al individuo afectado al riesgo de influencias indebidas, manipulaciones y abusos, con la consiguiente vulneración de su derecho a la vida.

A ello ha de añadirse que, aunque no forma parte de los motivos de impugnación, no puede desconocerse que toda regulación de la eutanasia activa directa ha de respetar asimismo el derecho de autodeterminación que le sirve como fundamento constitucional y que delimita los respectivos ámbitos de aplicación de tal derecho y del derecho a la vida. Como hemos señalado en otras ocasiones, cuando el cumplimiento del deber de protección del Estado respecto de un bien jurídico o derecho fundamental implica que el legislador ha de llevar a cabo acciones positivas en defensa del mismo que entran en conflicto con derechos fundamentales de libertad, el control de constitucionalidad no puede abordarse exclusivamente desde la perspectiva de la suficiencia en el cumplimiento del deber de protección, sino que necesariamente ha de valorar si la actuación legislativa respeta el contenido esencial de los derechos fundamentales de libertad afectados por la misma y no resulta desproporcionada (por todas, SSTC 120/1990, de 27 de junio, y 215/1994, de 14 de julio).

Dentro de estos límites, corresponde a los poderes públicos –y, en primer término, al legislador– adoptar medidas de protección suficientemente eficaces para evitar que una regulación de este tipo, y su consiguiente aplicación en la práctica, puedan llegar a afectar de modo constitucionalmente inadmisible a la vida del sujeto. El legislador goza de una amplia libertad de configuración a la hora de responder a sus deberes de protección de la vida de las personas frente a agresiones de terceros, pudiendo optar por distintos modelos integrados por unas u otras medidas protectoras de naturaleza material, organizativa y/o procedimental, siempre y cuando alcance el resultado tuitivo

exigido por la Constitución y lo haga, además, sin interferir desproporcionadamente en el derecho a la autodeterminación del paciente ni afectar a su contenido esencial.

Por su parte, compete a este tribunal controlar la conformidad con la Constitución de la concreta opción adoptada por el legislador al regular la eutanasia activa directa. Debido al específico encuadramiento constitucional de esta materia, tal operación ha de realizarse, por lo que a la tutela de la vida se refiere, a través de un examen de proporcionalidad entendido no en el sentido clásico de prohibición del exceso (sobre esta vertiente, por todas, STC 148/2021, de 14 de julio, FJ 3), sino en su manifestación como prohibición del defecto, esto es, como proscripción de la inexistente o insuficiente protección. Tal déficit existiría si el legislador no hubiese adoptado medida de protección alguna, si las medidas adoptadas fuesen manifiestamente inadecuadas para alcanzar el objetivo de protección requerido o si no fuesen suficientes para proporcionar el nivel de protección exigido por la Constitución. No nos corresponde, por lo tanto, analizar si pudieran existir otros sistemas más eficaces de protección de la vida (que, por lo demás, incidirían de forma mayor en el derecho fundamental a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, incidencia que sí habría de medirse a la luz del principio de proporcionalidad entendido como prohibición del exceso), sino solo dilucidar si el sistema previsto en la LORE cumple con unos mínimos de protección razonables. Únicamente si la respuesta a este interrogante fuera negativa se podría compartir la censura que dirigen los recurrentes contra la Ley Orgánica en su totalidad.

Esta es la perspectiva desde la cual procede examinar el específico modelo regulatorio por el que ha optado el legislador al aprobar la LORE, y desde la que deben abordarse también las tachas de alcance general que los recurrentes dirigen en este punto contra dicha norma. Tales censuras, relativas a la delimitación legal del contexto eutanásico y al acceso efectivo a los cuidados paliativos, no pueden dejarse de lado por el mero hecho de que la demanda las exponga al hilo del pretendido juicio de proporcionalidad entendido como prohibición del exceso –que se acaba de desechar como pauta del control–, sino que habrán de ser consideradas desde la perspectiva de la prohibición de la inexistencia o insuficiencia de protección. Por lo demás, y para facilitar la comprensión de nuestra argumentación, las quejas subsidiarias de los demandantes relativas a preceptos específicos de la LORE serán examinadas en los fundamentos jurídicos sucesivos, a pesar de que la mayoría se apoyan también, parcialmente, en la supuesta insuficiencia del nivel de protección que a la vida propicia la LORE.

b) Deberes de protección del Estado en este contexto.

Para pronunciarnos acerca de la constitucionalidad de la LORE desde esta perspectiva es necesario determinar, en primer lugar, cuáles son los deberes de protección frente a terceros que respecto de la materia regulada por la LORE resultan de la Constitución, pues solo una vez fijado tal canon será posible examinar si ha sido satisfecho por el legislador.

(i) Ante todo es preciso aclarar que, en este contexto, la Constitución impone exigencias de protección frente a terceros no solo respecto de la vida como derecho

fundamental y como bien constitucional objetivo –única perspectiva a la que alude la demanda–, sino también respecto del derecho fundamental a la autodeterminación de la propia muerte en situaciones eutanásicas. Ahora bien, no habiéndose planteado en este proceso la vulneración de estos últimos deberes de protección y no existiendo elementos que hagan dudar a este tribunal de que los mismos se hayan visto satisfechos por la ley orgánica impugnada, nuestro enjuiciamiento ha de limitarse a verificar si el legislador ha observado sus deberes de proteger la vida de las personas frente a terceros.

El deber constitucional de protección del derecho fundamental a la vida frente a agresiones de terceros se concreta en la obligación del Estado de garantizar que la decisión de poner fin a la propia vida en contextos de sufrimiento extremo se adopta y se lleva a término de conformidad con la voluntad libre y consciente de una persona capaz, lo que exige la articulación de mecanismos suficientes para garantizar el carácter informado, reflexivo, estable y ajeno a coacciones de una decisión tan trascendental. Interesa resaltar que, con ello, el contenido de este deber de protección coincide con el que deriva del derecho de autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, como resulta de nuestra doctrina, ya citada y aplicable aquí, sobre el consentimiento informado como presupuesto y garantía constitucional del ejercicio del derecho a la integridad personal (art. 15 CE). Igualmente, conviene destacar que la existencia de una voluntad auténticamente propia, libre y consciente de una persona capaz es el elemento que marca la frontera entre el ámbito de protección del derecho fundamental a la vida y el derecho fundamental a la autodeterminación respecto de la propia muerte en situaciones eutanásicas.

En un sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al referirse a los deberes estatales de protección de la vida en el asunto *Mortier c. Bélgica*, § 139, que recoge la consideración del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de que la eutanasia no constituye un atentado al derecho a la vida si se rodea de sólidas garantías legales e institucionales que permitan verificar que los profesionales de la medicina aplican una decisión explícita, no ambigua, libre e informada del paciente, a fin de que el mismo sea protegido frente a presiones y abusos. Para la identificación de los específicos estándares de garantía que habrán de ser necesariamente satisfechos por el legislador en uso de su margen de configuración, puede resultar de utilidad (*ex* art. 10.2 CE) atender a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las condiciones de una eutanasia –practicada al amparo de una opción legislativa de despenalización– que garantizan el cumplimiento de las obligaciones positivas de protección de la vida. Estas salvaguardas se vinculan a tres elementos: regulación garantista de los actos previos a la eutanasia, práctica respetuosa de tal marco legal y control posterior (asunto *Mortier c. Bélgica*, § 141). Conviene hacer una sucinta alusión a dichas pautas a efectos orientadores, teniendo en cuenta que la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es parámetro directo de constitucionalidad y que las garantías mencionadas en el asunto *Mortier* se encuentran vinculadas al problema planteado en aquel caso, la eutanasia practicada a petición de una persona con trastornos psiquiátricos y conforme a una legislación que no establecía

un sistema de verificación previa, aspectos ambos que divergen del modelo que establece la ley que ahora estamos enjuiciando.

La primera exigencia radica en la existencia de un marco legislativo relativo a los actos previos a la eutanasia que garantice que la decisión del paciente de poner fin a su vida se adopta libremente y con pleno conocimiento de causa, lo que puede articularse mediante un control previo por un organismo independiente y, a falta de tal control, por la existencia de garantías materiales y procesales suficientes en la norma (§ 145 y 146). Como tales valora el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Mortier* la previsión de una petición reiterada y ajena a presiones externas, verificada por un médico, la definición de la situación de sufrimiento, la intervención adicional de médicos independientes y especializados en la patología o la fijación de un plazo entre la solicitud y la materialización de la eutanasia (§ 150-153). Esta regulación debe ser clara y precisa, para permitir al ciudadano conocer los límites que se imponen al ejercicio del derecho a decidir sobre el momento y la forma de la muerte (*Gross c. Suiza*, § 63 y 69). En segundo lugar, establecido un marco jurídico claro y preciso, resulta determinante que la eutanasia se practique con observancia de esta regulación, de modo que las garantías legales se satisfagan y operen efectivamente como barrera frente a posibles abusos, asegurando una decisión plenamente voluntaria y en las situaciones médicas que el legislador ha fijado. Como tercer elemento se menciona un control posterior respetuoso de las obligaciones de investigación que establece el derecho a la vida del art. 2 CEDH. Como es sabido, este precepto impone, junto a las obligaciones sustantivas positivas, obligaciones procesales propias de un sistema judicial eficaz e independiente que, en caso de muerte, sea capaz de establecer los hechos, exigir responsabilidades a los culpables y proporcionar a las víctimas una reparación adecuada. La obligación de investigar que se activa en los casos de fallecimiento que pudiera deberse a una acción homicida se aplica también a los casos «en que una eutanasia llevada a cabo sea objeto de una denuncia o una queja por parte de un familiar del fallecido que indique de forma creíble la existencia de circunstancias sospechosas» (§ 167). No obstante, entiende el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, cuando la eutanasia se realiza en virtud de una legislación que la autoriza pero la somete a condiciones estrictas, no suele ser necesaria una investigación penal, que solo debe iniciarse si hubiera circunstancias sospechosas (§ 179). En orden a cumplimentar las exigencias de tutela del derecho a la vida, el control sucesivo resulta crucial y debe ser especialmente riguroso cuando no existe un control previo, pudiendo articularse a través de un órgano administrativo, siempre que goce de independencia, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora como particularmente importante cuando se trata de obtener peritajes médicos (§ 171 y 176).

(ii) En cuanto a la intensidad de los deberes de protección frente a terceros que los derechos fundamentales imponen al Estado, su determinación debe realizarse teniendo en cuenta la relevancia constitucional de los valores y derechos constitucionales a cuya tutela sirven, la gravedad, alcance e inminencia del riesgo o amenaza al que se ven expuestos y el grado de razonable posibilidad de que el titular de los derechos afectados los proteja por sí mismo. Es evidente que, cuando de la

regulación de la eutanasia activa directa se trata, tanto la relevancia del derecho fundamental que puede verse afectado (la vida, por lo que ahora importa) como la gravedad de la amenaza a la que queda expuesto (su eliminación definitiva e irreparable) es máxima. Es preciso insistir en este punto en la doble particularidad fenomenológica del derecho a la vida: el carácter irreversible de la ejecución de la decisión de ponerle fin y su dimensión existencial en tanto que sostén biológico del resto de los derechos. Por otra parte, encontrándonos ante una regulación relativa a contextos eutanásicos, tal derecho corresponde a personas en una especial posición de vulnerabilidad debido a la situación de sufrimiento extremo en la que se hallan, lo que puede hacer que encuentren especiales dificultades para protegerse a sí mismas.

Estas circunstancias determinan la exigibilidad constitucional de un alto nivel de protección de la vida. Al legislador le es exigible, para prevenir daños de otro modo irreversibles, un estricto rigor tanto en la determinación de los supuestos fácticos y los procedimientos para instar la ayuda para morir como en el aseguramiento de las correspondientes y obligadas garantías y controles, de modo que se proteja suficientemente al individuo del riesgo de influencias indebidas, manipulaciones y abusos por parte de terceros.

c) Enjuiciamiento.

Sentado lo anterior, puede analizarse el modelo regulatorio de la LORE para determinar si se encuentra dentro de los límites constitucionales que acabamos de perfilar.

(i) Antes de abordar las tachas concretas de inconstitucionalidad que en este punto denuncia la demanda es necesario examinar en su conjunto el modelo de protección de la vida frente a terceros instaurado por la Ley Orgánica. Ello es preciso porque dicho modelo no puede ser enjuiciado exclusivamente a través de la lectura descontextualizada y aislada de los preceptos mencionados por la demanda, sino que ha de tenerse en cuenta el complejo sistema legal en que se inserta, cuyas características esenciales han quedado descritas en el fundamento quinto, y que pueden sintetizarse como sigue.

De la lectura del preámbulo de la LORE, en relación con su articulado, se deriva con claridad que el legislador ha optado por un sistema de regulación y prestación pública de la ayuda para morir en contextos eutanásicos, configurada como derecho público subjetivo, por entender que un modelo de este tipo ofrece mayores niveles de garantía frente a posibles abusos de terceros que una opción meramente despenalizadora de la eutanasia activa directa. Se trata de una apreciación que no puede tacharse de infundada, ni en abstracto ni, en particular, a la luz del concreto sistema de medidas de protección de la vida que establece la LORE, que se articula en torno a cuatro ejes fundamentales.

El primero de ellos consiste en la previsión de que la prestación de ayuda para morir solo puede dispensarse –al margen ahora la problemática singular de los casos de «incapacidad de hecho» (arts. 5.2, 9 y concordantes LORE), que se aborda en el FJ 8 de

esta sentencia– tras la manifestación de lo que llama la LORE un «consentimiento informado» de una persona «capaz» y que sea «libre, voluntari[o] y consciente» [arts. 3 a), 4.2, 5.1 a), 5.1 e) y 6.1]. No cabe, por lo tanto, que la ayuda para morir sea prestada sin consentimiento del sujeto, ni por un sujeto que no sea capaz, ni mediante el consentimiento de un representante (arts. 5.2, 6.4 y 9) ni con un consentimiento que no sea informado, libre, voluntario y consciente. En coherencia con ello, se establece un mandato de garantizar «los medios y recursos de apoyo, materiales y humanos, incluidas las medidas de accesibilidad y diseño universales y los ajustes razonables que resulten precisos para que las personas solicitantes de la prestación de ayuda para morir reciban la información, formen y expresen su voluntad, otorguen su consentimiento y se comuniquen e interactúen con el entorno, de modo libre, a fin de que su decisión sea individual, madura y genuina, sin intromisiones, injerencias o influencias indebidas» (art. 4.3, primer párrafo). En coherencia con ello se prevé la libre revocabilidad de la solicitud de ayuda para morir y el aplazamiento de su administración una vez reconocida (art. 6.3).

La segunda garantía sustantiva prevista por la LORE es la delimitación de un «contexto eutanásico», en formulación sintética de su preámbulo, como presupuesto fáctico necesario para justificar la solicitud de ayuda para morir. Con arreglo a la norma impugnada, tal solicitud solo será viable, junto a otras condiciones en dos supuestos: el de «padecimiento grave, crónico e imposibilitante» y el de «enfermedad grave e incurable», causantes, respectivamente, de «sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece» o de «sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable» [apartados b) y c) del artículo 3]. Esta delimitación supone que el legislador no ha extendido la prestación de ayuda para morir –ni la consiguiente despenalización condicional de la eutanasia– a cualesquiera contextos y situaciones en que la persona pretendiese recabar ayuda de terceros para poner fin a su propia vida, sino que ha reducido esta posibilidad a contextos eutanásicos caracterizados por una situación de sufrimiento personal extremo por causas médicas graves, irreversibles y objetivamente contrastables. La definición del contexto eutanásico opera, así, como un mecanismo de protección de la vida en tanto que derecho fundamental y bien constitucional objetivo.

El tercer bloque de garantías previsto en la Ley Orgánica, que en puridad es instrumental a las dos garantías sustantivas vistas, incluye cautelas de naturaleza procedimental y organizativa relativas al reconocimiento de la prestación y a su materialización. Se incluye aquí, por una parte, la delimitación taxativa de los requisitos para el reconocimiento de la prestación (arts. 5 y 6), así como la imposición sobre el personal médico de deberes precisos de información y asesoramiento neutral al paciente [arts. 5 b) y 8.1], información que no es genérica y estandarizada, desconectada de la finalidad de protección de los derechos constitucionales en juego, sino específica y cualificada, orientada a poner a disposición del individuo otras prestaciones públicas.

De otro lado, la LORE ha previsto un procedimiento administrativo previo y obligatorio para comprobar la concurrencia de los requisitos de acceso a la prestación, articulando un pormenorizado control *ex ante* de la eutanasia activa directa. En él se

exigen reiteradas solicitudes del paciente realizadas con determinadas formalidades, en garantía de la voluntariedad y la firmeza de su decisión [arts. 5.1 c), 8.1, 8.2 y 8.3]; varios plazos mínimos de espera, en protección del necesario carácter reflexionado de una decisión tan trascendente [arts. 5.1 c), 8.1 y 8.2]; deberes de motivación y justificación documental específicos [arts. 4.2, 5.1 c) y e), 6.2, 6.3, 7.2, 8.3 y 10.3]; y la intervención en dicho procedimiento de varios profesionales médicos desvinculados entre sí [el «médico responsable» y el «médico consultor»: arts. 3 d) y e) y 8] y de un órgano colegiado independiente formado por personal médico, de enfermería y juristas (la comisión de garantía y evaluación: arts. 10, 12, 17 y 18), prohibiéndose expresamente que intervengan «quienes incurran en conflicto de intereses» y «quienes resulten beneficiados de la práctica de la eutanasia», cautela que conecta con la previsión de que la prestación podrá realizarse en centros sanitarios públicos, privados o concertados y en el domicilio, sin que ello pueda afectar a la calidad asistencial (art. 14).

En conexión con este último aspecto, la LORE contiene también garantías relativas a la materialización de la prestación. El legislador ha previsto la posibilidad de optar entre dos modalidades [art. 3 g)], exigiendo en ambos casos que la prestación se lleve a cabo con la intervención de un profesional sanitario y a través de la administración de una sustancia, debiendo hacerse la prestación «con el máximo cuidado y profesionalidad por parte de los profesionales sanitarios, con aplicación de los protocolos correspondientes» (art. 11.1) y exigiendo que dichos profesionales acompañen y asistan al paciente hasta el momento de su muerte (arts. 11.2 y 11.3) que, como ya se ha dicho, este puede aplazar en todo momento (art. 6.3).

La LORE ha diseñado, adicionalmente, un sistema de control administrativo posterior obligatorio que habrá de sustanciarse de oficio ante la comisión de garantía y evaluación [art. 18 b)], garantía que conecta con la imposición a los órganos administrativos que intervienen en el procedimiento previo de obligaciones reforzadas de información y justificación documental tras la realización de la prestación (art. 12).

En el cuarto y último bloque de medidas de protección pueden ubicarse las previsiones de la LORE relativas al régimen de garantías de reclamación administrativa [arts. 7.1, 8.4, 10.3, y párrafos primero a tercero del art. 18 a)] y judicial [art. 10.5, párrafo quinto del art. 18 a) y disposición adicional quinta], sobre las que se profundizará en el fundamento jurídico 7. Cabe englobar en este bloque la expresa alusión a la aplicabilidad del régimen sancionador previsto en el capítulo VI del título I de la Ley 14/1986, general de sanidad, sin perjuicio de las posibles responsabilidades civil, penal y profesional o estatutaria que puedan corresponder por las infracciones de lo previsto en la propia LORE (disposición adicional segunda). Y, asimismo, puede incluirse en este apartado el mantenimiento de la penalización de la eutanasia cuando se realice sin cumplir estrictamente los requisitos previstos en la Ley Orgánica (disposición final primera).

El Tribunal considera, sin perjuicio del análisis de detalle que a continuación se realiza, que este entramado de garantías sustantivas y procedimentales satisface los

deberes estatales de protección frente a terceros de los derechos fundamentales en juego, la vida entre ellos.

(ii) Sentado lo anterior, y pasando al examen de los específicos reproches de los recurrentes, ha de abordarse en primer lugar la queja relativa a la falta de accesibilidad y previsibilidad que, según la demanda, derivaría de la imprecisión de la definición legal de la situación de «padecimiento grave, crónico e imposibilitante», uno de los dos tipos de contexto eutanásico que permiten reconocer el acceso a la prestación [art. 5.1 d) LORE] y que el legislador acota así: «situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico» [art. 3 b) LORE].

La demanda aduce que esta definición adolece de un vicio de falta de calidad de la ley, afirmación que sustenta en varias consideraciones. Primero, que las «limitaciones» a las que en este punto se refiere la Ley Orgánica «podrían predicarse prácticamente de cualquier anciano o de cualquier persona incapaz». Segundo, la definición opera una «subjetivización» del sufrimiento que permitiría incluir en el ámbito de aplicación de la norma a cualquier persona que sufra un trastorno mental, de modo que «en el caso de que la enfermedad psíquica cause dependencia (como ocurre con todas ellas), sufrimiento psíquico (como acontece con todas) y exista una gran probabilidad de persistencia en el tiempo sin mejoría apreciable[,] la vida deviene indigna». En tercer lugar, la definición no exige la concurrencia de una «enfermedad grave e incurable», pues ese sería –se advierte– el otro supuesto para solicitar la prestación, contemplado en el artículo 3 c) LORE y sobre el que ningún reproche de inconstitucionalidad específico se hace en la demanda; de modo que el concepto legal sería «tan abierto» que en él cabría «cualquier cosa y, en particular, cualquier discapacidad o enfermedad psicológica». El abogado del Estado ha alegado que las normas jurídicas tienen una vocación de generalidad y que el legislador había hecho un «notable esfuerzo de precisión» para orientar la praxis clínica.

Para enjuiciar esta queja hemos de comenzar recordando que, según hemos indicado ya, el propio acotamiento del derecho a recabar y obtener ayuda para morir en los contextos eutanásicos establecidos por el legislador opera, en principio, como un mecanismo de protección de la vida. Procede en este punto enjuiciar si esa delimitación es lo suficientemente precisa como para que la garantía sea eficaz o si, por el contrario, deja efectivamente en lo incierto las condiciones fácticas del reconocimiento de la prestación, con el consiguiente incremento del riesgo para la vida y también –cabe añadir– para la autodeterminación de la persona.

Los recurrentes no controvierten que bajo el supuesto en abstracto definido por el legislador en el art. 3 b) LORE puedan llegar a subsumirse circunstancias de hecho que

justifiquen, según el modelo regulatorio plasmado en la Ley Orgánica, la solicitud y obtención de la prestación de la ayuda para morir. Contraen su crítica a la indeterminación de la disposición y a la eventualidad de su aplicación, por tanto, a «cualquier discapacidad o enfermedad psicológica», en las que aquella justificación no pudiera apreciarse. Una censura que este tribunal no comparte.

Carecen de fundamento las prevenciones de la demanda ante la expresión misma de «padecimiento», noción legal que en contra de lo que se aduce ni es, atendido el contexto, distinta en cualidad a la de «enfermedad» [art. 3 c) LORE] ni incluye dolencias o trastornos de orden psíquico, por más que pudiera ser de esa naturaleza, como el precepto ha previsto, el sufrimiento «constante e intolerable» que ha de ir necesariamente asociado al padecimiento; rasgos estos del sufrimiento –es de puntualizar– que no dejarían de ser identificables o reconocibles clínicamente como tales síntomas, pese a las reticencias de los recurrentes.

«Enfermedad» y «padecimiento» son vocablos sinónimos según el *Diccionario de términos médicos* de la Real Academia Nacional de Medicina. El primero de ellos se empleó indistintamente por la proposición de ley que estuvo en el origen de la LORE para referirse a los supuestos contemplados en los apartados b) y c) del art. 3, sin que de la enmienda en este extremo del primero de dichos apartados, que dio lugar a la sustitución de una palabra por otra, quepa derivar conclusión distinta (enmienda núm. 170 en el Congreso de los Diputados, afectante a varias de las previsiones del artículo 3 y cuya justificación fue la de obtener en general, según sus autores, una «mayor precisión del texto»: «Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados», núm. 46-4, de 4 de noviembre de 2020, p. 111). Ello sin perjuicio de las diferencias que median entre los supuestos previstos en un apartado y otro, en particular, la exigencia en el apartado 3 c) de un «pronóstico de vida limitado».

El «padecimiento» definido en el artículo 3 b) ha de presentarse siempre como una dolencia o enfermedad somática en su origen, aunque los sufrimientos constantes e intolerables que la Ley Orgánica en este punto requiere puedan ser de orden psíquico. En este extremo es concluyente su preámbulo que, al referirse al «contexto eutanásico», comienza por aclarar que «debe delimitarse con arreglo a determinadas condiciones que afectan a la situación física de la persona con el consiguiente sufrimiento físico o mental». Esta distinción entre la patología o dolencia física [«sin posibilidad de curación o mejoría apreciable» o «incurable», apartados b) y c), respectivamente, del art. 3], de un lado, y los sufrimientos físicos o psíquicos asociados a ella, del otro, excluye de raíz que la LORE, frente a lo que los recurrentes dicen, pretenda o permita incluir entre tales «padecimientos» la «enfermedad psicológica» o, incluso, la «depresión».

La censura que, más allá de estos reparos, dirige la demanda contra el art. 3 b) LORE parte de una crítica aislada de cada una de sus exigencias, o incluso de cada término de los que se sirve el precepto. Una desmembración hermenéutica que resulta inapropiada para impugnar una definición compleja en la que diversos enunciados concurren a integrar –tal es el designio del legislador– un sentido unitario que no hay

razón alguna para excluir que resulte de asequible identificación por la ciencia médica, a la que corresponde aquí la primera palabra, por más que de los dictámenes en ella fundamentados «suel[a]n quedar excluidos», hay que recordar, «los términos absolutos de seguridad o certeza» (STC 53/1985, FJ 10). Tampoco cabe exigir tal cosa de la definición legal que se controvierte o de cualquier otra que, mediante enunciados inevitablemente abstractos, pudiera llegar a concebirse como alternativa.

La referencia del art. 3 b) LORE a una situación de «padecimiento grave, crónico e imposibilitante» es compatible con la seguridad jurídica, pues, aunque contiene un margen de apreciación, es susceptible de ser definida de forma acorde «con el sentido idiomático general» (STC 53/1985, FJ 10), lo que elimina el riesgo de una absoluta indeterminación en cuanto a su interpretación o a que se generen en los destinatarios dudas insuperables acerca de la conducta exigible. En efecto, la definición exige la concurrencia de diversas circunstancias susceptibles de apreciación médica: por una parte, la existencia de «limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación»; de otro lado, que esas limitaciones lleven asociado «un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece»; y, además, que exista «seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable». Al legislador no le es exigible mayor precisión, pues existen instrumentos interpretativos suficientes para evitar la generación de inseguridad jurídica en la aplicación de la norma, teniendo en cuenta que la propia LORE ha previsto que la concurrencia de la situación prevista en su art. 3 b) deba ser constatada, en todo caso, por al menos dos facultativos distintos e independientes entre sí, además de por un órgano administrativo colegiado compuesto por profesionales de la medicina y del Derecho (la comisión de garantía y evaluación), cautelas procedimentales que permiten compensar los márgenes de indefinición que pudiera presentar la norma en su aplicación a supuestos concretos.

Por las razones expuestas, esta tacha de constitucionalidad ha de ser desestimada.

(iii) En segundo lugar, hemos de examinar si el legislador ha vulnerado su deber de proteger la vida debido a los términos en que la LORE alude a los cuidados paliativos, cuidados que pudieran acaso mitigar, de aceptarse por el afectado, los sufrimientos lancinantes y continuos que padece.

A los cuidados paliativos aluden los arts. 5.1 b) y 8.1 LORE. El primero de estos preceptos establece que para poder recibir la prestación de ayuda para morir será necesario que la persona cumpla, entre otros requisitos, el de «[d]isponer por escrito de la información que exista sobre su proceso médico, las diferentes alternativas y posibilidades de actuación, incluida la de acceder a cuidados paliativos integrales comprendidos en la cartera común de servicios y a las prestaciones que tuviera derecho de conformidad a la normativa de atención a la dependencia». El segundo dispone, por lo que aquí interesa, que, una vez recibida la primera solicitud de prestación de ayuda para morir, el médico responsable habrá de realizar con el paciente solicitante «un proceso deliberativo sobre su diagnóstico, posibilidades terapéuticas y resultados

esperables, así como sobre posibles cuidados paliativos, asegurándose de que comprende la información que se le facilita». Según los demandantes, estos preceptos impondrían un «puro requisito formal de información» que no garantizaría «la plena accesibilidad y la universalización de dichos cuidados», lo que depararía, ante la «restricción más drástica del derecho fundamental primario», la «radical inconstitucionalidad» de la LORE.

El Tribunal debe puntualizar al respecto, en primer lugar, que el recurso de inconstitucionalidad es cauce idóneo, estrictamente, para enjuiciar «leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley» [art. 2.1 a) LOTC, sobre la base de lo dispuesto en el art. 161.1 a) CE] y no puede dirigirse contra un bloque de la legalidad o una parte del sistema normativo o del ordenamiento, sino solo contra determinados textos legales y fórmulas legislativas (SSTC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 12; 86/1982, de 23 de diciembre, FJ 5, y 45/2019, de 27 de marzo, FJ 5). Tampoco puede dar lugar, por lo mismo, a controlar, con carácter abierto e indeterminado, la plenitud y efectividad de unas u otras políticas legislativas, por necesarias que estas fueran para optimizar, sin merma del margen de libertad del legislador, mandatos constitucionales o para complementar lo dispuesto en otras previsiones legales. Si los cuidados paliativos han alcanzado o no la «universalización» que la demanda echa en falta no es cosa que pueda examinarse en este procedimiento. Una segunda aclaración necesaria es que los cuidados paliativos consisten, según descripción del preámbulo de la LORE no discutida por las partes, en la «utilización de fármacos o medios terapéuticos que alivian el sufrimiento físico o psíquico aunque aceleren la muerte del paciente», integrando así una forma de eutanasia distinta de la regulada por la norma impugnada (a saber, la llamada eutanasia activa indirecta).

No cabe acoger el planteamiento de la demanda conforme al cual la prestación de ayuda para morir que configura la LORE solamente podría ser constitucional si previamente se hubiese asegurado al paciente el acceso a los cuidados paliativos que precisase, porque, según se dice, de no ser rechazada, la ayuda paliativa podría en algunos casos llegar a atenuar total o parcialmente unos sufrimientos que solo si llegaran a ser percibidos como constantes e intolerables permitirían abrir paso, junto a otras condiciones, a aquella prestación [art. 3 b) y c) y arts. 5.1 d) y 12 b) párrafo 5 LORE]. Debe oponerse de partida que los cuidados paliativos no constituyen una alternativa en todas las situaciones de sufrimiento en las que opera el derecho de autodeterminación de la muerte eutanásica. No lo son, en particular, en casos de padecimientos graves, crónicos e imposibilitantes en los que no cabe esperar un fallecimiento próximo. Más allá de esta insuficiencia de los cuidados paliativos para abarcar todos los supuestos de sufrimiento extremo concernidos, debe objetarse que subyace a esta argumentación la premisa de que los cuidados paliativos permitirían proteger de manera suficiente la dignidad de la persona sin necesidad de llegar a afectar a su vida, premisa que no cabe asumir en términos constitucionales. El fundamento constitucional de la prestación de ayuda para morir que configura la LORE, cifrado en la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, remite no solo a la libertad, sino también a la

dignidad de la persona. Y no cabe presumir desde una perspectiva constitucional que la mera eliminación o mitigación del sufrimiento físico que pudiera producirse a través de la aplicación de cuidados paliativos integrales baste para reducir el sufrimiento psíquico de la persona a niveles que le permitan continuar viviendo en condiciones compatibles con su propia percepción acerca de la dignidad de su existencia. Los cuidados paliativos suponen una opción terapéutica que la persona puede rechazar desde su concepción personal de una muerte digna, que puede llevarle a preferir la anticipación directa de la muerte, opción asimismo amparada por el derecho de autodeterminación de la persona en el contexto eutanásico. Circunscribir a los cuidados paliativos las posibilidades médicas de la persona inmersa en una situación extrema de sufrimiento supondría una limitación tal del derecho de autodeterminación que no resulta compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) ni con el derecho a la integridad personal (art. 15 CE). Cuidados paliativos integrales y eutanasia activa directa son, en definitiva, mecanismos que desde una perspectiva constitucional y en contextos eutanásicos presentan entre sí una relación no de subsidiariedad, sino de complementariedad o alternatividad.

Cuestión distinta es que, en la aplicación de la LORE a supuestos concretos, la libre decisión del paciente pudiera cuestionarse si la persona afectada no contase con la opción, real y efectiva, de acceder a cuidados paliativos, pues ello podría afectar a la formación de su voluntad. En absoluto nos referimos con ello a que el sufrimiento extremo prive a la persona de la capacidad de decidir libremente acerca de su propia muerte, planteamiento que sería incompatible en esencia con la protección constitucional del derecho de autodeterminación del paciente en estos contextos. A lo que nos estamos refiriendo es a la eventualidad de que el sujeto pueda verse incentivado a solicitar una ayuda para morir que acaso no habría recabado si su sufrimiento hubiese sido mitigado mediante la ayuda paliativa.

Al respecto, hay que destacar que la ley prevé la disponibilidad de cuidados paliativos «integrales» [arts. 5.1 b) y 8.1], una prestación de necesaria disponibilidad en este contexto (art. 43.2 CE) cuya ordenación concreta no es su objeto y que se contempla en la normativa del Sistema Nacional de Salud, a la que el art. 5.1 b) LORE remite, además de en la legislación complementaria de varias comunidades autónomas. Como se expuso con mayor detalle en el fundamento jurídico 4, existe hoy en día ya un amplio desarrollo normativo sobre el derecho a recibir cuidados paliativos. Calificar de «puro requisito formal» estas menciones de la LORE, como el recurso hace, no pasa de ser una prevención o recelo que no puede dar lugar a la declaración de inconstitucionalidad [por todas, SSTC 197/2014, de 4 de diciembre, y 84/2015, de 30 de abril, FFJJ 7 c) de una y otra]. Ello sin perjuicio de que, para verificar el carácter libre de la decisión del paciente, los aplicadores de la norma deban tener en cuenta, entre otros elementos, la efectiva puesta a disposición de los cuidados paliativos que fueran precisos en el caso concreto de acuerdo con el estado de conocimiento de la medicina.

No merece la Ley Orgánica censura abstracta de inconstitucionalidad por esta causa.

d) Desestimación de la queja.

De lo hasta aquí expuesto se desprende que el legislador ha tenido en consideración su deber de proteger la vida de las personas frente a agresiones de terceros al configurar la prestación de ayuda para morir prevista en la LORE, y que ha pretendido responder a él mediante la articulación de un modelo de protección basado en varios elementos: (i) la exigencia de que concurran dos presupuestos materiales (una decisión «libre, voluntaria y consciente» del paciente y un «contexto eutanásico» suficientemente acotado y restringido a situaciones de sufrimiento personal extremo por causas médicas graves, irreversibles y objetivamente contrastables); (ii) una intervención estatal obligatoria en el proceso previo de toma de decisión del paciente (a través de la información y el asesoramiento neutrales, la exigencia de varias solicitudes y de varios periodos de reflexión, y la intervención en el procedimiento de distintos profesionales médicos independientes entre sí y de un órgano colegiado de composición multidisciplinar), así como en su puesta en práctica; (iii) un control administrativo obligatorio y *ex post* compatible con los controles que pudieran sustanciarse en vía judicial; y (iv) la previsión de que el incumplimiento de las garantías previstas en la propia Ley dará lugar a las responsabilidades civil, penal, administrativa, y estatutaria o profesional que correspondan, manteniéndose para tales casos la penalización de la eutanasia.

El Tribunal considera que este régimen de garantías y controles satisface el estándar constitucional de protección de la vida frente a injerencias de terceros, porque garantiza suficientemente que la ayuda para morir regulada en la ley se preste únicamente a quien, encontrándose en una situación de sufrimiento extremo y siendo un sujeto capaz, así lo solicite con plena libertad y consciencia, conjurando suficientemente el riesgo de errores, abusos e injerencias no permitidas por parte de terceros.

En nada obsta a esta conclusión, contrariamente a lo que se sostiene en la demanda, la circunstancia de que el legislador haya optado por configurar la ayuda para morir en este preciso ámbito como un derecho público subjetivo y le haya atribuido, además, carácter prestacional. Ningún impedimento constitucional existe a que el legislador configure como derecho prestacional una actividad que, atendiendo a su concreta configuración, es constitucionalmente lícita. Ni de tal configuración como derecho subjetivo, ni del mandato conexo a las administraciones sanitarias para dar la máxima difusión al contenido de la Ley Orgánica y para promover entre la ciudadanía la realización del llamado «documento de instrucciones previas» (disposición adicional séptima), cabe tampoco concluir, visto el conjunto de garantías y controles previstos por el legislador, la existencia de un insuficiente grado de protección de la vida.

En definitiva, la LORE garantiza el derecho a la autodeterminación de la persona sin dejar desprotegida la vida, a la que dispensa un grado de protección que no es insuficiente y que, según la expresa apreciación del legislador –que no cabe tachar de infundada–, es superior al que se derivaría de un sistema de mera despenalización de la ayuda de terceros a la eutanasia y que, con toda evidencia, es también superior al que la

legislación vigente proporciona respecto de las otras modalidades de eutanasia –pasiva y activa indirecta– también protegidas, según la doctrina constitucional antes mencionada, en el derecho a la integridad personal (art. 15 CE).

Debe descartarse, por cuanto antecede, la inconstitucionalidad sustantiva que el recurso aduce contra el conjunto de la Ley Orgánica, lo que conlleva el rechazo de la impugnación –redundante, en rigor– que la demanda formula contra sus arts. 1, 4.1 y 13, en los que se cifraría aquel vicio de alcance general.

7. Impugnaciones específicas relativas al régimen de garantías administrativas y judiciales.

A) Preceptos impugnados

El primer bloque de pretensiones subsidiarias que formula la demanda se dirige contra los arts. 7.2, 8.4, 17 –del que hay que excluir sus apartados 1 y 3, por no alegarse nada específico al respecto en la demanda, según quedó indicado en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia– y 18 a) párrafo cuarto de la LORE, así como contra su disposición adicional primera. Los referidos preceptos establecen lo siguiente:

> **«Artículo 7. Denegación de la prestación de ayuda para morir.**
>
> […]
>
> 2. Contra dicha denegación, que deberá realizarse en el plazo máximo de diez días naturales desde la primera solicitud, la persona que hubiera presentado la misma podrá presentar en el plazo máximo de quince días naturales una reclamación ante la comisión de garantía y evaluación competente. El médico responsable que deniegue la solicitud está obligado a informarle de esta posibilidad.»
>
> **«Artículo 8. Procedimiento a seguir por el médico responsable cuando exista una solicitud de prestación de ayuda para morir.**
>
> […]
>
> 4. En caso de informe desfavorable del médico consultor sobre el cumplimiento de las condiciones del artículo 5.1, el paciente podrá recurrir a la comisión de garantía y evaluación en los términos previstos en el artículo 7.2.»
>
> **«Artículo 17. Creación y composición [de las comisiones de garantía y evaluación].**
>
> […]
>
> 2. En el caso de las comunidades autónomas, dichas comisiones, que tendrán la naturaleza de órgano administrativo, serán creadas por los respectivos gobiernos autonómicos, quienes determinarán su régimen jurídico. En el caso de las ciudades de Ceuta y Melilla, será el Ministerio de Sanidad quien cree las comisiones para cada una de las ciudades y determine sus regímenes jurídicos.
>
> […]
>
> 4. Cada comisión de garantía y evaluación deberá disponer de un reglamento de orden interno, que será elaborado por la citada comisión y autorizado por el órgano competente de la administración autonómica. En el caso de las ciudades de Ceuta y Melilla, la citada autorización corresponderá al Ministerio de Sanidad.

> 5. El Ministerio de Sanidad y los presidentes de las comisiones de garantía y evaluación de las comunidades autónomas se reunirán anualmente, bajo la coordinación del Ministerio, para homogeneizar criterios e intercambiar buenas prácticas en el desarrollo de la prestación de eutanasia en el Sistema Nacional de Salud.»
>
> **«Artículo 18. Funciones.**
>
> Son funciones de la comisión de garantía y evaluación las siguientes:
>
> a) […] [Párrafo cuarto] En el caso de que la resolución sea favorable a la solicitud de prestación de ayuda para morir, la comisión de garantía y evaluación competente requerirá a la dirección del centro para que en el plazo máximo de siete días naturales facilite la prestación solicitada a través de otro médico del centro o de un equipo externo de profesionales sanitarios.»
>
> **«Disposición adicional primera. Sobre la consideración legal de la muerte.**
>
> La muerte como consecuencia de la prestación de ayuda para morir tendrá la consideración legal de muerte natural a todos los efectos, independientemente de la codificación realizada en la misma.»

Adicionalmente, y aunque no son objeto de impugnación específica, es necesario tener en cuenta lo previsto en los arts. 7.1, 10.5 y 18 a) párrafo quinto LORE, que se mencionan profusamente en la demanda como relevantes para apreciar los vicios de inconstitucionalidad por omisión que se denuncian en este bloque de impugnaciones. Su tenor literal es el siguiente:

> **«Artículo 7. Denegación de la prestación de ayuda para morir.**
>
> 1. Las denegaciones de la prestación de ayuda para morir deberán realizarse siempre por escrito y de manera motivada por el médico responsable.»
>
> **«Artículo 10. Verificación previa por parte de la comisión de garantía y evaluación.**
>
> 5. Las resoluciones de la comisión que informen desfavorablemente la solicitud de la prestación de ayuda para morir podrán ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.»
>
> **«Artículo 18. Funciones.**
>
> Son funciones de la comisión de garantía y evaluación las siguientes:
>
> a) […] [Párrafo quinto] El transcurso del plazo de veinte días naturales sin haberse dictado resolución dará derecho a los solicitantes a entender denegada su solicitud de prestación de ayuda para morir, quedando abierta la posibilidad de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.»

B) Posiciones de las partes.

Los recurrentes aducen –y el abogado del Estado niega– que estos preceptos son contrarios a los arts. 15, 24, 53.2, 106 y 117 CE, por las razones ya reseñadas en los antecedentes de esta sentencia y que se sintetizan ahora para facilitar la comprensión del discurso:

a) La demanda señala, por una parte, que solo es posible reclamar ante la comisión de garantía y evaluación frente a la «denegación» de la prestación por el médico responsable (art. 7.2 LORE), sin prever garantía alguna (ni administrativa ni judicial) frente a la decisión favorable a la prestación del mismo facultativo, que no tendría que ser motivada, como sí impone el art. 7.1 LORE para las decisiones desfavorables al reconocimiento de la prestación. Otro tanto se reprocha respecto al informe del médico consultor (art. 8.4).

Argumenta de contrario el abogado del Estado que el debate relativo al deber del médico responsable de motivar la «denegación» sería superfluo, visto el conjunto de documentos del expediente en el que serán manifiestos los fundamentos fácticos y jurídicos de su criterio.

b) De otro lado, los recurrentes aducen que la LORE «omite el establecimiento de unas mínimas garantías jurisdiccionales para la adecuada protección del derecho fundamental a la vida», pues si la comisión de garantía y evaluación decide en contra de la solicitud su resolución podrá ser recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa [arts. 10.5 y 18 a) párrafo quinto de la LORE], pero «nada se prevé sobre la posibilidad de recurrir una resolución favorable» a esa misma solicitud, lo que resultaría contrario a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las garantías procesales y jurisdiccionales del derecho a la vida y a los arts. 24, 53.2 y 106 CE, al imposibilitar todo control jurisdiccional de una decisión administrativa de tal gravedad. El legislador orgánico vendría obligado por la Constitución a establecer un «concreto y claro sistema de garantías jurisdiccionales que permitan verificar la legalidad y la constitucionalidad de tan irreparable decisión» y lo que no podría hacer es «prever un completo sistema impugnativo» contra la denegación de la prestación eutanásica y omitir toda referencia al «control administrativo y jurisdiccional de la decisión potencialmente vulneradora del derecho a la vida». Como tampoco podría atribuir a un órgano administrativo (art. 17 LORE) el papel que en un Estado de Derecho corresponde al Poder Judicial, que resultaría así «absolutamente preterido», pese a que tiene «constitucionalmente encomendada la tutela de los derechos fundamentales».

Junto a ello se sostiene que el párrafo cuarto del art. 18 a) LORE establece un plazo extraordinariamente breve (siete días) para la realización de la prestación una vez esta ha sido reconocida por la comisión de garantía y evaluación, lo cual imposibilitaría todo control jurisdiccional de una decisión administrativa de la máxima gravedad e impediría obtener una tutela efectiva de los derechos que pudieran asistir a terceras personas para impedir la muerte y salvaguardar el derecho a la vida, con infracción de los arts. 24, 53.2 y 106.1 CE. La ausencia de control y tutela judicial efectivos se derivaría también de la falta de atribución de carácter suspensivo a las impugnaciones judiciales que en su caso pudieran promover los familiares o allegados de la persona afectada.

El abogado del Estado se ha opuesto a estas censuras indicando que la LORE se inserta en un «ordenamiento jurídico preexistente» y no tendría por qué regular lo que ya se disciplina en otras leyes jurisdiccionales. Por aplicación de estas, la resolución

favorable de la comisión es un acto de un órgano administrativo susceptible siempre de control jurisdiccional a instancia de quien alegue y acredite un interés legítimo. No procede el control judicial previo no solo porque no sea una exigencia constitucional, sino porque sería contrario a la libertad y dignidad del sujeto someter un derecho personalísimo a la necesaria autorización de un juez o al ejercicio de un derecho de opinión o de veto de familiares o amigos.

c) Por último, la demanda aduce que la disposición final primera de la LORE vulneraría la dimensión procedimental del derecho a la vida (art. 15 CE), pues eliminaría la obligación del Estado de determinar, mediante una investigación completa, las causas de la muerte de una persona bajo su jurisdicción, infringiendo así los arts. 106, 117 y 24 CE, «en cuanto legislativamente se estaría predeterminando el eventual resultado de una investigación judicial».

Frente a ello, el abogado del Estado señala que ni la Constitución ni el CEDH imponen al Estado la obligación de investigar toda muerte y que no hay ofensa contra la vida si es la propia persona quien libre y voluntariamente quiere morir, pues no hay ataque de tercero; se despenaliza solo la cooperación al fallecimiento cuando sea conforme a la LORE y, si así no fuera, habría que estar a lo dispuesto en la disposición final segunda de esta, que establece que «[l]as infracciones de lo dispuesto por la presente Ley quedan sometidas al régimen sancionador previsto en el capítulo VI del título I de la Ley 14/1986, general de sanidad, sin perjuicio de las posibles responsabilidades civil, penal y profesional o estatutaria que puedan corresponder».

C) Enjuiciamiento.

a) Carecen de consistencia las censuras de inconstitucionalidad de la demanda tanto por no haber impuesto el legislador la necesaria motivación de la «comunicación médica» favorable a la viabilidad de la solicitud, que el facultativo responsable pueda dirigir a la comisión de garantía y evaluación, como por no preverse una reclamación frente a dicha comunicación o frente al «informe» del médico consultor que corrobore, en hipótesis, el cumplimiento de las condiciones establecidas en el art. 5 LORE. Ambos reproches se formulan por contraste con lo previsto en los supuestos de «denegación de la prestación de ayuda para morir» por parte del médico responsable, que requiere de motivación (art. 7.1 LORE), y la posibilidad de reclamación contra los informes médicos desfavorables (arts. 7.2 y 8.4 LORE).

Lo que por lo común reclama justificación y eventual remedio no es la opinión o parecer que haga viable la prosecución del procedimiento iniciado por quien tenga la condición de interesado, sino el obstáculo u oposición a ese discurrir. La «comunicación médica» (art. 10.1 LORE) favorable a la solicitud tiene como efecto, sin embargo, permitir la continuación del procedimiento. Además, dicha comunicación deberá ir acompañada de la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos y condiciones que la Ley Orgánica requiere para acceder a esta prestación (arts. 8 y 10.2 LORE). Y los hipotéticos errores o irregularidades en la actuación médica, así como las eventuales insuficiencias de aquella «comunicación», son susceptibles de control no

solo por la comisión de garantía y evaluación en su «verificación previa» (art. 10 LORE), sino también en vía judicial, como se razonará de inmediato. Ello conduce a descartar las infracciones constitucionales que por esta causa se aducen.

b) Procede abordar, en segundo lugar, la censura de inconstitucionalidad por supuesta infracción de los arts. 24, 53.2 y 106.1 CE, por haber excluido la LORE –se dice– el necesario control y garantía judicial respecto de las decisiones que reconozcan el derecho a la prestación de ayuda para morir, exclusión que se derivaría del hecho de que el control judicial se ha previsto expresamente solo para las resoluciones denegatorias de la comisión [arts. 10.5 y 18 a) párrafo quinto LORE]. En conexión con ello denuncian los recurrentes la inconstitucionalidad del art. 17 LORE, relativo a la creación, composición y naturaleza de las comisiones de garantía y evaluación, aduciendo el carácter insuficiente del control que la LORE atribuiría en exclusiva a estos órganos administrativos, con la consiguiente postergación del control jurisdiccional. Dicho queda con ello que esta última censura quedaría descartada, sin más, si hubiese de rechazarse la de carácter principal que se fundamenta en tal interpretación de la Ley Orgánica.

Este alegato se considerará solo por lo que hace a las resoluciones definitivas de las comisiones de garantía y evaluación (art. 10.4 LORE), tanto de los dos comisionados como del pleno, en este último caso al rectificar por vía de reclamación la decisión de aquellos o al dirimir su desacuerdo (art. 10.1 y 3 LORE), en las que se reconozca el derecho a la prestación de ayuda para morir, confirmando el criterio del médico responsable y del médico consultor, al verificar que «concurren los requisitos y condiciones establecidos para [su] correcto ejercicio» (art. 10.1 LORE). Por lo tanto, quedan excluidas de consideración aquí, en primer lugar, las decisiones del pleno de estas comisiones que de manera expresa o tácita resulten desfavorables, directamente o por desestimación de reclamaciones o recursos, al ejercicio de este derecho, ya que, como acaba de indicarse, la Ley Orgánica es explícita en cuanto al posible recurso contencioso-administrativo contra las mismas [arts. 10.5 y 18 a), párrafo quinto]. Y en segundo lugar, no se examinarán aquí los acuerdos de las comisiones que estimen reclamaciones o recursos contra el parecer de los facultativos [párrafos primero y cuarto del artículo 18 a), en relación con los arts. 7.2 y 8.4] ya que dichos acuerdos no merecen, atendido el contexto conjunto de la LORE la calificación de definitivos.

Acerca de esto último, conviene precisar que, como se recogió en el fundamento jurídico 5, el legislador ha diseñado un procedimiento administrativo complejo, articulado en dos fases. Una primera, a cargo de profesionales médicos que acompañan y asesoran al paciente y dictaminan sobre su estado (el «médico responsable» y el «médico consultor»), y otra, ya decisoria, para la que se ha configurado un tipo de órgano sin superior jerárquico, que bien puede identificarse como administración funcionalmente independiente, órgano a estos efectos de «garantía y evaluación» (capítulo V) o, en otras palabras, de «control» (art. 8.5) o «verificación previa» (rúbrica del art. 10) y al que corresponde –siempre previo parecer favorable de tales facultativos– reconocer o no el derecho a la prestación de ayuda para morir. Ni la puesta «en conocimiento» (art. 8.5) de la comisión de garantía y evaluación por el facultativo

responsable –«comunicación médica», en palabras del art. 10.1– ni el «informe» u «opinión» del consultor [arts. 8.3 y 12 a)] constituyen actos de administración alguna (art. 34 de la Ley 39/2015) que se pronuncien, ni siquiera a título de propuesta, sobre la solicitud de la prestación de ayuda para morir, sino informes o dictámenes previos de estos facultativos (cualquiera que sea la condición jurídica de su estatus profesional: arts. 2 y 14, inciso primero) que han de valorar positivamente, según su ciencia propia, la concurrencia de las condiciones legales para dar curso a aquella solicitud a fin de que sobre la misma pueda pronunciarse la comisión correspondiente. Sin perjuicio de que, caso de valoración adversa, la Ley Orgánica prevea una reclamación o recurso ante este órgano administrativo [arts. 7, 8.4 y 18 a), párrafo primero], sin que la impropia calificación legal de tal valoración negativa como «denegación de la prestación» pueda mover a la confusión en la que la demanda incurre.

Es la comisión de garantía y evaluación, y no el médico responsable ni el médico consultor, quien reconoce o deniega el derecho a la prestación. Esta resolución, que solo puede dictarse previo parecer favorable de los dos facultativos citados, pone fin a la vía administrativa (art. 114 de la Ley 39/2015) y se deberá trasladar «al médico responsable […] para proceder, en su caso, a realizar la prestación de ayuda para morir» (art. 10.4). Todo ello con independencia del lenguaje algo errático del que se sirve la LORE al aludir a esta resolución («informe», que «servirá de resolución», de aquellos comisionados, «resolución definitiva» de los mismos o del propio pleno y, de nuevo, «resoluciones de la comisión que informen desfavorablemente la solicitud» (apartados 3, 4 y 5, respectivamente, del artículo 10). Anfibologías no insuperables y que en nada afectan, conforme a lo que el Tribunal tiene declarado de antiguo, a la validez de estas previsiones legales (por todas, STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2: no es competencia de la jurisdicción constitucional «velar por la perfección técnica de las leyes»). El Tribunal es consciente de que los métodos habituales de interpretación de la ley ofrecen al jurista criterios técnicos para otorgar sentido y sistematizar los textos y enunciados normativos cuestionados por los recurrentes.

Una vez aclarado el procedimiento que diseña la ley para el reconocimiento de la prestación, pueden resolverse las pretensiones que en este punto se han deducido. Aunque la demanda hace una alusión inicial a la «previa autorización judicial» que «de ordinario» garantizaría a la persona frente a «injerencias» del poder público en sus derechos fundamentales –alusión que después se ilustra con cita del art. 763 de la Ley de enjuiciamiento civil, relativo al internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico–, su fundamentación impugnatoria se centra en la supuesta e inconstitucional omisión por la LORE de recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones que reconozcan el derecho a obtener la prestación. Esto es lo único que el Tribunal considerará aquí, pues ni la alusión a aquel control judicial previo va, en esta parte de la demanda, más allá de lo marginal, ni cabe equiparación alguna entre cualesquiera intervenciones coercitivas en los derechos fundamentales, de una parte, y la solicitud consciente, voluntaria y libre, de la otra, que viene exigida por la LORE para acceder, cumplidas las demás condiciones, a la prestación que instituye.

Las resoluciones definitivas de las comisiones de garantía y evaluación que reconozcan el derecho a acceder a la prestación de ayuda para morir y franqueen con ello el paso a su «realización» (art. 11) no podrían, sin conculcación manifiesta de la Constitución, quedar exentas del control judicial. Mediante el «control previo» (art. 8.5) de carácter administrativo que la LORE ha establecido se ha de verificar si «concurren los requisitos y condiciones establecidos para el correcto ejercicio del derecho a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir» (art. 10.1), pero tales actos administrativos no podrían quedar sustraídos a toda posible fiscalización judicial que –a instancia de parte legitimada– reconsiderara el cumplimiento cabal de aquellos requisitos y condiciones en la fase primera del procedimiento, a cargo de facultativos, y que pudiera también enjuiciar la corrección de la verificación llevada a cabo por las comisiones de garantía y evaluación.

Así es por imperativo de la Constitución. El art. 106.1 CE dispone el control por los tribunales de la legalidad de la actuación administrativa y de su sometimiento a los fines que la justifican, y el art. 24.1 CE proclama el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Ambos preceptos se encuentran estrechamente vinculados para asegurar, como exige el art. 103.2 CE, la plena sujeción a la ley y al Derecho de la actuación de las administraciones públicas, sin permisión de «zonas de inmunidad de jurisdicción» que serían inconciliables con el Estado de Derecho (art. 1.1 CE y, por todas, STC 140/2016, de 21 de julio, FFJJ 3 y 11). Por lo que ahora importa, ello supone que sobre los derechos y bienes constitucionales que pudieran llegar a verse irreversiblemente afectados por hipotéticos incumplimientos de lo prescrito en la LORE no ha de tener la última palabra una administración pública. El control judicial de la administración es insoslayable, y su exclusión legislativa, plena y en abstracto, sería inequívocamente contraria a la Constitución.

Ahora bien, este tribunal aprecia que, a diferencia de lo que afirman los demandantes, la LORE no ha excluido el control por la jurisdicción contencioso-administrativa de las resoluciones de las comisiones de garantía y evaluación que reconozcan el derecho a la prestación de ayuda para morir, lo que conduce a desestimar la censura de inconstitucionalidad que derivaría de tal supuesta carencia.

Las leyes de carácter sectorial que ordenan la actuación de las administraciones públicas de ninguna manera tienen que hacer mención expresa de las garantías que, en general, se configuran en las leyes procesales –ante todo, por lo que ahora interesa, en la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa– para asegurar el pleno sometimiento a la ley y al Derecho de tales actuaciones, su control por los tribunales y la tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos. La apertura del control judicial cuya previsión echan en falta los recurrentes proviene directamente, sin necesidad de recordatorio legal, de la legislación procesal, que así cumple aquellos imperativos constitucionales. Los derechos fundamentales «no resultan necesariamente dañados por el mero hecho de que las normas no hagan expresa salvedad de su subsistencia en cada caso (STC 74/1987, de 25 de mayo, FJ 4), ni por la eventualidad de que tal silencio pudiera […] dar lugar a una infracción singular del respectivo derecho» (STC 148/2021, FJ 6).

Lo anterior no puede quedar ensombrecido ante la explícita referencia que la Ley Orgánica hace a la posible impugnación de las resoluciones desfavorables a la solicitud para acceder a la prestación [art. 10.5 y, en relación con el mismo, art. 18 a), párrafo quinto], referencia de todo punto innecesaria –que ha de ponerse en conexión con el carácter de derecho subjetivo jurídicamente exigible que el legislador ha atribuido a la prestación de ayuda para morir– de la que los recurrentes hacen una interpretación excluyente o *a contrario*. Esta mención pudiera deberse al celo del legislador en configurar como derecho subjetivo la prestación que disciplina o tal vez a la conveniencia de remitir a un procedimiento específico para su defensa jurisdiccional (disposición adicional quinta). Sin embargo, no cabe aventurar a partir de ello la conclusión excluyente, y desde luego inconstitucional, a la que solo cabría llegar ante una determinación legal inequívoca [como las que se enjuiciaron, dicho ahora a título de ejemplo, en las SSTC 31/2000, de 3 de febrero, FJ 3; 149/2000, de 1 de junio, FJ 3; 202/2011, de 13 de diciembre, FJ 4, y 31/2015, de 25 de febrero, FJ 8 b)]. La inconstitucional pretensión de descartar el control judicial de la actuación administrativa solo podría constatarse ante una norma explícita de la ley, no a partir de inferencias de su intérprete.

En definitiva, el legislador no ha cerrado el paso a la eventual impugnación judicial de las resoluciones que reconocen el acceso a la prestación, impugnación que podría plantear quien adujera el incumplimiento de las condiciones legales para el reconocimiento administrativo de este derecho –por vicios de voluntad en la solicitud del paciente, por la no concurrencia de los supuestos fácticos que justifican la prestación eutanásica o, entre otras hipótesis concebibles, a causa de irregularidades invalidantes en el curso del procedimiento– y ostentara legitimación para ello con arreglo al art. 19.1 a) de la citada Ley 29/1998. Ello sin perjuicio de la legitimación institucional que pudiera corresponder al Ministerio Fiscal para la interposición, en especial, del recurso contencioso-administrativo en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, hoy regulado en el capítulo I del título V de la misma Ley 29/1998, procedimiento al que se refiere la disposición adicional quinta de la LORE (al respecto, con carácter general, sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1990, recurso 2915-1990).

c) Mención separada merece la queja de los recurrentes relativa a la supuesta falta de efectividad de la tutela judicial frente a las resoluciones que reconozcan el acceso a la prestación regulada en la Ley Orgánica.

Se impugna en este punto el párrafo cuarto del art. 18 a) LORE, relativo a la resolución de la comisión de garantía y evaluación que, en palabras de la Ley Orgánica, «sea favorable a la solicitud de prestación de ayuda para morir», en la medida en que se establece allí que, en tal hipótesis, la propia comisión «requerirá a la dirección del centro para que en el plazo máximo de siete días naturales facilite la prestación solicitada a través de otro médico del centro o de un equipo externo de profesionales sanitarios». La demanda –ya se ha dicho– estima que esta previsión impide el efectivo control judicial de las citadas decisiones, porque estaríamos ante un «plazo extraordinariamente breve

[…] para ejecutar una decisión administrativa tan grave» y porque el legislador habría, indebidamente, omitido atribuir eficacia suspensiva al recurso contencioso-administrativo que en su caso se interpusiera frente a ella.

Este tribunal tiene declarado que la ejecutividad de los actos de las administraciones públicas encuentra justificación en el principio de eficacia (art. 103.1 CE) y que no puede estimarse, en términos generales y abstractos, como incompatible con el art. 24.1 CE, si bien «de este mismo derecho fundamental deriva la potestad jurisdiccional para adoptar medidas cautelares y suspender la ejecución por los motivos que la ley señala», ya que «la fiscalización plena, sin inmunidades de poder, de la actuación administrativa impuesta por el art. 106.1 CE comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos» (por todas, STC 78/1996, de 20 de mayo, FJ 3, con ulteriores referencias). El derecho a la tutela judicial efectiva «se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un tribunal y que este, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión» (STC 66/1984, de 6 de junio, FJ 3).

No hay elemento alguno en la LORE que venga a excluir la posibilidad de solicitar y obtener la suspensión de la ejecución del acto administrativo definitivo por el que la comisión de garantía y evaluación reconoce el derecho a la prestación de ayuda para morir, posibilidad que se rige por lo establecido en la legislación general para la vía administrativa (arts. 98.1, 108, 117 y 120 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas) y para la vía judicial (arts. 129 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa).

Tampoco hay en la LORE –ni, específicamente, en su art. 18 a), párrafo cuarto– indicación alguna que exima a la administración sanitaria de observar la doctrina constitucional conforme a la cual la ejecución inmediata de un acto administrativo «si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irreparablemente la decisión final del proceso causando una real indefensión», de modo tal que «el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación jurisdiccional de su denegación y si se ejercitó en el proceso debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica» (STC 78/1996, de 20 de mayo, FJ 3).

En relación con ello debe aclararse que el párrafo cuarto del art. 18 a) LORE no establece, a diferencia de lo que sostienen los recurrentes, que la prestación deba realizarse en el plazo insoslayable y «extraordinariamente breve» de siete días desde su reconocimiento por la comisión de garantía y evaluación.

La demanda equipara de este modo el «facilitar la prestación» a que alude el citado párrafo con la «realización de la prestación de ayuda para morir», acto final de los profesionales sanitarios (art. 11). Sin embargo, la sistemática interna de la propia LORE y su procedimiento de tramitación parlamentaria ponen de manifiesto que el plazo de

siete días al que se refiere el párrafo cuarto del art. 18 a) no se refiere a la decisión definitiva del procedimiento (cuestión regulada en el art. 10 y, en particular, en su apartado 4) ni a su puesta en práctica mediante la «realización de la prestación» en el sentido del art. 11. Antes bien, el apartado cuarto del art. 18 a) se refiere exclusivamente a la consecuencia que en Derecho se seguiría de la estimación por la comisión de la reclamación frente a la «denegación» de la solicitud de la prestación por el médico responsable [arts. 7.2 y 18 a), primer párrafo] o frente al informe desfavorable del médico consultor (art. 8.4). Consecuencia que no es el reconocimiento definitivo de la prestación por parte de la comisión de garantía y evaluación, como sugieren los recurrentes, sino la reanudación del procedimiento conforme a los trámites ordinarios previstos en la propia Ley Orgánica, esta vez con la intervención «de otro médico del centro o de un equipo externo de profesionales sanitarios», sustitución cuya razón de ser está en el previo parecer desfavorable del médico responsable o consultor, según los casos, y en la consecuente oportunidad, en apreciación del legislador, de dar entrada aquí a distintos profesionales.

En efecto, frente a lo que pudiera inferirse de una lectura apresurada del art. 18 a) en su conjunto, el impugnado párrafo cuarto solo es inteligible en relación con el párrafo inicial del propio artículo, que fija como primera función de estas comisiones «resolver en el plazo máximo de veinte días naturales las reclamaciones que formulen las personas a las que el médico responsable haya denegado su solicitud de prestación de ayuda para morir», reclamación prevista en el artículo 7.2, y en unos «términos» aplicables también al posible recurso frente al informe desfavorable del médico consultor (art. 8.4). Solo esta conexión o secuencia entre un párrafo y otro aporta sentido al mandato del precepto impugnado en orden a la intervención «de otro médico del centro o de un equipo externo de profesionales sanitarios», sustitución que vendría provocada por la previa opinión contraria del facultativo a facilitar la prestación y por la oportunidad, en apreciación del legislador, de dar entrada a otros profesionales.

Así de evidentes habrían de ser las cosas para cualquier lector de este artículo 18 a) ante la redacción originaria de la proposición de ley, en la que sus actuales párrafos primero y cuarto eran inmediatamente consecutivos («Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados», XIV legislatura, núm. 46-1, de 31 de enero de 2020, p. 9). No cabría, en virtud de lo dicho, llegar hoy a conclusión distinta por la mera y solo aparente disociación textual que entre los repetidos párrafos se verificó al acogerse una enmienda que incorporó al artículo 18 a) sus vigentes párrafos segundo y tercero, referidos a asuntos diversos, como son, respectivamente, las resoluciones de la reclamación frente a la decisión de los dos comisionados que denegara la solicitud y la que zanjara la disparidad de criterio entre ellos (enmienda núm. 182, «Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados», XIV legislatura, núm. 46-4, de 4 de noviembre de 2020, pp. 119-120).

A este argumento relativo al procedimiento de elaboración parlamentaria de la LORE ha de sumarse otro de carácter sistemático, pues la interpretación propuesta por los recurrentes haría entrar al precepto impugnado en contradicción manifiesta con la

totalidad del procedimiento de verificación previa establecido por el legislador. Porque la «denegación» del médico responsable frente a la que cabe reclamar «deberá realizarse en el plazo máximo de diez días naturales desde la primera solicitud» (art. 7.2), esto es, en una fase todavía incipiente del procedimiento en la que aún no habría habido ocasión de cumplimentar, según los lapsos fijados en la LORE (apartados 1, 2 y 3 del art. 8), trámites tan indispensables como son los sucesivos procesos deliberativos con el paciente, para quien el médico responsable es el «interlocutor principal» [art. 3 d)], mediados por su segunda solicitud, quince días, al menos, tras la primera [art. 5.1 c)], su firma del consentimiento informado, la corroboración por el médico consultor, con formación en las patologías del paciente [art. 3 e)], del cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 5 y, en definitiva, la propia certificación por el médico responsable de la enfermedad o padecimiento de la persona afectada y, si fuera el caso, de su incapacidad de hecho [art. 5.1 d) y 2]. Ninguna de estas indisponibles secuencias y actos del procedimiento pueden desarrollarse directamente ante la comisión de garantía y evaluación o asumirse por ella, lo que supondría, como bien se comprende, incurrir en una patente ruptura del régimen de garantías que el legislador ha predispuesto, cancelar por entero la inexcusable fase inicial del procedimiento, a cargo de facultativos, y abocar al sinsentido de que pudieran adoptarse, mediante la simple y sola estimación de estas eventuales reclamaciones, decisiones administrativas que quedan positivamente condicionadas por la Ley Orgánica al previo cumplimiento de estas garantías.

Así las cosas, la inicial ambigüedad del párrafo cuarto del artículo 18 a) no impone al intérprete entender que el requerimiento a la dirección del centro para que «facilite la prestación solicitada» equivale, sin más, a una exigencia de su «realización» (art. 11) en el exiguo plazo de siete días. La equivocidad en este punto del precepto –debida, en buena parte, a su ubicación– puede y debe ser despejada mediante el recurso a aquella interpretación sistemática que armonice el enunciado con el conjunto del cuerpo legal en que se integra, salvaguardando así la coherencia entre el sentido y articulación general de la LORE y esta específica norma que, al igual que cualquier otra, no ha de verse como «un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho» [STC 126/2021, de 3 de junio, FJ 7 b), entre otras muchas resoluciones de análogo tenor, desde la STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 10]. No cabe «leer un artículo de un texto normativo de tal modo que desvirtúe el contenido normativo de otro[s] precepto[s] de ese mismo texto» [STC 101/2016, de 25 de mayo, FJ 12; en términos análogos, STC 41/2016, de 3 de marzo, FJ 13 e)].

En definitiva, ha de desestimarse la impugnación del párrafo cuarto del artículo 18 a) en tanto que no puede acogerse la interpretación del mismo propuesta por los demandantes. Dicho párrafo cuarto ha de interpretarse, por el contrario, en el sentido de que el requerimiento a la dirección del centro para que, en el plazo máximo de siete días naturales, «facilite la prestación solicitada a través de otro médico del centro o de un equipo externo de profesionales sanitarios» supone, estrictamente, que, estimada la reclamación frente a la «denegación» del médico responsable o acogido el recurso contra el informe desfavorable del facultativo consultor (art. 8.4) el procedimiento

legalmente establecido (arts. 8, 10 y concordantes) deberá reanudarse, dentro de aquel plazo máximo, y cumplimentarse conforme a la Ley Orgánica en todos los trámites y actuaciones aún pendientes, si a ello hubiere lugar, por más que ya con la intervención –como el precepto establece– de profesionales distintos a los que inicialmente informaron en contra de la solicitud. La LORE no impone, por lo tanto, que la prestación sea «realizada», una vez reconocida definitivamente por la comisión, en el plazo de siete días, ni impide la plena tutela judicial –incluyendo su eventual suspensión cautelar– conforme a lo previsto en la legislación general y en la doctrina constitucional.

d) Debe finalizarse el análisis de este bloque de impugnaciones examinando si, como aducen los recurrentes, la previsión de que «la muerte como consecuencia de la prestación de ayuda para morir tendrá la consideración legal de muerte natural a todos los efectos» (disposición adicional primera de la LORE) contraviene la «dimensión procedimental del derecho [a la vida]», al eliminar «la obligación del Estado de determinar mediante una investigación completa las causas de la muerte de una persona bajo su jurisdicción».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha identificado en el art. 2 CEDH una obligación procedimental de investigación, siempre que las circunstancias concurrentes así lo requieran, para determinar eventuales responsabilidades por los hechos que condujeron a la muerte –entre otras hipótesis– de pacientes al cuidado de profesionales de la medicina (por todas, STEDH de 11 de octubre de 2022, en el asunto *Garrido Herrero c. España*, § 71). Pero esta doctrina no es trasladable a los casos de muertes eutanásicas como las contempladas en la LORE, fallecimientos que no sobrevienen o acaecen en el curso de cualesquiera tratamientos sanitarios, sino que se verifican por haberlo instado así el paciente que se encuentre en las condiciones que esta Ley Orgánica prescribe, condiciones que han de quedar debidamente acreditadas a lo largo del procedimiento (STEDH del asunto *Mortier c. Bélgica*, § 179: «cuando la muerte es resultado de una eutanasia practicada en el marco de una legislación que la autoriza con subordinación a condiciones estrictas, una investigación penal no es, en general, exigible»). Por ello, la pretensión de inconstitucionalidad carece en este punto, como a continuación se razona, de todo fundamento.

«Muerte natural», o por causas naturales, es la que resulta «de un proceso morboso en el que no hay participación de fuerzas extrañas al organismo, ni de terceros» (Diccionario de términos médicos de la Real Academia Nacional de Medicina) o en fórmula negativa, y por lo que hace a este alegato de la demanda, la no «violenta o sospechosa de criminalidad» (art. 340 de la Ley de enjuiciamiento criminal, al que remite el art. 343 del mismo cuerpo legal, y art. 8.3 del Real Decreto 386/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Institutos de Medicina Legal). Quienes fallecen por la «realización de la prestación de ayuda para morir» claro está que no mueren, por decirlo con palabras clásicas, «de sus muertes», de modo que lo que enuncia la disposición adicional primera de la LORE es una ficción jurídica que se sustenta –implícita, pero inequívocamente– en la presunción legal de que la «prestación de eutanasia» (art. 17.5) se ha realizado con plena conformidad a la propia Ley

Orgánica, de tal modo que la muerte por esta causa no habrá de dar lugar, siempre y en todo caso, a una investigación penal, lo que contradiría el sentido mismo de esta ordenación legislativa.

Se trata, desde luego, de una presunción relativa o *iuris tantum*, que habría de decaer ante indicios o fundadas sospechas de criminalidad (en términos análogos, la citada STEDH asunto *Mortier c. Bélgica*, § 167 y 179). Así resulta de los apartados 5 y 4 del art. 143 del Código penal, modificados por la disposición final primera de la LORE. El primero de los preceptos citados, con plena coherencia, excluye la responsabilidad penal de quien «causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia». Si así no fuera, se estaría –al margen de otras conductas tipificadas– ante lo prescrito en el art. 143.4 del Código penal, con arreglo al cual «[e]l que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de esta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3», apartados estos últimos relativos, respectivamente, a la acción de quien «coopere con actos necesarios al suicidio de una persona» y a la de quien, mediante esa cooperación, «llegara hasta el punto de ejecutar la muerte». La LORE encomienda a las comisiones de garantía y evaluación la función de «verificar […] si la prestación de ayuda para morir se ha realizado de acuerdo con los procedimientos previstos en la ley» [art. 18 b)] y determina en relación con esto que las infracciones a lo dispuesto en ella podrán dar lugar, entre otras responsabilidades y sanciones, a las de carácter penal (disposición final segunda).

Estas razones bastan para descartar este reproche de inconstitucionalidad y, con él, este bloque de impugnaciones por cuanto no cabe apreciar el déficit de garantías administrativas y judiciales denunciado en la demanda ni, por lo tanto, la vulneración del derecho fundamental a la vida (art. 15 CE) por incumplimiento de los deberes de protección frente a terceros que incumben al Estado en este contexto.

8. Impugnaciones específicas relativas al régimen aplicable a las personas con incapacidad de hecho.

A) Preceptos impugnados.

El segundo bloque de impugnaciones subsidiarias se dirige contra varios preceptos de la LORE atinentes al régimen aplicable a las personas con «incapacidad de hecho». Se trata del art. 3 d), e) y h); los arts. 5.1 c) y 5.2; el art. 6.4; el art. 9; el art. 12 a) apartado cuarto y la disposición adicional sexta, párrafo segundo. Su tenor literal es el siguiente:

> **«Artículo 3. Definiciones.**
>
> A los efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por:
>
> […]
>
> d) "Médico responsable": facultativo que tiene a su cargo coordinar toda la información y la asistencia sanitaria del paciente, con el carácter de interlocutor principal del mismo

en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, y sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales.

e) "Médico consultor": facultativo con formación en el ámbito de las patologías que padece el paciente y que no pertenece al mismo equipo del médico responsable.

[…]

h) "Situación de incapacidad de hecho": situación en la que el paciente carece de entendimiento y voluntad suficientes para regirse de forma autónoma, plena y efectiva por sí mismo, con independencia de que existan o se hayan adoptado medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.»

«Artículo 5. Requisitos para recibir la prestación de ayuda para morir.

1. Para poder recibir la prestación de ayuda para morir será necesario que la persona cumpla todos los siguientes requisitos:

[…]

c) Haber formulado dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito, o por otro medio que permita dejar constancia, y que no sea el resultado de ninguna presión externa, dejando una separación de al menos quince días naturales entre ambas.

Si el médico responsable considera que la pérdida de la capacidad de la persona solicitante para otorgar el consentimiento informado es inminente, podrá aceptar cualquier periodo menor que considere apropiado en función de las circunstancias clínicas concurrentes, de las que deberá dejar constancia en la historia clínica.

[…]

2. No será de aplicación lo previsto en las letras b), c) y e) del apartado anterior en aquellos casos en los que el médico responsable certifique que el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes, cumpla lo previsto en el apartado 1 d), y haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, en cuyo caso se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento. En el caso de haber nombrado representante en ese documento será el interlocutor válido para el médico responsable.

La valoración de la situación de incapacidad de hecho por el médico responsable se hará conforme a los protocolos de actuación que se determinen por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.»

«Artículo 6. Requisitos de la solicitud de prestación de ayuda para morir.

[…]

4. En los casos previstos en el artículo 5.2, la solicitud de prestación de ayuda para morir podrá ser presentada al médico responsable por otra persona mayor de edad y plenamente capaz, acompañándolo del documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, suscritos previamente por el paciente. En caso de que no exista ninguna persona que pueda

> presentar la solicitud en nombre del paciente, el médico que lo trata podrá presentar la solicitud de eutanasia. En tal caso, dicho médico que lo trata estará legitimado para solicitar y obtener el acceso al documento de instrucciones previas, voluntades anticipadas o documentos equivalentes a través de las personas designadas por la autoridad sanitaria de la comunidad autónoma correspondiente o por el Ministerio de Sanidad, de conformidad con la letra d) del punto 1 del artículo 4 del Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal.»
>
> **«Artículo 9. Procedimiento a seguir cuando se aprecie que existe una situación de incapacidad de hecho.**
>
> En los casos previstos en el artículo 5.2 el médico responsable está obligado a aplicar lo previsto en las instrucciones previas o documento equivalente.»
>
> **«Artículo 12. Comunicación a la comisión de garantía y evaluación tras la realización de la prestación de ayuda para morir.**
>
> Una vez realizada la prestación de ayuda para morir, y en el plazo máximo de cinco días hábiles después de esta, el médico responsable deberá remitir a la comisión de garantía y evaluación de su comunidad autónoma o ciudad autónoma los siguientes dos documentos separados e identificados con un número de registro:
>
> a) El primer documento, sellado por el médico responsable, referido como "documento primero", deberá recoger los siguientes datos:
>
> […]
>
> 4.º) Si la persona solicitante disponía de un documento de instrucciones previas o documento equivalente y en él se señalaba a un representante, nombre completo del mismo. En caso contrario, nombre completo de la persona que presentó la solicitud en nombre del paciente en situación de incapacidad de hecho.»
>
> **«Disposición adicional sexta. Medidas para garantizar la prestación de ayuda para morir por los servicios de salud.**
>
> […]
>
> Asimismo, en este mismo plazo [de tres meses a contar desde la entrada en vigor de la Ley] deberá [el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud] elaborar los protocolos a los que se refiere el artículo 5.2.»

Según se ha indicado en el fundamento jurídico 2 b), han de excluirse de nuestro enjuiciamiento el art. 3 e) y el párrafo primero del art. 5.1 c), por no contenerse en la demanda fundamentación concreta alguna dirigida a sostener su inconstitucionalidad.

B) Posiciones de las partes.

La demanda incluye en este apartado cuatro reproches distintos de inconstitucionalidad. Su rasgo común es la denunciada vulneración de los arts. 15, 24 y 53.2 CE por la ausencia de garantías suficientes en la regulación de los presupuestos para el reconocimiento de la prestación de ayuda para morir a quien se encuentre en una situación de «incapacidad de hecho», en expresión de la propia Ley Orgánica. Tales deficiencias se ligan en la demanda a lo que los recurrentes consideran un insuficiente

grado de «calidad» de ciertas definiciones legales, la atribución de amplios espacios de discrecionalidad a los aplicadores de la norma y la falta de exigencia de intervención judicial previa para proceder a una «incapacitación» que, a su juicio, permitirá aplicar la eutanasia prescindiendo de la voluntad actual del sujeto afectado y obviando la práctica totalidad de los requisitos previstos en la LORE (efecto que niega el abogado del Estado). Sostiene la demanda que todo ello y, en particular, las deficiencias de las definiciones legales impugnadas, abocaría a una «pendiente resbaladiza» en la que progresivamente se irían desdibujando «las condiciones iniciales restrictivas que permiten el reconocimiento del derecho a morir», dándose lugar a un «mensaje social de silenciosa coacción […] a las personas de edad» o «con discapacidad».

Las concretas quejas incluidas en este bloque de impugnaciones y las correlativas alegaciones del abogado del Estado, expuestas con detalle en los antecedentes, pueden sintetizarse ahora como sigue:

a) En cuanto al concepto de «situación de incapacidad de hecho», se impugnan el art. 3 h), el art. 5.2, párrafo segundo, y la disposición adicional sexta, párrafo segundo, por incurrir en una manifiesta «falta de calidad de la ley», ya que, de un lado, tales preceptos omitirían absolutamente los criterios a seguir para apreciar la concurrencia de dicha situación y, de otra parte, la determinación exacta de esos criterios se remite a un órgano administrativo (el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud) con omisión de toda garantía proveniente de una intervención de la autoridad judicial.

Aduce de contrario el abogado del Estado que el concepto de «incapacidad de hecho» [art. 3 h) LORE] no ofrece problemas para su razonable comprensión. Señala que la falta de «entendimiento y voluntad suficientes» para autodeterminarse es una cuestión fáctica que requiere un examen caso a caso y no mayor concreción que la que aquí hace la Ley. Indica también que la LORE no ofrece en este punto claridad o concreción menor que la que, para supuestos similares, establecen otras normas que utilizan conceptos similares, como el art. 200 del Código civil al definir las causas de incapacitación o la legislación autonómica sobre atención a personas al final de su vida. Según el abogado del Estado, los «protocolos» conforme a los que debe valorarse la situación de incapacidad de hecho carecen de carácter propiamente normativo y no se refieren a aspectos esenciales de los derechos implicados.

b) Se impugna la definición y los efectos del «documento [suscrito con anterioridad por el paciente] de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos» (párrafo primero del art. 5.2 y art. 6.4). Aducen los recurrentes que el régimen de tal «documento» adolece de una grave indeterminación que le lleva a incurrir en una inconstitucional falta de calidad de la ley, tanto por la validez indefinida que la LORE le otorga como por los conceptos vagos e imprecisos que hacen que valga cualquier tipo de instrumento documental en el que se hubiera recogido un deseo o una manifestación expresada en un momento vital ya superado. Se denuncia también que la vinculatoriedad atribuida a tal documento supone que quien incurre en «incapacidad de hecho» se ve privado de la

posibilidad de revocar o posponer su solicitud de ayuda para morir, posibilidad que se reconoce en general en el art. 6.3 LORE, todo ello sin garantía judicial.

El abogado del Estado sostiene que la censura del recurso relativa a la vaguedad de la descripción legal del referido documento no se corresponde con lo que dice la Ley, que no se refiere a cualquier documento sino, en primer lugar, a las instrucciones previas (art. 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre) y, sobre esta base, a los instrumentos análogos que, con distintas denominaciones, han implantado los distintos servicios de salud. Señala que el proceso de elaboración y suscripción de este documento varía en cada comunidad autónoma, si bien todas ellas han incorporado garantías y controles para garantizar la seguridad jurídica y la libre manifestación de la voluntad del paciente, como la firma del documento ante notario o varios testigos. Por tanto, afirma, la Ley no equipara el documento de instrucciones previas a cualquier instrumento documental, sino al que esté reconocido legalmente con los mismos efectos del art. 11 de la mencionada ley. Recuerda, por último, que es esencial en este tipo de documentos su revocabilidad (art. 11.4), de modo que mientras la persona tenga capacidad se entiende que desea que sigan vigentes.

c) Se impugna el mecanismo de valoración de la incapacidad de hecho previsto en los arts. 5.2 y 3 d) porque, se dice, la «incapacitación» se lleva a cabo al margen de la autoridad judicial, y porque «sin supervisión judicial alguna, el cumplimiento de todos los requisitos del art. 5 de la Ley Orgánica 3/2021, salvo el de ser mayor de edad y nacional o residente en España, queda en manos del médico responsable, a quien ni siquiera se le exige formación específica alguna». Por análogas razones se impugna el régimen especial previsto para las solicitudes de la prestación de ayuda para morir cuando el médico responsable considere que la pérdida de capacidad de la persona solicitante para otorgar el consentimiento informado es inminente [párrafo segundo del art. 5.1 c)]. Sostiene la demanda que es inconstitucional que se atribuya al médico responsable tanto la función de decidir sobre si la pérdida de capacidad es o no inminente, como la posibilidad de ignorar el protocolo previsto en la propia ley para fijar, obviando la separación de al menos quince días naturales que ha de mediar entre las dos solicitudes exigidas por la LORE, cualquier periodo menor que considere apropiado.

Por su parte, el abogado del Estado considera inadmisible la crítica que hace el recurso de que la verificación de la situación de incapacidad de hecho queda en manos del médico responsable, entendido como facultativo que no es necesariamente especialista en las dolencias que tiene el paciente. Respecto de esto último, señala que a tenor del art. 3 c) LORE el médico responsable es en todo caso un facultativo, y por lo tanto se le debe presuponer como médico con conocimientos suficientes para evaluar el estado del paciente y si verdaderamente presenta o no una incapacidad de hecho. A ello añade que la Ley Orgánica no deja a su exclusiva valoración la existencia de una situación de incapacidad de hecho, sino que establece toda una serie de garantías procedimentales a fin de verificar si se dan los presupuestos del art. 5, incluidos los de su apartado 2 (que abarcan tanto esa incapacidad como la existencia de instrucciones previas). Quien hace esa verificación no es solo el médico responsable, sino también el

médico consultor y finalmente la comisión de garantía y evaluación. Tampoco comparte la queja del recurso de que debería ser un órgano judicial el que determinase esta incapacidad de hecho, pues señala que esta figura no sería más que una garantía adicional para evitar que pueda aplicarse la prestación de ayuda para morir a quien no tenga plenas capacidades para autodeterminarse, aunque sobre tal persona no haya recaído una sentencia de incapacitación (o una sentencia sobre medidas de apoyo, de acuerdo con la Ley 8/2021, de 2 de junio).

d) Por último, se impugna la posibilidad de que la eutanasia pueda ser solicitada por una persona distinta del paciente declarado en situación de incapacidad de hecho y, específicamente, el «médico que lo trata» [arts. 6.4 y 12 a) apartado cuarto]. Sostienen los demandantes que es inconstitucional tanto otorgar esa facultad a un facultativo ajeno, sin mediación judicial, como atribuirle legitimación para «solicitar y obtener el acceso» al documento de instrucciones previas (o documento equivalente) del paciente a través de las personas designadas por la autoridad sanitaria de la comunidad autónoma correspondiente o por el Ministerio de Sanidad, de conformidad con el art. 4.1 d) del Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal, lo que vulneraría el art. 18.1 CE.

Se opone el abogado del Estado a esta impugnación señalando que es incorrecta la premisa de la demanda de que la LORE permite que un tercero, representante del solicitante o un médico, solicite, sin tutela judicial alguna, la muerte de un supuesto incapaz de hecho. A juicio del abogado del Estado, tanto el art. 6.4 como el art. 12 a) apartado cuarto de la Ley Orgánica, en línea con lo expresado en el preámbulo, muestran que la presentación de la solicitud «en nombre del paciente» por alguna de las personas mencionadas supone, en puridad, el traslado de la voluntad previamente expresada del paciente en un documento de instrucciones previas.

C) Enjuiciamiento.

a) El examen de las tachas de inconstitucionalidad incluidas en este bloque de impugnaciones ha de comenzar con una aclaración preliminar acerca del sentido y efectos del régimen que la LORE ha diseñado para las personas con incapacidad de hecho.

Como señala el abogado del Estado, en este punto la demanda parte de una lectura errónea de las previsiones de la Ley Orgánica impugnada. De darse esta situación de incapacidad, los requisitos para poder acceder a la prestación de ayuda para morir no se «relajan» a criterio del médico responsable, como sostienen los recurrentes, sino que se restringen, pues solamente podrá reconocerse el derecho a la prestación si el paciente ha suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos (art. 5.2) y si los estrictos términos de dichos documentos así lo admiten y en los términos en que lo admitan (arts. 5.2 y 9). La situación de incapacidad de hecho no llevaría a prescindir, como se aduce en la demanda, del «consentimiento» del afectado, sino a constatar la

imposibilidad de prestarlo por una vía que no sea la del documento previo que el paciente, en su día, hubiera podido suscribir.

Resulta con ello clara la interdependencia entre la previsión legal de la situación de «incapacidad de hecho» y su referencia al documento previo que el paciente, en su día, hubiera podido suscribir. Si este documento no existiera, el paciente que no fuera «capaz y consciente» [art. 5.1 a)] nunca podría recibir, fuesen cuales fuesen sus circunstancias, la prestación de ayuda para morir que la Ley Orgánica ha instituido. En sentido correlativo, lo dispuesto en ese documento en ningún caso podría suplir la voluntad actual del paciente capaz que no manifestara, en los términos que la LORE exige, su solicitud de recabar tal ayuda.

El legislador ha abierto así, mediante estas previsiones complementarias, la posibilidad de que la prestación eutanásica pueda ser recibida también por quien, no pudiendo instarla autónomamente de presente, hubiera predispuesto su decisión y reuniera las demás condiciones, algo que en nuestro ordenamiento se contemplaba ya, en general, respecto de los tratamientos sanitarios (art. 11 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica) y a lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido singular trascendencia, si bien a efectos muy diferentes de los que aquí se consideran (sentencia, antes ya traída a colación, en el asunto *Lambert y otros c. Francia*, § 143, 178 y 179, resolutoria de una controversia sobre la eventual retirada de soporte vital a un paciente en estado vegetativo). La regulación legal de la prestación de ayuda para morir no podría haber desatendido en este concreto aspecto elementales exigencias de igualdad de trato entre pacientes que se encuentran en condiciones parejas de enfermedad y sufrimiento, aunque solo algunos sean, ya inmersos en esa situación extrema, capaces de solicitar la ayuda que otros, en prevención de no poder hacerlo, documentaron en su día positivamente que se les habría de prestar en circunstancias análogas.

Por lo demás, ha de recordarse que el juicio que aquí procede tiene por objeto disposiciones de ley, cuya validez no puede ser puesta en entredicho mediante la mera advertencia de su eventual aplicación irregular, hipotéticas transgresiones de las que ninguna norma jurídica queda libre y que, de verificarse, contarían con las vías de remedio y sanción correspondientes. No caben en este proceso constitucional, en otras palabras, ni «ponderaciones cautelares o preventivas sobre hipotéticas inconstitucionalidades futuras» ni «pronósticos o anticipos de los resultados contrarios a la Constitución a que llevaría la aplicación de algunas de las reglas impugnadas» [STC 191/2016, FJ 3 a)].

b) La queja relativa a la definición de la situación de incapacidad de hecho del paciente [arts. 3 h), 5.2 párrafo segundo, y disposición final sexta, párrafo segundo, de la LORE] ha de ser desestimada.

El legislador ha destinado un precepto específico a definir el concepto de «incapacidad de hecho», a la que describe como la «situación en la que el paciente carece de entendimiento y voluntad suficientes para regirse de forma autónoma, plena

y efectiva por sí mismo, con independencia de que existan o se hayan adoptado medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica» [art. 3 h) LORE]. Como señala el abogado del Estado, esa definición no ofrece problemas para su razonable comprensión y es análoga a la que utilizan, para supuestos similares, otras normas estatales (el antiguo art. 200 del Código civil, derogado por Ley 8/2021, de 2 de junio, que incluyó el título XI de medidas de apoyo a personas con discapacidad) y autonómicas (las relativas a la atención de personas al final de su vida). Por lo demás, la situación de «incapacidad de hecho» es una realidad de difícil precisión, que solo puede identificarse con una definición genérica que remita a las circunstancias ordinarias de la vida y la enfermedad y a criterios médicos. De hecho, la ciencia médica cuenta con instrumentos de análisis para diagnosticar la situación en que el paciente resulta incompetente para entender y querer.

Tampoco es posible coincidir con la crítica de los recurrentes a la previsión legal de que la valoración de la situación de incapacidad de hecho por el médico responsable se hará conforme a los protocolos de actuación que se determinen por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. La mera observación de que el Consejo es un «órgano administrativo» (arts. 69 y ss. de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud) cuyos «criterios» al respecto se desconocerían y su reproche de que aquí se omite toda intervención judicial son evidencias, una y otra, que están muy lejos de aportar fundamentos sólidos, o incluso discernibles, para la impugnación. No existe razón aparente para poner en duda la constitucionalidad de la previsión de unos protocolos cuya adopción mal podría corresponder a la autoridad judicial o imponerse al propio legislador, y que no pueden entenderse vetados por ninguna reserva constitucional a la ley, pues ninguna de tales reservas han de entenderse en términos tales que impidieran, sin matices, toda remisión a ulteriores ordenaciones sobre asuntos de tan marcado carácter técnico [SSTC 160/2013, de 26 de septiembre, FJ 7 b), y 51/2019, de 11 de abril, FJ 7].

c) Asimismo, deben desecharse las censuras de inconstitucionalidad dirigidas contra las referencias de la Ley Orgánica al «documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos» y a su eficacia en el procedimiento [arts. 5.2 y 9 LORE].

Es necesario comenzar el análisis de esta queja recordando que el documento de instrucciones previas (o documento equivalente, según ha quedado referido) es requisito indispensable para que el paciente que no fuera «capaz y consciente» [art. 5.1 a)] pueda recibir, cumplidos el resto de los requisitos legales, la prestación de ayuda para morir que la Ley Orgánica ha instituido. Se sigue obviamente de lo dicho, aunque importa puntualizarlo, que la voluntad anticipada del paciente de ninguna manera podría ser aquí suplida ni contrariada mediante el otorgamiento o denegación de un «consentimiento por representación» como el previsto en general para los tratamientos sanitarios (art. 9.3 de la Ley 41/2002), normativa a la que remite hoy el artículo 287.1 del Código civil, relativo a determinadas funciones de representación del curador de la persona necesitada de apoyo. Así queda garantizado por la LORE, que solo reconoce eficacia, ante la

incapacidad de hecho, al documento previo del propio paciente y que prescribe en su artículo 3 h), complementariamente, que la constatación de aquella incapacidad lo será «con independencia de que existan o se hayan adoptado medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica».

Se lee en el preámbulo de la Ley Orgánica que el documento al que se refiere su art. 5.2 «existe ya en nuestro ordenamiento jurídico», por más que a otros efectos (art. 11 de la Ley 41/2002: «instrucciones previas» de la persona sobre, según puntualiza el apartado 1 de este artículo, «los cuidados y el tratamiento de su salud»). Esta mención del legislador y la complementaria que, ya en el articulado (art. 6.4), se realiza al registro nacional de instrucciones previas regulado por el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, –adaptado a la LORE por el Real Decreto 415/2022, de 31 de mayo–, son de tener en cuenta por el intérprete para identificar el sentido del documento y algunas de las exigencias mínimas que, en concordancia con aquellas menciones de la LORE y con sus propias y directas disposiciones, debiera en todo caso satisfacer este instrumento para alcanzar la eficacia que de principio se le otorga. El documento legalmente reconocido y, obviamente, revocable según prescribe el art. 11.4 de la Ley 41/2002 –como revocable es, en cualquier momento, la solicitud del paciente (art. 6.3 LORE)– habría de ser suscrito en condiciones de plena libertad («persona […] libre»: art. 11.1 de la misma Ley 41/2002) por quien sea mayor de edad, capaz y consciente [art. 5.1 a) LORE]. El documento habría de acreditar de modo fehaciente, en la forma que las leyes prescriban, la voluntad de quien lo firma en orden a recibir, con los requisitos y en las condiciones de la LORE, la prestación de ayuda para morir si llegara a encontrarse en situación de incapacidad de hecho y en uno de los supuestos contemplados en el art. 5.1 d) de la Ley Orgánica. Ello es coherente con la configuración de este documento en nuestro sistema jurídico como instrumento dirigido a garantizar el respeto a la autonomía de las personas, al permitir al paciente influir en las futuras decisiones médico-asistenciales y facilitar a los profesionales de la salud la adopción de la alternativa más respetuosa con su voluntad cuando no tenga capacidad para decidir por sí mismo (a tenor del preámbulo del citado Real Decreto 124/2007). Ha de observarse que las instrucciones previas habrán de constar siempre por escrito y que su contenido no podrá ser aplicado si es contrario al ordenamiento jurídico, a la ciencia médica o si no se corresponde con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas (art. 11.2 y 3 de la Ley 41/2002).

Lo expuesto conduce a desestimar la tacha relativa a la denunciada «falta de calidad» legal por la indeterminación en la que, según la demanda, el legislador habría incurrido al remitir a tal documento. Han de ser las leyes las que reconozcan, con garantía de las condiciones mínimas aquí exigibles, eficacia al tipo de documento previo, cualquiera que sea su denominación, que acredite de forma fidedigna, y en atención a la LORE, la voluntad inequívoca de la persona. El ordenamiento, si así no fuera, mantiene abiertas las correspondientes vías jurisdiccionales, pero lo que no cabe, en un procedimiento como el presente, es un «enjuiciamiento conjetural, desligado de toda concreción normativa» (STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 5) sobre lo que tales previsiones legales establezcan o pudieran llegar a establecer.

Tampoco puede prosperar la censura atinente a la «validez indefinida» que la LORE habría atribuido a esta manifestación anticipada de voluntad. La Ley Orgánica no requiere que el documento previsto en su art. 5.2 sea objeto de periódica confirmación o renovación por quien lo haya suscrito, circunstancia que no afecta a precepto o principio alguno de la Constitución. La decisión de predisponer la solicitud de la prestación de ayuda para morir ha de ser siempre, como la solicitud formulada de presente, madura y responsable y el legislador bien puede presumir, por tanto, que la voluntad así manifestada sigue siendo real y efectiva en tanto no haya sido rectificada en forma por quien la expresó en su día.

En definitiva, la decisión de obtener ayuda para morir en un contexto eutanásico que se refleja en el documento de instrucciones previas también ha de ser adoptada –como exige el art. 3 a) de la ley para todos los supuestos– de forma «libre, voluntaria y consciente» y ha de ser «manifestada» por quien se encuentra en «pleno uso de sus facultades». Esta exigencia general implica que el control de los presupuestos de la eutanasia que ha de realizarse, al amparo de los arts. 5.2, 8.3 y 5, 9 y 10 LORE, tanto por el médico consultor como por la comisión de garantías y evaluación, en el supuesto particular de incapacidad de hecho puede extenderse, atendiendo a las concretas circunstancias del caso, a la verificación de la capacidad del otorgante al tiempo de suscribir el documento de instrucciones previas. La supuesta falta de capacidad es, igualmente, motivo de impugnación de la resolución definitiva de reconocimiento del derecho, competencia de la comisión de garantías y evaluación, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Como la prestación de la ayuda para morir ha de sustentarse siempre en el consentimiento inequívoco del solicitante, en determinadas circunstancias puede justificar una suerte de impugnación diferida, con ocasión del procedimiento previsto en la LORE, de un documento de instrucciones previas que no sea fiel reflejo de una decisión auténtica que el interesado hubiera adoptado en el pleno uso de sus facultades. Ello sin perjuicio de que la regulación básica estatal de dicho documento y la normativa de desarrollo de las comunidades autónomas puedan establecer garantías adicionales para asegurar la plena capacidad del otorgante, así como que tiene cabal conocimiento de las consecuencias que conlleva el mencionado documento en el régimen normativo de la ley.

Por lo demás, resulta manifiestamente inconsistente la consideración de que el citado documento podría contrariar la «voluntad actual» del paciente incurso en la situación de incapacidad de hecho, en la medida en que tal situación se produce, precisamente, cuando el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes. En tanto no se alcanza esa situación no entra en juego el referido documento que, como se acaba de indicar, es en todo caso revocable (art. 11.4 de la Ley 41/2002).

d) Tampoco puede prosperar la queja relativa a la valoración de la «situación de incapacidad de hecho» [art. 5.2 y 3 h)] y a la valoración y efectos de que la situación de «pérdida de la capacidad de la persona solicitante para otorgar el consentimiento informado es inminente» [art. 5.1 c), párrafo segundo].

La apreciación positiva de la capacidad de la persona para instar con autonomía [arts. 3 a) y 4.2 LORE] la prestación de ayuda para morir es cuestión de hecho que corresponde examinar y determinar, conforme a criterios y pautas de la ciencia y la experiencia médicas, a los facultativos –médicos responsables y consultores– a los que la Ley Orgánica llama aquí a intervenir (art. 8.1, 2 y 3), sin perjuicio del ulterior control administrativo [arts. 10 y 18 b)] y del que más tarde pudiera llegar a corresponder a la jurisdicción. El mismo carácter y régimen jurídico ha de tener la apreciación médica de la falta de aquella capacidad, con independencia de que esa constatación inicial pudiera requerir adicionalmente, en prudente valoración de las circunstancias, la consulta a un especialista en las patologías tal vez determinantes, en el caso, de una incapacidad de hecho [la propia LORE parece contemplar, a este respecto, el dictamen de varios «médicos consultores»: art. 12 b).9].

Aunque se desprende de lo indicado, interesa resaltar que la aplicación de la Ley Orgánica en este punto se somete, como en el resto de sus extremos, a una serie de garantías procedimentales a fin de verificar si se dan los presupuestos legalmente previstos para el reconocimiento de la prestación de ayuda para morir, correspondiendo esa verificación no solo al médico responsable, sino también al médico consultor –este sí con necesaria «formación en el ámbito de las patologías que padece el paciente» y que no pertenece al mismo equipo del médico responsable: art. 3 e)– y a la comisión de garantía y evaluación, así como, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin olvidar que la independencia del médico consultor puede ser objeto de control por parte de la comisión. La intervención de este médico consultor en el supuesto de incapacidad de hecho del paciente está expresamente contemplada en el art. 8.3 LORE. Precepto que establece, de forma inequívoca, que debe corroborar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el art. 5.2 de la ley. Luego, la referencia que el art. 8.5 realiza después al control por parte de la comisión de garantías y evaluación (que se desarrolla en al art. 10), «[u]na vez cumplido lo previsto en los apartados anteriores», se refiere al supuesto de incapacidad de hecho del art. 5.2 LORE. Lo que implica que el acto definitivo de la citada comisión para el caso específico de la «incapacidad de hecho» también puede ser impugnado, de acuerdo con lo expuesto para el régimen general, ante los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La previa intervención judicial, que en este punto la demanda echa en falta, de ninguna manera viene impuesta por la Constitución. No estamos aquí ante lo que los recurrentes llaman una «incapacitación», expresión carente hoy de sentido en nuestro ordenamiento (Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica). Ni cabe tampoco parangón alguno entre, de una parte, la certificación de la incapacidad de hecho que permitiría, de constar documentalmente la voluntad previa del paciente, tramitar la ayuda para morir y, de la otra, la restricción de la libertad personal a que da lugar –en el ejemplo propuesto por la demanda– un internamiento involuntario en centro hospitalario. Imponerse sobre la voluntad del sujeto y darle curso a la decisión que emitió cuando era competente para ello son acciones contrapuestas que

solo podrían traerse a comparación convirtiendo en premisa, contra toda lógica, lo que precisamente se quiere demostrar.

Si no existe obstáculo jurídico-constitucional a que la situación de incapacidad de hecho sea apreciada, en primer lugar, por los facultativos, tampoco ha de haberlo para que corresponda al médico responsable constatar la inminencia de la pérdida de capacidad del paciente, tras su primera solicitud, a fin de «aceptar cualquier periodo menor» al de quince días que de ordinario ha de mediar entre aquella solicitud y la segunda, siempre que lo haga «en función de las circunstancias clínicas concurrentes, de las que deberá dejar constancia en la historia clínica» [párrafos primero y segundo del artículo 5.1 c)]. El legislador ha de exigir y garantizar que la decisión de pedir la ayuda para morir, además de consciente, voluntaria y libre [art. 3 a)], provenga de la madurada y meditada determinación de la persona. De «madura y genuina» meditación y de «reflexión y reiteración de la petición» hablan los artículos 4.3 y 12 b).6, y a ello responde la imposición de dos sucesivas solicitudes, pero el lapso de quince días que en general ha establecido el legislador obedece a su libre y prudencial apreciación de oportunidad, apreciación que puede ser ponderada y matizada, como aquí las Cortes Generales han hecho, en atención a las singulares circunstancias que el precepto contempla. Quienes recurren muy bien pueden protestar en términos políticos frente a esta previsión excepcional de la LORE, pero el Tribunal no advierte razones para reprobarla en Derecho.

e) Ha de rechazarse, por último, la censura de inconstitucionalidad que la demanda hace a la posibilidad de que la solicitud de prestación de ayuda para morir para una persona con incapacidad de hecho sea presentada por un tercero y, en concreto, por el «médico que lo trata», quien puede a tal efecto acceder al registro para obtener el documento de instrucciones previas o equivalente [arts. 6.4 y 12 a) apartado cuarto de la LORE].

Los recurrentes centran esta queja en la supuesta vulneración del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE). Frente a lo que sostiene la demanda, la LORE no ha previsto que un tercero pueda «solicitar» la muerte de una persona declarada en situación de incapacidad de hecho. En puridad, lo que se prevé es que la solicitud sea presentada «acompaña[da] del documento de instrucciones previas [o documento equivalente] suscritos previamente por el paciente» (art. 6.4 LORE), esto es, se permite a un tercero trasladar la voluntad previamente manifestada del propio paciente, no la de quien presenta la solicitud. Así lo confirma el preámbulo de la Ley Orgánica, cuando indica que «se articula también la posibilidad de solicitar esta ayuda mediante el documento de instrucciones previas o equivalente, legalmente reconocido».

Se trata de una precisión importante, pues el respeto al derecho fundamental a la vida impide que se reclame y obtenga para otro, si este no lo predeterminó así en su día, la específica prestación eutanásica que ha configurado la Ley Orgánica 3/2021, ello sin perjuicio de lo que, para el más fiel cumplimiento de la voluntad anticipada, pudiera haberse encomendado en ese documento previo a un posible «representante», que sería,

en tal hipótesis, «el interlocutor válido para el médico responsable» (párrafo primero, último inciso, del art. 5.2). Si por el contrario aquella predeterminación existiera, nadie podría ya oponer su voluntad a la que fue formalizada anticipadamente por la persona afectada, siempre que, certificada la incapacidad de hecho, concurrieran las exigencias de la LORE y se cumplimentaran todos los trámites en ella establecidos (así se desprende del art. 9, de conformidad con el cual «[e]n los casos previstos en el artículo 5.2 el médico responsable está obligado a aplicar lo previsto en las instrucciones previas o documento equivalente»).

Aclarada esta cuestión, carece de fundamento la pretensión de inconstitucionalidad que en este punto sostienen los recurrentes. El invocado derecho fundamental a la intimidad personal implica, en lo que hace al caso, «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás», el consiguiente deber sobre terceros de «abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima» y «la prohibición de hacer uso de lo así conocido» (por todas, STC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 4). Es evidente que quien predispone la solicitud de eutanasia ante la eventualidad de no poder hacerlo en su momento pretende que esa petición sea conocida y atendida por los facultativos que, llegado el caso, lo asistan, algo solo posible mediante la presentación por terceros (en último término, por el propio «médico que lo trata») de tal solicitud, que es personalísima [FJ 7 D) c) LORE]. Tampoco, y por razones análogas, pudiera decirse afectado el derecho del paciente a la protección de sus datos de carácter personal (derivado del art. 18.4 CE, precepto que la demanda no cita), cuando es aquel «médico que lo trata», precisa y exclusivamente, quien queda habilitado aquí, una vez certificada la situación de incapacidad de hecho, para obtener en su caso del registro el documento previo y «presentar la solicitud de eutanasia» (art. 6.4) que en él se formalizó.

Ha de advertirse en este punto que, de acuerdo con el tenor literal y la sistemática de su art. 6.4, el facultativo al que la LORE se refiere como «médico que […] trata» al paciente no es a estos efectos –y no podría serlo, en mérito de su necesaria neutralidad e independencia: STEDH, asunto *Mortier c. Bélgica*, § 162– el médico responsable (receptor, más bien, de la solicitud), sino uno de los «otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales» a la persona afectada [art. 3 d), inciso final]. Así deriva también de los propios trabajos parlamentarios, en cuyo curso se rectificó el enunciado, en este punto, de la proposición de ley, que preveía que «[e]n caso de que no exista ninguna persona que pueda presentar la solicitud en nombre del paciente, el médico responsable podrá presentar la solicitud de eutanasia» («Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados», núm. 46.5, de 10 de diciembre de 2020, p. 16; véase también la enmienda 245 presentada en el Senado, de la que proviene el texto vigente: «Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado», núm. 141, de 17 de febrero de 2021, p. 142).

Las razones expuestas conducen a descartar también este reproche de inconstitucionalidad y, con él, de este segundo bloque de impugnaciones específicas. No cabe entender que la regulación en la LORE de los presupuestos para el reconocimiento de la prestación a quien se encuentre en una situación de incapacidad

de hecho otorgue al derecho fundamental a la vida una protección frente a injerencias de terceros que no alcance el nivel de suficiencia requerido por la Constitución, en los términos que quedaron expuestos en el fundamento jurídico 6 D).

9. Impugnaciones específicas de determinadas remisiones de la LORE en orden a su aplicación.

A) Preceptos impugnados.

El tercer bloque de pretensiones subsidiarias de la demanda se dirige contra el art. 5.2 segundo párrafo, el art. 17.5, la disposición adicional sexta y la disposición final tercera de la LORE. Tales preceptos establecen lo siguiente:

> **«Artículo 5. Requisitos para recibir la prestación de ayuda para morir.**
>
> […]
>
> 2. […]
>
> La valoración de la situación de incapacidad de hecho por el médico responsable se hará conforme a los protocolos de actuación que se determinen por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.»
>
> **«Artículo 17. Creación y composición [de las comisiones de garantía y evaluación].**
>
> […]
>
> 5. El Ministerio de Sanidad y los presidentes de las comisiones de garantía y evaluación de las comunidades autónomas se reunirán anualmente, bajo la coordinación del Ministerio, para homogeneizar criterios e intercambiar buenas prácticas en el desarrollo de la prestación de eutanasia en el Sistema Nacional de Salud.»
>
> **«Disposición adicional sexta. Medidas para garantizar la prestación de ayuda para morir por los servicios de salud.**
>
> Con el fin de asegurar la igualdad y calidad asistencial de la prestación de ayuda para morir, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud deberá elaborar en el plazo de tres meses a contar desde la entrada en vigor de la Ley un manual de buenas prácticas que sirva para orientar la correcta puesta en práctica de esta Ley.
>
> Asimismo, en este mismo plazo deberá elaborar los protocolos a los que se refiere el artículo 5.2.»
>
> **«Disposición final tercera. Carácter ordinario de determinadas disposiciones.**
>
> La presente Ley tiene carácter de ley orgánica a excepción de los artículos 12, 16.1, 17 y 18, de las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima, y de la disposición transitoria única, que revisten el carácter de ley ordinaria.»

B) Posiciones de las partes.

En este bloque de impugnaciones, la demanda denuncia que los arts. 5.2 y 17.5, así como la disposición adicional sexta de la LORE, «dejan la determinación de aspectos sustanciales sobre, nada menos, que el fin de la vida humana y la extinción del derecho fundamental a la vida, a disposiciones absolutamente indefinidas en su contenido que no ostentarían ni siquiera rango reglamentario», lo cual vulneraría la exigencia de

calidad de la ley (art. 15 CE, en relación con el art. 9.3 CE), la reserva de ley (art. 53.1 CE) y la reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE). A la disposición final tercera se le reprocha que niegue carácter orgánico a la adicional sexta, sin mayor argumentación.

De un lado, los recurrentes sostienen la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 5.2 LORE y de su disposición adicional sexta *in fine*, por considerar que en ellas se realiza una «habilitación en blanco» y «sin predeterminación normativa alguna» al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (un «puro órgano administrativo») cuando se le encomienda la elaboración de los protocolos de actuación para la valoración de la situación de incapacidad de hecho, aspecto que la demanda califica como un «elemento esencial» del sistema regulado por la LORE en tanto que, según la interpretación de los recurrentes, «la apreciación de una incapacidad de hecho por el médico responsable […] permite obviar el consentimiento directo e inmediato de la persona para provocar su propia muerte».

De otra parte, la demanda sostiene la inconstitucionalidad del art. 17.5 LORE, en tanto que en él se ordena al Ministerio de Sanidad y a los presidentes de las comisiones de garantía y evaluación reunirse anualmente, bajo la coordinación del Ministerio, para «homogeneizar criterios e intercambiar buenas prácticas en el desarrollo de la prestación de eutanasia en el Sistema Nacional de Salud». Denuncia también la inconstitucionalidad del primer párrafo de la disposición adicional sexta por cuanto ordena al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud elaborar «un manual de buenas prácticas que sirva para orientar la correcta puesta en práctica de esta Ley» con la finalidad de «asegurar la igualdad y calidad asistencial de la prestación de ayuda para morir». Según los recurrentes, estas cuestiones «no pueden remitirse a un manual de buenas prácticas ni a un protocolo administrativo de actuación, sino que deben quedar perfectamente predeterminadas en la Ley Orgánica que regule una cuestión tan esencial y determinante como es la extinción del derecho fundamental a la vida».

Alega de contrario el abogado del Estado que esos preceptos no infringen la reserva de ley orgánica, que en todo caso debe ser interpretada restrictivamente (SSTC 5/1981, de 13 de febrero, y 173/1998, de 23 de julio), al no ordenar «aspectos esenciales de los derechos implicados», visto su carácter no normativo (pues estaríamos ante meras «guías prácticas o recomendaciones») y su finalidad, que no sería sino la debida coordinación y correcta aplicación de la LORE, teniendo en cuenta el carácter técnico de la materia y el «carácter descentralizado» del Sistema Nacional de Salud.

C) Enjuiciamiento.

a) Para examinar las tachas de inconstitucionalidad denunciadas en este bloque es necesario recordar brevemente el núcleo de la doctrina constitucional acerca del alcance de las reservas constitucionales a la ley, toda vez que la atinente a las exigencias de certeza y precisión de la ley ha sido ya reseñada en el fundamento jurídico precedente.

Este tribunal ha señalado que las reservas constitucionales a la ley impiden al legislador desapoderarse en favor de otras fuentes normativas para regular aquello que la Constitución le encomienda (por todas, STC 31/2018, de 10 de abril, FJ 7). Sin

perjuicio de ello, hemos indicado también que ninguna reserva constitucional a la ley ha de entenderse en términos tales que impidiera, sin matices, toda remisión a ulteriores ordenaciones sobre asuntos de marcado carácter técnico [SSTC 160/2013, de 26 de septiembre, FJ 7 b), y 51/2019, de 11 de abril, FJ 7]. Y, en cuanto a la reserva de ley orgánica prevista en el art. 81.1 CE, hemos reiterado que ha de ser interpretada restrictivamente [así, desde la STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 21 a)]. Adicionalmente, y aunque el presente bloque de impugnaciones no se refiere a la habilitación a la administración para aprobar reglamentos, este tribunal ha señalado que, respecto de materias no constitutivas del núcleo de las asignadas a las leyes orgánicas por el art. 81.1 CE, pero conexas con él, es factible el desarrollo no solo por leyes ordinarias, sino incluso por normas reglamentarias, siempre que no se trate del desarrollo directo de un derecho fundamental y que las remisiones al reglamento no desvirtúen la finalidad que se persigue con aquellas reservas (SSTC 6/1982, de 22 de febrero; 131/2013, de 5 de junio, y 134/2013, de 6 de junio).

b) La queja relativa a la aprobación administrativa de protocolos de actuación para la valoración de la situación de incapacidad de hecho (párrafo segundo del art. 5.2 y disposición adicional sexta *in fine*), que reitera en parte la realizada por los recurrentes en el bloque de impugnaciones específicas anterior, ha de ser desestimada por las razones que han quedado expuestas al examinar este último.

Como hemos indicado, los arts. 3 h) y 5.2 LORE definen con suficiente precisión el concepto de «situación de incapacidad de hecho»; situación que, a diferencia de lo que afirman los recurrentes, no lleva a prescindir del consentimiento de la persona, sino a constatar la imposibilidad actual de prestarlo. Los «protocolos de actuación» a que aluden los preceptos impugnados se refieren no a la definición de la situación de incapacidad de hecho, sino a la «valoración» de su concurrencia en el caso concreto por parte del médico responsable. Dicha valoración es una cuestión fáctica que requiere un examen técnico caso a caso y no una mayor concreción que la que hace aquí la Ley Orgánica, sin que sea tampoco concebible que el legislador, orgánico u ordinario, estuviera en condiciones de fijar pautas específicas de valoración técnica en este punto. No existe, por tanto, insuficiente determinación legislativa que pudiera llevar a constatar un vicio de falta de calidad de la ley, ni remisión en blanco alguna a la administración para regular elementos centrales de la prestación eutanásica.

c) Tampoco puede prosperar la impugnación de los preceptos que atribuyen a instancias administrativas la «homogeneiza[ción de] criterios e intercambi[o de] buenas prácticas en el desarrollo de la prestación de eutanasia en el Sistema Nacional de Salud» (art. 17.5) y la «elabora[ción de] un manual de buenas prácticas que sirva para orientar la correcta puesta en práctica de esta Ley» con la finalidad de «asegurar la igualdad y calidad asistencial de la prestación de ayuda para morir» (primer párrafo de la disposición adicional sexta).

Al igual que sucede con el art. 5.2 LORE y con su disposición adicional sexta *in fine*, es evidente que ninguno de estos preceptos encomienda a órganos administrativos

la regulación de aspectos cubiertos por la reserva de ley (ni ordinaria ni orgánica), ni implica que la regulación contenida en la Ley Orgánica incurra en el vicio de «falta de calidad de la ley» que denuncia la demanda. Tanto el art. 17.5 LORE como el párrafo primero de su disposición adicional sexta se refieren a la aplicación del marco normativo previsto por el legislador orgánico: procuran, en «línea directa de ejecución» de la Ley Orgánica [STC 97/2020, de 21 de julio, FJ 5 C) a)], que su aplicación se realice de manera armónica o concorde en todo el territorio nacional y no habilitan para el desarrollo, complemento o integración de la LORE en un plano normativo, lo que sería presupuesto para el examen de si, como se dice, la reserva de ley pudiera haber sufrido menoscabo. Siendo este el objeto de la disposición adicional sexta, es claro que no se encuentra cubierto por la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE –cosa sobre la que, además, nada argumenta la demanda–, lo que hace decaer la queja que se formula en este punto a la disposición final tercera de la LORE.

Basta con lo constatado para desestimar la censura de la que son objeto estos preceptos legales.

10. Impugnaciones específicas relativas al régimen de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios.

A) Preceptos impugnados.

El último bloque de pretensiones subsidiarias que formula la demanda se dirige contra la disposición final tercera (en relación con el art. 16.1) y contra el art. 16.2 LORE. Tales preceptos establecen lo siguiente:

> **«Disposición final tercera. Carácter ordinario de determinadas disposiciones.**
>
> La presente Ley tiene carácter de ley orgánica a excepción de los artículos 12, 16.1, 17 y 18, de las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima, y de la disposición transitoria única, que revisten el carácter de ley ordinaria».
>
> **«Artículo 16. Objeción de conciencia de los profesionales sanitarios.**
>
> […]
>
> 2. Las administraciones sanitarias crearán un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir, en el que se inscribirán las declaraciones de objeción de conciencia para la realización de la misma y que tendrá por objeto facilitar la necesaria información a la administración sanitaria para que esta pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación de ayuda para morir. El registro se someterá al principio de estricta confidencialidad y a la normativa de protección de datos de carácter personal.»

Aunque no han sido objeto de impugnación específica, para examinar esta queja es necesario también tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 3 f) y 16.1 LORE, como alegan respectivamente el abogado del Estado y los recurrentes. Su tenor literal es el siguiente:

> **«Artículo 3. Definiciones.**
>
> A los efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por:

> […]
>
> f) "Objeción de conciencia sanitaria": derecho individual de los profesionales sanitarios a no atender aquellas demandas de actuación sanitaria reguladas en esta Ley que resultan incompatibles con sus propias convicciones.»
>
> **«Artículo 16. Objeción de conciencia de los profesionales sanitarios.**
>
> 1. Los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir podrán ejercer su derecho a la objeción de conciencia.
>
> El rechazo o la negativa a realizar la citada prestación por razones de conciencia es una decisión individual del profesional sanitario directamente implicado en su realización, la cual deberá manifestarse anticipadamente y por escrito.»

B) Posiciones de las partes.

a) Entiende la demanda, por una parte, que el rango de ley ordinaria que la disposición final tercera atribuye al art. 16.1 LORE es «manifiestamente inconstitucional por constituir la objeción de conciencia a la práctica de la eutanasia una parte esencial del ejercicio del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa» (art. 16.1 CE), lo que conllevaría «la preceptiva aplicación de todas las garantías […] que la Constitución establece para el desarrollo normativo de los derechos y libertades fundamentales, entre ellas, en lo que aquí interesa, que su contenido esencial y sus condiciones básicas se regulen mediante una ley orgánica» (art. 81.1 CE).

Frente a ello alega el abogado del Estado que el derecho a la objeción de conciencia deriva directamente de la Constitución (STC 53/1985) y viene enunciado en el art. 3 f) LORE, que tiene rango de ley orgánica, mientras que el art. 16.1 LORE no determina «elementos esenciales» para el ejercicio del derecho, sino que establece un «deber meramente formal» en orden a formular anticipadamente y por escrito la «intención» de objetar, pero «sin exigir una determinada anticipación que de no cumplirse implique una pérdida del derecho», por lo que «no entra dentro del alcance de la reserva de ley orgánica».

b) Por lo que se refiere, de otro lado, al art. 16.2 LORE, estiman los recurrentes que la regulación que establece del registro de objetores de conciencia es contraria a la Constitución porque: (i) condicionar la objeción a la inscripción registral supone «señalar a quienes objeten a la colaboración en la muerte de una persona», lo que no «es absolutamente ajeno al riesgo de discriminación y estigmatización»; (ii) la posición objetora no es definitiva («ya que puede cambiarse a lo largo del ejercicio profesional») ni absoluta («pues puede depender de casos concretos que motivan este planteamiento, mientras que otros casos no lo motivarían»), de modo que un registro de «concepción monolítica […] no se muestra como un instrumento realista en el que se acomode tan complejo tema profesional»; (iii) en todo caso, la obligatoriedad que impone a los profesionales sanitarios el art. 16.2 en orden a declarar previamente su condición «se opone» al art. 16.2 CE, que exime a cualquier persona de declarar sobre sus creencias; y (iv), en particular, el registro conculca el principio de proporcionalidad, pues no es adecuado (no habría «relación causal» entre la garantía de la prestación y la objeción de

conciencia) ni necesario (pues existen otras medidas menos intensas, como pudiera ser un archivo interno, sin que tampoco se aprecie que exista una «necesidad extrema» de implantarlo, que «genera más impedimentos para el interés general que beneficios para los afectados y para la prestación del servicio de salud»). Ello con independencia de que «la objeción anticipada debe constar necesariamente en un registro existente a efectos organizativos de la administración sanitaria».

Alega de contrario el abogado del Estado que el «objetivo final» del registro (art. 16.2 LORE) es el de asegurar la prestación efectiva de la ayuda para morir, con la «única salvedad» respecto del apartado 1 de que «aquí está directamente implicada la protección del derecho fundamental a la intimidad y a la protección de datos personales» (art. 18 CE), lo que justificaría que el legislador le haya atribuido rango orgánico. Sin perjuicio de ello señala, en referencia a la queja relativa a la disposición final tercera, que el registro, en cuanto tal, no requiere ley orgánica (STC 151/2014), por lo que menos aún la exigiría la mera comunicación previa y por escrito para ejercer la objeción de conciencia. En todo caso, sostiene que estos requisitos no son desproporcionados, máxime cuando el ejercicio del derecho no se condiciona a que la declaración de objeción se haya inscrito antes en el registro, lo que se habría reconocido por el *Manual de buenas prácticas en eutanasia* aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (en el que se indicaría que las administraciones sanitarias deben aceptar las objeciones no inscritas y se admitiría tanto la objeción «sobrevenida» como la reversibilidad de la decisión).

C) Enjuiciamiento.

a) El examen de este último bloque de impugnaciones ha de partir de la configuración constitucional de la objeción de conciencia.

La Constitución se refiere de manera expresa a ella únicamente como exención a las «obligaciones militares de los españoles» y al cumplimiento del posible «servicio militar obligatorio» (art. 30.2 CE), ámbitos estos en los que se muestra en conexión, según tempranamente advirtió este tribunal, con la libertad ideológica que garantiza el art. 16.1 CE (STC 15/1982, de 23 de abril, FJ 6). Más allá de lo prescrito en aquel primer precepto constitucional, el art. 16.1 CE «por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o "subconstitucionales" por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos» (SSTC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 3; 321/1994, de 28 de noviembre, FJ 4, y 55/1996, de 28 de marzo, FJ 5, así como el ATC 135/2000, de 8 de junio, FJ 2).

No obstante, el legislador no debe ignorar o desdeñar, a la hora de regular determinadas materias, la posibilidad de que la imposición incondicionada de ciertas obligaciones pudiera llegar a comprometer gravemente la libertad de conciencia de algunas de las personas concernidas, al colocarlas ante la encrucijada excepcional de renunciar a convicciones morales racionalmente argumentables, aunque no compartidas por la mayoría, o sufrir, por ser con ellas consecuentes, la sanción que fuera aparejada al incumplimiento de un deber legal. En este sentido, y solo en él, se ha de entender la apreciación que el Tribunal hizo en su día, ante el silencio de una regulación legal

concreta, en orden a que la objeción de conciencia «forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa» (STC 53/1985, FJ 14).

De lo anterior se sigue que en modo alguno existe en nuestro ordenamiento, sobre la base del art. 16.1 CE, un genérico derecho fundamental a sustraerse, alegando imperativos de conciencia, a cualesquiera deberes jurídicos, lo que constituiría un inconcebible, por absurdo, poder de veto individual frente a la legislación y «la negación misma de la idea del Estado» (STC 161/1987, de 27 de octubre, FJ 3). Cuestión distinta es que el legislador pueda o, incluso en algunos casos deba, reconocer el carácter moralmente controvertido de ciertas decisiones normativas sobre asuntos vitales y permitir entonces, con las debidas garantías para el interés general, que el individuo inicialmente obligado llegue a quedar exento de cumplir con un mandato no conciliable con sus más arraigadas convicciones. En tales hipótesis, la libertad de conciencia podría quedar comprometida si el legislador hubiera desconsiderado por entero, contra toda razón, tales situaciones de conflicto o compromiso personal extremo, siempre que tuvieran suficiente arraigo cultural y si las garantías que al efecto hubiera predispuesto fueran ignoradas mediante actos o resoluciones singulares, eventualidades ante las que los remedios jurisdiccionales en protección del derecho fundamental enunciado en el art. 16.1 CE quedarían sin duda plenamente abiertos. No existe, en suma, tal derecho general o indeterminado a la objeción de conciencia, pero son concebibles casos en que proceda la defensa jurisdiccional de la libertad de conciencia ante la plena ignorancia por la ley de una objeción que debió haberse considerado por el legislador o frente a quien aplicó la legalidad sin respetar sus disposiciones en garantía de quien pudiera llegar a declarase objetor.

b) El Tribunal no comparte la censura de inconstitucionalidad formulada contra el carácter de ley ordinaria que al art. 16.1 de la Ley Orgánica atribuye la disposición final tercera de la LORE.

Que la objeción de conciencia a realizar la prestación eutanásica (art. 16.1, segundo párrafo) pudiera llegar a ser invocada en juicio, al amparo del derecho enunciado en el art. 16.1 CE, no supone que sea en sí misma un derecho fundamental para cuyo desarrollo, en los términos del art. 81.1 CE, se exija ley orgánica. Una cosa es la cuestión del régimen de garantías procesales cuando determinado argumento objetor entronque en la libertad de conciencia y otra, distinta, la del tipo de fuente normativa llamada, en su caso, a prever y regular una concreta objeción cuando concurran las hipótesis recién consideradas. Ante la confusión de ambos planos en que la demanda incurre basta con remitirse a la reiterada jurisprudencia constitucional que ha negado, incluso, tal reserva de ley para la regulación de la única forma de objeción constitucionalmente prevista, la contemplada en el art. 30.2 CE, y ello sobre la base, junto a otras consideraciones, de que el desarrollo al que se refiere el art. 81.1 CE es, estrictamente, el de los derechos comprendidos en la sección primera del capítulo segundo del título I de la propia Constitución (SSTC 160/1987 y 161/1987, FJ 2 de una y otra). No obstante, cabe añadir que la definición de la «objeción de conciencia sanitaria» como derecho individual de los profesionales a no atender aquellas demandas

de actuación eutanásicas que resulten incompatibles con sus propias convicciones tiene carácter de ley orgánica en el art. 3 f) LORE.

c) Tampoco la previsión de que las administraciones sanitarias habrán de crear un registro de profesionales sanitarios objetores merece los reproches de inconstitucionalidad que los recurrentes formulan.

Hay que aclarar que la inscripción en el registro no condiciona el ejercicio de la objeción de conciencia, pues para que sea eficaz basta con que se manifieste «anticipadamente y por escrito» (párrafo segundo del art. 16.1 LORE). Tampoco puede el Tribunal discutir las calificaciones del registro como «de concepción monolítica» o de «instrumento [no] realista», crítica que viene a ser más propia de un debate parlamentario.

La previsión de estos registros tiene una finalidad objetiva en absoluto reprobable en derecho, como es la de «facilitar la necesaria información a la administración sanitaria para que esta pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación de ayuda para morir» (art. 16.2), garantía que se encomienda a los servicios públicos de salud (art. 13.2), sin que el acceso y la calidad asistencial puedan resultar menoscabados por el ejercicio de la objeción de conciencia sanitaria (art. 14). No carece de sentido, a estos efectos, el que las administraciones sanitarias deban conocer con qué profesionales no se cuenta, de principio, para implicarse directamente en la realización de la prestación (art. 16.1, párrafo primero). Vale recordar que la LORE, como era obligado, se ha cuidado de asegurar que «[e]l registro se someterá al principio de estricta confidencialidad y a la normativa de protección de datos de carácter personal» (último inciso del art. 16.2).

No puede compartirse, en fin, la afirmación de los recurrentes de que el registro y la inscripción en el mismo de las declaraciones de objeción no se compadecen con la previsión constitucional de que «[n]adie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias» (art. 16.2 CE), reproche que, si se estuviera a la tesis de la demanda, también cabría oponer –con igual falta de razón– contra la inexcusable manifestación por escrito de la decisión de objetar (párrafo segundo del art. 16.1, no impugnado). El ejercicio de la objeción de conciencia «no puede, por definición, permanecer en "a esfera íntima del sujeto, pues trae causa [de] la exención del cumplimiento de un deber y, en consecuencia, el objetor 'ha de prestar la necesaria colaboración si quiere que su derecho sea efectivo para facilitar la tarea de los poderes públicos en ese sentido […], colaboración que ya comienza, en principio, por la renuncia del titular del derecho a mantenerlo –frente a la coacción externa– en la intimidad personal, en cuanto nadie está obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias (art. 16.2 CE)"» (STC 160/1987, FJ 4, en pasaje reiterado por la STC 151/2014, FJ 5). Cabe trasladar aquí alguna de las conclusiones sentadas por la última de las sentencias citadas ante controversia distinta aunque en este punto análoga a la actual: «La creación de un registro autonómico de profesionales […] con la finalidad de que la administración autonómica conozca, a efectos organizativos y para una adecuada gestión de dicha prestación sanitaria, quiénes en ejercicio de su derecho a la

objeción de conciencia rechazan realizar tal práctica […] no implica, *per se*, un límite al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia […] ni un sacrificio desproporcionado e injustificado de los derechos a la libertad ideológica e intimidad, sin que pueda afirmarse […] que con el mismo se persigue disponer de una lista de objetores con la finalidad de discriminarlos y represaliarlos [«riesgo de discriminación y estigmatización», en expresión menos extrema de la actual demanda], pues esta es una afirmación sin base jurídica alguna y en la que no se puede fundar una queja de inconstitucionalidad».

Es por lo que se desestiman estas últimas pretensiones de inconstitucionalidad.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido desestimar el recurso de inconstitucionalidad formulado contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintidós de marzo de dos mil veintitrés.–Cándido Conde-Pumpido Tourón.–Inmaculada Montalbán Huertas.–Ricardo Enríquez Sancho.–María Luisa Balaguer Callejón.–Ramón Sáez Valcárcel.–Enrique Arnaldo Alcubilla.–Concepción Espejel Jorquera.–María Luisa Segoviano Astaburuaga.–César Tolosa Tribiño.–Juan Carlos Campo Moreno.–Laura Díez Bueso.–Firmado y rubricado.

Voto concurrente que formula la Magistrada D.ª María Luisa Balaguer Callejón

Con el mayor respeto al criterio reflejado en la sentencia a que se refiere el encabezamiento, creo necesario formular este voto, en ejercicio de la facultad prevista en el art. 90.2 LOTC, para dejar constancia de algunos de los argumentos que expuse en la deliberación del Pleno y que no encuentran desarrollo suficiente en la fundamentación jurídica que conduce a la desestimación del recurso de inconstitucionalidad, fallo desestimatorio con el que estoy completamente de acuerdo.

La duda esencial de constitucionalidad que se alza frente a la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, confronta esta norma con el derecho a la vida consagrado en el art. 15 CE y con los deberes de protección de la vida exigidos al Estado y derivados de los arts. 43, 49 y 50 CE. Para superar la oposición denunciada, la sentencia desarrolla su argumento principal en dos niveles. El primero niega el valor absoluto de la vida como derecho, tal y como venía sosteniendo la jurisprudencia previa, y rechaza que se pueda derivar del art. 15 CE la prohibición de regular el tipo de eutanasia activa directa y de suicidio médicamente asistido, que regula la Ley Orgánica 3/2021. El segundo nivel construye el soporte constitucional de la concreta opción legislativa recurrida, vinculando el derecho subjetivo a la eutanasia pasiva y al suicidio médicamente asistido en los supuestos previstos en la ley, con el derecho fundamental a la integridad física y moral, que también se recoge en el art. 15 CE. Por tanto, la fundamentación jurídica de la sentencia gira, principalmente, en torno a la reconstrucción interpretativa del alcance del art. 15 de la Constitución, sirviéndose auxiliarmente para formular esa reconstrucción de los arts. 1.1 y 10.1 CE, y muy tangencialmente del art. 18 CE.

A mi juicio, la sentencia debería haber optado por centrar el debate no tanto en torno al contenido y alcance del art. 15 CE, o a la cuestión de si ese precepto contiene o no un derecho fundamental a la muerte digna, sino en relación con el contenido que debe atribuirse, en el momento constitucional presente, a la noción de dignidad humana que contempla el art. 10.1 CE. Dicho de otro modo, la sentencia podría haber contextualizado el doble argumento que conduce a la desestimación del recurso de inconstitucionalidad asumiendo que la capacidad de decidir sobre el modo en que una persona adulta, libre, consciente y suficientemente informada pone fin a su proceso vital, deriva de manera directa de la proclamación de la dignidad de la persona como fundamento del orden político en el que se enmarca el reconocimiento, promoción y garantía de los derechos de la persona. Una construcción dogmática con ese vínculo constitucional hubiera facilitado al futuro intérprete y al legislador futuro un sustento más sólido para conformar un derecho a la muerte digna de perfiles más amplios que los que ahora contempla la ley, y que limita la eutanasia y la asistencia al suicidio en los denominados «contextos eutanásicos», que ni mucho menos comprenden todas las situaciones vitales en que una persona puede decidir poner fin a su vida en condiciones dignas y no violentas o degradantes.

El esfuerzo argumental de la sentencia se centra en negar que la vida, entendida como valor absoluto y como bien constitucional objetivo, pueda ser un límite infranqueable a la decisión legislativa de despenalizar el apoyo a la eutanasia o al suicidio asistido. Este esfuerzo se justifica desde el análisis de los planteamientos de la demanda, a los que, sin duda, el Tribunal debe dar respuesta. Pero la sentencia también podría haber respondido identificando de forma expresa el sesgo ético y moral que sostiene el planteamiento de parte y que también sustenta en buena medida los precedentes jurisprudenciales que se citan, aunque sea para terminar apartándose de ellos porque no resultan adecuados para la resolución de las dudas de constitucionalidad que en este proceso se plantean. Ese sesgo fundamenta los conceptos de vida, persona y dignidad en la conexión de estos con realidades trascendentes y, por tanto, externas al propio ser humano. Unas realidades que condicionan la visión sobre la capacidad de autodeterminar el principio y el fin de la vida, porque asumen que esa capacidad viene limitada por condiciones previas, naturales, intangibles y fuera del control humano. Pero el proceso de secularización que se inicia con la modernidad tiene como uno de sus objetivos fundamentar los conceptos de vida, dignidad y persona en las ideas genéricas de racionalidad y humanidad, siendo estas dos condiciones las que determinan la pertenencia a la comunidad política y la condición de titularidad de los derechos.

La aproximación a los arts. 10.1 y 15 CE, hasta este momento, se ha visto marcada por una secularización interpretativa inacabada, y esta sentencia daba la ocasión al Tribunal para culminar ese proceso, desvinculándose de la idea de que la disponibilidad de la propia vida queda fuera del ámbito jurídico; de la negativa rotunda a entender que la muerte puede formar parte del reconocimiento del derecho a la vida; o de la concepción de la vida como presupuesto indiscutido del ejercicio de derechos, sin completar esta afirmación con la certeza de que la existencia biológica sin existencia racional y consciente no puede ser explicada como condición del pleno ejercicio de derechos humanos.

Cuando Michel Foucault acuñó el concepto de biopoder, hace más de cuarenta años, intentaba explicar cómo el Estado, a partir del siglo XVIII racionaliza los problemas que plantean fenómenos como la salud, la higiene, la natalidad, la longevidad, la raza, etc., en la práctica gubernamental (*Naissance de la biopolitique*, 1979). Foucault nos explica cómo el Estado, en un momento dado, comienza a enfrentarse a problemas como los del hábitat, las condiciones de vida en una ciudad, la higiene pública, la modificación de la relación entre la natalidad y la mortalidad, y surgen entonces un buen número de cuestiones políticas sobre cómo regular los flujos de población o los movimientos de población, siendo que la respuesta a estas cuestiones, desde el poder, supone que la vida, y el cuerpo que le da sustento, se convierten en un objeto sobre el que se ejerce poder, esto es, en objeto político.

Por tanto, el Estado ejerce poder sobre los ciudadanos y ciudadanas, entendidos no solo como sujetos de derecho, sino como seres vivos, con una serie de condicionantes biológicos, a través de la capacidad del derecho y de las instituciones para gestionar la vida de las personas, y la forma en que esa vida surge, crece, se organiza, produce y

termina. El sistema jurídico define la norma como patrón de comportamiento y como regla de conducta obligada, y la persona se adapta a la norma o queda extramuros del sistema.

La cuestión adicional, a la que no se refiere expresamente Foucault pero que identificamos claramente en los ordenamientos jurídicos occidentales, incluso a día de hoy, es que en la definición de la norma patrón se identifican con facilidad sesgos morales, éticos y, esencialmente, religiosos cuando nos referimos al control de lo material, de la vida humana entendida biológicamente.

En las últimas décadas, muchos Estados occidentales, entre ellos el nuestro, han optado por reducir el ámbito del biopoder que ejercen sobre la ciudadanía, siendo el instrumento más eficaz la despenalización de conductas que traducían diversas formas de control sobre el cuerpo, desde la despenalización de distintas formas de anticoncepción, pasando por la despenalización progresiva de la interrupción voluntaria del embarazo, para llegar a la despenalización de conductas relacionadas con el acompañamiento en el proceso de finalización de la vida, primero con la regulación de los cuidados paliativos, para avanzar sucesivamente hacia la despenalización de la eutanasia activa directa y la asistencia al suicidio en determinados contextos. Esta liberación de espacios ha ido en paralelo al progresivo refuerzo de la laicidad del Estado que, en el contexto español, no se proclama de forma expresa en la Constitución, limitándose esta a negar carácter estatal a ninguna confesión (art. 16.3 CE).

El principio que permite sostener la pérdida de espacios de poder estatal en este contexto es el reconocimiento de la dignidad humana, que sobrepone la capacidad de determinación individual sobre la propia vida a la facultad del Estado para ejercer control sobre concretas opciones vitales. Un principio de dignidad que, además, va liberándose de condicionantes religiosos para asumir un contenido cada vez más laico.

Si bien la sentencia describe la evolución normativa y jurisprudencial en torno a la despenalización de la asistencia al final de la vida, para concluir que una interpretación contextual, evolutiva y contemporánea del derecho a la vida debe contemplar también las decisiones sobre cómo, en determinados contextos y solo en esos contextos, la vida debe llegar a su fin, echo en falta una reflexión sobre el cambio de paradigma que sustenta esa evolución normativa y jurisprudencial. Y ese cambio, que nos permite formular la interpretación que la sentencia contiene, vinculando el derecho a una muerte digna con el derecho a una vida digna, a la autodeterminación sobre el propio cuerpo, y a la garantía de la integridad física y moral, pasa por comprender cómo la racionalidad política contemporánea va cediendo el poder sobre los cuerpos de los individuos a la autonomía individual, que se construye, cada vez más, sobre parámetros alejados de los límites y condicionantes dados por la religión y la moral tradicionales.

Por eso, cuando la sentencia reproduce jurisprudencia previa, en la que se definía la dignidad como «valor espiritual y moral inherente a la persona» (con cita de la STC 53/1985), no está asumiendo de forma total ni el cambio de paradigma normativo,

ni el cambio de paradigma analítico que debiera permitir definir de forma más completa y consecuente el concepto de dignidad que recoge el art. 10.1 CE.

La sentencia acude a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como principios de mención recurrente, casi como criterio de autoridad constitucional, afirmando que el art. 15 CE comprende un derecho a la autodeterminación relativa a la propia vida, que incluye la decisión de terminar con ella cuando se dan unas circunstancias muy precisas, porque así se deriva del reconocimiento del principio de dignidad (art. 10.1 CE) en conjunción con el principio de libertad (art. 1.1 CE).

Pero la insistente mención no termina de dar contenido a la noción de dignidad que realmente sostiene el derecho a una muerte digna. El salto lógico que va entre negar que el art. 15 CE comprenda un derecho a morir, y reconocer el derecho a recibir ayuda del Estado, a través del sistema sanitario, para poner fin a la vida cuando ello supone expresión del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), no puede hacerse sin asumir que es la dignidad el elemento determinante del reconocimiento de esa dimensión del derecho fundamental que, hasta ahora, no había recibido reconocimiento jurisprudencial expreso.

La noción constitucionalizada del principio de dignidad podría servir tanto para negar la intervención del Estado en la decisión de poner fin a la vida propia, como para sostener la necesaria intervención del Estado en la materialización de esa decisión. Una idea de dignidad de contenido abierto no es bastante para dar cobertura a la construcción teórica formulada por la sentencia. Por eso hubiera sido necesario concretar el contenido del principio del que es posible derivar obligaciones positivas del Estado, de contenido asistencial o prestacional, así como la prohibición de introducir límites desproporcionados a la plena efectividad del principio. Un ejemplo de ese tipo de límites viene dado por la fijación de los plazos para hacer efectiva la decisión de morir. A este respecto creo que cabe hacer hincapié en que cuando una persona ha decidido que quiere poner fin a su vida (con todo lo que eso significa) alargar en exceso los plazos supone una contravención del propio art. 15 CE, y de los arts. 2 y 3 CEDH, por cuanto puede ser entendida como un trato degradante o un padecimiento inhumano.

La dignidad es reconocida como un concepto constitucional determinante que incorporan, junto con la noción de autonomía, todas las Constituciones de la segunda posguerra mundial para superar el binomio liberal libertad-propiedad que no había sido capaz de evitar las graves lesiones de derechos acaecidas en toda Europa en la primera mitad del siglo XX. Pero a pesar de esa innovación fundamental, no se le ha dado hasta la fecha el alcance que podría haber asumido, porque se le ha considerado como un principio meramente instrumental. De hecho, así funciona en la sentencia, como principio instrumental a la hora de interpretar el alcance del derecho a la integridad física y moral.

Ahora bien, si entendemos la noción de dignidad como un principio jurídico autónomo vinculado a la necesidad de hacer intangible a la persona humana, siempre y en todo caso, frente a quienes detentan el poder, es posible inscribir esta noción dentro

de la deconstrucción progresiva del biopoder, y es posible justificar que el Estado debe dejar de tener un control sobre las decisiones vitales de las personas que afectan a la capacidad de autodeterminación sobre el propio cuerpo. Esa intangibilidad también supone que el Estado, y el ordenamiento jurídico, deben dejar de ser correa de transmisión de formas morales de control sobre las decisiones vitales del ser humano. La protección de la vida, como valor y como derecho no se entiende sin el reconocimiento de la autonomía individual para tomar decisiones esenciales sobre el desarrollo de la propia vida, lo que incluye la voluntad consciente y libremente adoptada, con la información precisa, acerca del momento en que la muerte ponga fin al proyecto vital. Y no solo en contextos eutanásicos, sino allí donde la autodeterminación de la voluntad se produzca y exprese en condiciones de pleno reconocimiento de la autonomía y libertad personales.

La sentencia no consigue desprenderse de una cierta moral, que asociamos a la idea de dignidad, de modo que la argumentación no permite imaginar un escenario de progresión normativa en el reconocimiento de la autodeterminación plena del individuo en relación con la finalización de la vida. Pero si desligamos la noción de dignidad de cualquier concepción religiosa que la asocie a la trascendencia, o a consideraciones morales, la mera condición humana que integra razón y materia corporal es el presupuesto de la concurrencia de la dignidad, que no procede de ningún reconocimiento externo al propio ser humano. Y la no injerencia del Estado sobre la razón ni sobre el cuerpo, es el mandato que se deriva del reconocimiento de la dignidad.

Esta noción de dignidad, íntimamente vinculada con la adopción de decisiones autónomas, debe ser completada con la definición de las obligaciones del Estado que se derivan del respeto a la autonomía individual. No se trata solo de limitar el control del Estado sobre el individuo, sino de reconocer que existen obligaciones de hacer por parte del Estado para asegurar el pleno ejercicio de la autonomía, sobre todo allí donde la autodeterminación respecto de ciertas opciones vitales suponga la intervención de un determinado servicio público, como por ejemplo el servicio público sanitario. Dicho en otros términos, no se trata solo de despenalizar el aborto o la asistencia al suicidio, haciendo desaparecer el control represivo. Se trata también de asegurar que quien toma esa decisión pueda contar con la asistencia del servicio público que garantiza las prestaciones médico sanitarias, para que dicha opción se materialice en condiciones de seguridad, salud, respeto a la integridad física, respeto a la integridad moral de las personas, y a la exclusión de cualquier tipo de trato degradante.

Entender la dignidad de este modo exige verla como principio fundamental, de carácter universal y abstracto, del que se derivan límites a la intervención estatal, y como mandato de actuación específica al poder público, que debe atender a las situaciones particulares que exijan de su intervención activa para garantizar la plena eficacia de las decisiones individuales de autodeterminación sobre la propia vida.

Por último, la dignidad humana no debe ser entendida como un principio de proyección exclusivamente individual. Si bien supone reconocer un ámbito de autonomía al individuo frente al ejercicio del poder de control del Estado sobre sus

decisiones vitales, también supone admitir que el Estado debe garantizar, en determinados supuestos y respecto de determinadas personas, la posibilidad de que las decisiones adoptadas se materialicen de forma eficaz y plena. Y ello debe asumirse, en determinados supuestos, como condición de la participación del individuo en la sucesiva formación de la comunidad política. Si la garantía de unas condiciones materiales de vida digna, o una educación suficiente se plantea como precondición de participación en la comunidad política, se habrá conformado la dignidad como principio estructural de la construcción del espacio público y la comunidad política. La mejora en la capacidad para tomar decisiones autónomas individuales supondrá a la larga una mejora en la capacidad de las personas para tomar decisiones por sus comunidades políticas, de modo que el refuerzo de la autonomía a la que se agrega la intervención pública para garantizarla, redunda en el refuerzo de lo colectivo.

Dicho todo lo anterior, debe reconocerse la relevancia de que la Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia, y el texto de esta sentencia pongan de manifiesto que el derecho a morir de una forma digna debe tener anclaje constitucional o, más explícitamente, debe ser reconocida como una nueva faceta del derecho a la vida como elemento indisociable de la dignidad humana. Y ello porque, como se ha dicho, nuestra Constitución no concibe la dignidad como un derecho fundamental pero nunca hay que olvidar que sí es la fuente y razón de ser de los derechos y libertades constitucionales. En este sentido, otorgar naturaleza subjetiva y fundamental al derecho a morir dignamente, en el marco de las condiciones establecidas en la ley, supone dotar a la persona de una posición más garantista frente a los posibles obstáculos que, en su caso, pudiera encontrarse en este tan tremendo proceso de la toma de decisión de dejar de vivir por haberse convertido la vida, valga la redundancia, en invivible para el sujeto afectado. Convertir al derecho a la muerte digna en una faceta más de los derechos derivados del artículo 15 de la Constitución supone reconocerle las garantías propias de los derechos fundamentales frente a la actuación de los poderes públicos (art. 53.2 CE); por tanto, una garantía reforzada de tutela jurisdiccional a través del procedimiento contencioso-administrativo de protección de los derechos y libertades fundamentales, siendo, pues, objeto de un procedimiento preferente y sumario, en las condiciones previstas en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, artículos 114 y siguientes. Además, en caso de que la garantía judicial ordinaria no tutele adecuadamente los derechos de la persona afectada podría llegarse incluso en amparo ante este tribunal.

De esta forma se protege tanto a la persona que decida acabar con su vida voluntaria y autónomamente, esencialmente, por haber llegado a un punto de deterioro físico y/o psicológico que convierte para ella su existencia en inhumana. Pero también, a aquellas otras personas que, por las circunstancias del que desea morir, necesitan de la ayuda de otra persona para su proceso hacia una muerte digna. Así, más allá de la posible comisión de ilícitos penales, parece que se evitarán situaciones de desprotección de facultativos y otros legitimados a participar en el proceso de muerte digna, que podían generar un efecto desaliento en su actuación, dejando desatendidos las angustias y

padecimientos indignos de la persona enferma. Pero además se pondrá fin a un fenómeno que desafortunadamente se produce en el ámbito sanitario de tener que instar otros procedimientos, como el de responsabilidad patrimonial, que tienen mal encaje en los procesos específicos de la tutela de derechos fundamentales ante la actividad anormal de las administraciones públicas y sus profesionales.

Por último, me gustaría apuntar que la extensión de la sentencia, justificada en parte por la importancia de los temas constitucionales que plantean los recurrentes y resuelve el Pleno, provoca en el lector una sensación de inabarcabilidad de las cuestiones suscitadas, que va en detrimento del cada vez más necesario carácter pedagógico que debiera tener la jurisprudencia constitucional. Los problemas complejos requieren argumentos resolutivos complejos pero expresados del modo más sencillo posible cuando los destinatarios últimos no son solo quienes integramos las profesiones jurídicas, sino el común de la ciudadanía. Por eso, creo que debería haberse evitado la repetición innecesaria de algunas alegaciones de parte en los fundamentos jurídicos, así como la descripción lineal de la jurisprudencia constitucional precedente, de la jurisprudencia comparada o de los pronunciamientos de tribunales internacionales innecesarios a la construcción de la base argumental principal de la sentencia.

Madrid, a veintidós de marzo de dos mil veintitrés.–María Luisa Balaguer Callejón.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado D. Enrique Arnaldo Alcubilla

Con el debido respeto a la opinión de mis compañeros y compañeras que han conformado la mayoría del Pleno y en uso de la facultad que me confiere el art. 90.2 LOTC, expreso mi discrepancia tanto con el fallo como con la fundamentación jurídica de la sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad, por las razones ya defendidas en su momento durante la deliberación y que expongo a continuación.

1. La sentencia de la que discrepo desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra el conjunto de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, y subsidiariamente contra trece preceptos concretos de dicha ley.

Las razones de mi discrepancia son esencialmente dos, a las que añadiré una tercera, de carácter metodológico, vinculada a la forma de razonar de la sentencia.

En primer lugar, no puedo compartir las razones por las que la sentencia desestima la queja principal de los recurrentes, y que se basan en el alumbramiento de un pretendido «nuevo» derecho fundamental a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, que se correspondería con un correlativo deber de los poderes públicos (singularmente del poder legislativo) de contribuir a su efectividad. Como luego desarrollaré, aunque se admitiera que la queja de los recurrentes debía desestimarse, pues cabe sostener que no existe una prohibición constitucional incondicional de regular la eutanasia, estimo que era de todo punto innecesario acometer una construcción dogmática como la que realiza la sentencia de la que discrepo, que incurre en el claro exceso de pretender limitar las legítimas opciones del legislador en esta delicada cuestión. La pluralidad de opciones que la Constitución abre al legislador derivan de la concepción de la misma como un marco de coincidencias lo suficientemente amplio como para permitir alternativas diversas, sin que necesariamente se imponga una de modo exclusivo y excluyente salvo en aquellos puntos en que la Constitución de modo inequívoco e incondicionado lo establezca. En fin, la pluralidad de opciones abiertas por la Constitución no es, en definitiva, más que la expresión del pluralismo político como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE).

En segundo lugar, discrepo de la manera en la que la sentencia ha abordado el enjuiciamiento de concretas impugnaciones en materia de procedimiento y garantías necesarias para asegurar la expresión de la libre y consciente voluntad de una persona que, en un contexto tan extremo como en el que regula la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, solicita su propia muerte mediante la ayuda de terceros.

Por último, tampoco comparto el método de enjuiciamiento empleado por la sentencia, ya que incurre en una cierta incoherencia lógica, en el sentido de que los presupuestos de los que se parte para resolver las impugnaciones formuladas por los recurrentes se ven luego superados por la forma de razonar de la sentencia, de modo que

sus conclusiones no son consecuentes con las premisas del enjuiciamiento que previamente se han sentado. Esos saltos lógicos en el razonamiento son apreciables tanto al resolver la queja principal, pues la Constitución como marco de opciones posibles acaba convertida en una fuente de obligaciones para el poder público en el sentido y la dirección que expresa una determinada mayoría parlamentaria coyuntural, como a la hora de desestimar las tachas vinculadas al régimen de garantías y procedimiento previsto en la Ley Orgánica 3/2021, por cuanto la exigencia previa de las máximas medidas de protección de los derechos, principios y bienes constitucionales que puedan verse afectados por el ejercicio del derecho de autodeterminación respecto de la propia muerte en situaciones eutanásicas se ve luego desplazada por una deferencia al legislador sumamente laxa, que me resulta difícil de entender en un contexto tan delicado como este.

2. En el fundamento jurídico 2 de la sentencia, al explicar el alcance del control de constitucionalidad que a este tribunal le corresponde, se recuerdan los clásicos pronunciamientos de la doctrina constitucional, en los que se señala, con unas u otras palabras, que la Constitución no es un programa cerrado, sino –como recordábamos– un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo, de lo que lógicamente se sigue que el Tribunal Constitucional al realizar su juicio de constitucionalidad debe limitarse a analizar si la concreta opción regulatoria plasmada por el legislador en el texto legal sujeto a enjuiciamiento respeta o desborda los límites constitucionales. No podríamos estar más de acuerdo.

Sin embargo, esta inexcusable premisa sobre el alcance del control de constitucionalidad que a este tribunal le compete entra luego en contradicción con los razonamientos que se contienen en el capital fundamento jurídico 6 de la sentencia para desestimar la impugnación del conjunto de la Ley Orgánica 3/2021 por motivos sustantivos. En efecto, pese a que afirme que «[e]l núcleo de la cuestión que hemos de dirimir es si la Constitución permite o no al legislador regular como actividad lícita lo que la LORE califica como "eutanasia activa directa"», la sentencia no se limita a examinar –como debió haber hecho– si la concreta opción legislativa plasmada en esa norma respeta o contradice la Constitución, sino que, excediendo el alcance y los límites del control de constitucionalidad que corresponde a este tribunal, viene a reconocer un nuevo derecho fundamental, que garantiza como «derecho fundamental a la autodeterminación de la propia muerte en situaciones eutanásicas», que hace derivar en último término del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) y al que anuda la naturaleza de derecho prestacional. De este modo, la sentencia cierra el paso a otras posibles opciones legislativas en relación con el problema suscitado (la intervención del legislador en un ámbito tan extremadamente delicado como el de la finalización de la vida de una persona con ayuda de terceros en contextos de sufrimiento extremo), imponiendo precisamente la opción de la Ley Orgánica 3/2021 como el único modelo constitucional posible. Con ello, la ponencia se sitúa fuera de los márgenes del control de constitucionalidad que a este tribunal corresponden, pues reconocer derechos

fundamentales es una potestad del Poder Constituyente, no de los poderes constituidos y, por tanto, no lo es del Tribunal Constitucional.

Para alumbrar este nuevo derecho fundamental a la autodeterminación de la propia muerte en situaciones o contextos eutanásicos, la sentencia comienza apelando a la discutible doctrina sobre el entendimiento de la Constitución como un «árbol vivo» (plasmada en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9) para, seguidamente, al referirse al principio de unidad de la Constitución como parámetro hermenéutico, afirmar que en el caso de la intervención del legislador en el ámbito de la finalización de la vida de una persona con ayuda de terceros en contextos de sufrimiento extremo nos hallamos ante una situación de tensión entre la libertad y la dignidad de la persona y su vida.

En cuanto a lo primero, cabe señalar que, como bien se ha dicho por autorizadas voces, «la Constitución no es una hoja en blanco que pueda reescribir el legislador a su capricho», así como «tampoco es una hoja en blanco que pueda reescribir, sin límites, su supremo intérprete». La realidad social puede conducir a que se manifieste incluso la conveniencia de reconocer nuevos derechos fundamentales, pero para ello está prevista la reforma constitucional. Ni el legislador ni el Tribunal Constitucional pueden sustituir al poder constituyente, erigiéndose en una especie de poderes constituyentes. En nuestro ordenamiento un derecho fundamental es un derecho creado por la Constitución (un derecho constitucional, pues) y vinculante por ello para todo poder público, incluido, en primer lugar, el poder legislativo. Es decir, un derecho fundamental es aquel que, por su definición en la Constitución, norma suprema del ordenamiento jurídico, se impone incluso (y muy destacadamente) al legislador. Así resulta del art. 53 CE.

En cuanto a lo segundo, baste con decir que es difícil admitir que exista este artificioso conflicto entre derechos, bienes y valores constitucionales que se predican de la misma persona: la que solicita la ayuda de terceros para poner fin a su existencia en un contexto eutanásico. No es dable imaginar una disputa entre dos caras de una misma persona, entre dos manifestaciones de su misma dignidad personal. En realidad, centrada la cuestión en la intervención del poder público en este contexto en el que una persona decide poner fin a su vida, lo que debía determinarse es si, y en qué términos, la necesaria protección del derecho a la vida, que impone al legislador deberes negativos o de abstención y positivos, de protección frente a terceros, podría ser excepcionada en atención a la situación de padecimiento y sufrimiento extremo que la propia ley define. Es lo que la propia sentencia denominará después restricción del alcance de los deberes de protección del Estado.

Sin embargo, no es ese el enfoque que se adopta para resolver el recurso, ya que, asumiendo un papel que no le corresponde, la sentencia desarrolla toda su argumentación en un único sentido, aquel que determina que sobre el legislador pesaba la obligación constitucional de regular esta materia y que la única manera posible de hacerlo es, además, la que se deriva de la Ley Orgánica 3/2021. La univocidad a la que conduce la sentencia comporta una concepción excluyente de otra basada en una

reinterpretación constructivista de la Constitución de la que se cuelga un derecho fundamental inexistente.

Tras negar que el derecho a la vida (art. 15 CE) tenga carácter absoluto e impida el reconocimiento constitucional de decisiones autónomas sobre la propia muerte en situaciones de sufrimiento extremo que la persona experimenta como inaceptable, la sentencia, acudiendo a la STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5, comienza a construir el pretendido derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos como un derecho fundamental anclado en el art. 15 CE, en su dimensión de «derecho a la integridad física y moral», como manifestación de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, y contrapuesto al «derecho a la vida», el cual ha de leerse ahora en conexión con estos otros preceptos constitucionales, por cuanto otorgan amparo a un pretendido «nuevo» derecho fundamental de autodeterminación de la persona que, según la sentencia, resulta amparado por la Constitución.

En primer lugar, cabe decir frente a tal razonamiento que la STC 37/2011 no puede ser sacada de contexto. Lo que allí se resolvió fue un recurso de amparo en el que se declaró vulnerado el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la integridad física (art. 15 CE), por habérsele denegado el derecho a ser indemnizado por los daños sufridos como consecuencia de la realización de una determinada operación médica sin que se le hubiese informado de los riesgos de la intervención ni se hubiese recabado su consentimiento para la práctica de la misma. La STC 37/2011 señala que el consentimiento informado del paciente a cualquier intervención médica sobre su persona es algo inherente a su derecho fundamental a la integridad física, lo que nada tiene que ver con el problema de la eutanasia activa directa que regula la Ley Orgánica 3/2021. Que el paciente, debidamente informado, pueda escoger entre las distintas posibilidades terapéuticas que se le ofrecen (e incluso rechazarlas todas), no autoriza a concluir, como hace la sentencia, que «la autodeterminación sobre el propio sustrato corporal impide que pueda activarse una protección de la vida a través de terapias salvadoras contra la voluntad del paciente».

Tal conclusión no se desprende de la STC 37/2011 e incluso contradice la doctrina constitucional (por ejemplo, la referida al caso de la alimentación forzosa de los presos en huelga de hambre, doctrina a la que previamente se ha referido la propia sentencia, por cierto, para restarle importancia). Una cosa es que el derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE) faculte a toda persona, una vez recibida la obligada información sobre las alternativas terapéuticas disponibles, a optar entre someterse al tratamiento médico ofrecido o rechazarlo, y otra muy distinta que quede vedada en todo caso al poder público la protección de la vida contra la voluntad de esa persona. Por otra parte, esta afirmación de la sentencia queda en cualquier caso muy alejada del problema constitucional que se suscita en el presente recurso: no se trata de que el poder público proteja la vida a través de una «terapia salvadora» contra la voluntad del paciente, sino de otra cosa muy distinta: ayudar, médicamente, a morir a quien lo solicita en un denominado «contexto eutanásico».

Seguidamente es cuando la sentencia da el paso decisivo para enunciar ese nuevo derecho fundamental a la autodeterminación de la propia muerte en contextos eutanásicos, que sería precisamente el regulado en la Ley Orgánica 3/2021. En efecto, tras hacer derivar la facultad de autodeterminación respecto de la configuración de la propia existencia (o de la propia muerte, si se prefiere) de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, conforme al art. 1.1 CE (si bien el valor libertad desaparecerá luego como fundamento constitucional del novedoso derecho a la autodeterminación de la propia muerte, lo que es por otra parte una buena muestra de la escasa coherencia de la que hace gala la sentencia), y de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), la sentencia añade que esa facultad también «cristaliza principalmente en el derecho fundamental a la integridad física y moral» (art. 15 CE). De este modo queda reconocido *ex novo* el derecho fundamental a disponer de la propia vida en contextos eutanásicos, con la inevitable consecuencia de devaluar la Constitución.

No es cierto, por otra parte, que el descubrimiento que hace la sentencia del nuevo derecho de autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos se ajuste a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (particularmente, en la sentencia de 4 de octubre de 2022, asunto *Mortier c. Bélgica*, aunque también en la sentencia de 29 de abril de 2002 asunto *Pretty c. Reino Unido*). Lo que esa doctrina viene a afirmar es que del derecho a la vida (art. 2 del Convenio europeo de derechos humanos) no se desprende un pretendido derecho a morir, «sea a manos de un tercero o con la asistencia de la autoridad pública» sin perjuicio de que, si el legislador decide despenalizar la eutanasia, dentro de su margen de configuración (pues el derecho a la vida consagrado en el art. 2 del Convenio no puede interpretarse como una prohibición en sí misma de la despenalización condicional de la eutanasia), ha de hacerlo garantizando debidamente que quien decide someterse a la eutanasia lo hace mediante una decisión libre y consciente, para evitar los abusos y garantizar así el respeto del derecho a la vida.

La sentencia insiste de manera reiterada (acaso por creer que a fuerza de repetir el mismo argumento este acabará persuadiendo de su corrección por el mero hecho de la insistencia) en que el derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, que regula la Ley Orgánica 3/2021, encuentra su fundamento constitucional «en los derechos fundamentales a la integridad física y moral –integridad personal, en definitiva– del art. 15 CE», «en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE», en contraposición con el derecho fundamental a la vida. Lo que inexorablemente lleva a concluir que el Estado no solo «debe respetar» ese «específico derecho de autodeterminación» del individuo, sino que, además, «debe contribuir» a su «efectividad». Existe, por tanto, según la ponencia, un derecho constitucional a la autodeterminación de la propia muerte en contextos eutanásicos, de lo que se sigue que pesa sobre los poderes públicos (singularmente sobre el legislador) el deber de contribuir a que ese derecho se haga efectivo. La sentencia aparentemente niega que «de ello se derive necesariamente un deber prestacional del

Estado», pero solo en apariencia pues inmediatamente lo desmiente al afirmar a renglón seguido que «lo que este no puede hacer es eludir su responsabilidad en esta materia, como sucedería si pretendiese permanecer ajeno –mediante la prohibición o la ausencia de regulación– a la específica problemática de quien precisa la ayuda de terceros para ejercer de modo efectivo su derecho en este tipo de situaciones» (las eutanásicas). De hecho, la sentencia lo remata después al señalar que existe un «deber público de dotar de eficacia al derecho de autodeterminación», lo que no es sino otro modo de afirmar el carácter prestacional de ese derecho fundamental hallado –construido– *ex novo* para la ocasión.

Con ello, la sentencia ha cerrado el círculo: alumbrado el flamante derecho fundamental a la autodeterminación de la propia muerte en situaciones eutanásicas, del que se sigue el deber constitucional de los poderes públicos (singularmente, del legislador) de «habilitar las vías legales necesarias» para su efectividad, solo resta afirmar que el derecho de contenido prestacional regulado por la Ley Orgánica 3/2021 es justamente el que viene a dar cumplimiento a la obligación del Estado de dar efectividad a ese nuevo derecho fundamental. Esta tarea se aborda en la sentencia en el mismo FJ 6. Así, tras afirmar que «toda regulación de la eutanasia activa directa ha de respetar asimismo el derecho de autodeterminación que le sirve como fundamento constitucional y que delimita los respectivos ámbitos de aplicación de tal derecho y del derecho a la vida», enunciado en el que de nuevo aflora la inadmisible (e inimaginable) contraposición entre derechos garantizados todos en el art. 15 CE y de los que es titular el mismo sujeto, y de calificar, como «derecho fundamental» el derecho a la autodeterminación de la propia muerte en situaciones eutanásicas, la sentencia concluirá que el modelo por el que ha optado el legislador en la Ley Orgánica 3/2021, configurando la prestación de ayuda para morir, cumple con todos los requisitos constitucionalmente exigibles para garantizar que la decisión de poner fin a la propia vida en contextos eutanásicos se adopta y se lleva a término de conformidad con la voluntad libre y consciente de una persona capaz, a fin de asegurar que esa decisión es ajena a coacciones de terceros, llegando incluso a afirmarse en la sentencia que «el propio acotamiento del derecho a recabar y obtener ayuda para morir en los contextos eutanásicos establecidos por el legislador opera, en principio, como un mecanismo de protección de la vida».

3. Por otra parte, como lógico corolario de la conclusión de considerar que la regulación de la eutanasia activa directa que lleva a cabo la Ley Orgánica 3/2021 viene a dar efectividad al nuevo derecho fundamental a la autodeterminación de la propia muerte en situaciones eutanásicas, la sentencia aborda el problema de los cuidados paliativos en unos términos que permiten entender que la eventual sustitución de la opción del actual legislador, plasmada en dicha Ley Orgánica 3/2021, por otra opción legislativa basada en un modelo de cuidados paliativos integrales, accesibles de manera efectiva para todos aquellos ciudadanos que los necesiten (y sin reconocimiento, en cambio, del derecho a la prestación de la eutanasia activa directa) es considerada como incompatible con el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE). Tal entendimiento sitúa a este tribunal, como ya hemos señalado, al margen de la potestad

de control constitucional que le corresponde, de acuerdo con la Constitución y su propia Ley Orgánica.

No se puede olvidar que, antes de la regulación introducida por la Ley Orgánica 3/2021 lo que existía en nuestro ordenamiento, en los contextos eutanásicos, era el derecho del sujeto a vivir con dignidad el proceso de morir, lo que se traducía en el derecho a evitar el dolor físico insoportable a través de los cuidados paliativos y a rechazar el llamado «encarnizamiento terapéutico», esto es, a negarse a tratamientos que prolonguen de manera artificial la propia vida. Ciertamente, conforme al art. 15 CE los poderes públicos tienen la obligación de proteger la vida de todos los individuos, pero no existe un deber jurídico de vivir derivado de ese precepto constitucional (o de cualquier otro), como tampoco un derecho a morir. Este es el criterio sentando por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha recalcado que el derecho a la protección de la vida no ampara un pretendido derecho a disponer de ella, como ya se dijo. Por otra parte, lo que sí existía y existe en nuestro ordenamiento, como ha confirmado la doctrina constitucional, es el derecho de todo paciente a ser informado de las alternativas terapéuticas posibles y a negarse al tratamiento médico ofrecido, pues el consentimiento informado del paciente a cualquier intervención médica sobre su persona es algo inherente a su derecho fundamental a la integridad física reconocido, junto al derecho a la vida, en el art. 15 CE (STC 37/2011).

Conviene no olvidar, por otra parte, que ninguno de los textos internacionales de derechos humanos reconoce un derecho a disponer de la propia vida.

Podría llegar a concluirse que del derecho a la vida garantizado por el art. 15 CE no deriva una prohibición de despenalización de la eutanasia activa directa, siempre que esta se realice con las debidas garantías para evitar coacciones externas al individuo que desea poner fin a su existencia en un contexto eutanásico con ayuda de terceros (al respecto, sentencia de 4 de octubre de 2022, asunto *Mortier c. Bélgica*), y por tanto que no se opone al establecimiento de una prestación de ayuda para morir en el marco del sistema sanitario público como la regulada por la Ley Orgánica 3/2021. Pero lo que no tiene sustento es alumbrar un pretendido derecho constitucional a la autodeterminación de la propia muerte en situaciones eutanásicas con anclaje en el derecho a la integridad física y moral (a la integridad personal, si se prefiere) del art. 15 CE, como una suerte de derecho fundamental al que la citada ley habría venido precisamente a dotar de efectividad. El artificio al que recurre la ponencia, haciendo derivar ese derecho fundamental a la autodeterminación de la propia muerte en contextos eutanásicos del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) implica devaluar la Constitución, al hacerle mutar su contenido al margen del procedimiento de reforma que se contiene en el título X; y asimismo supone que el Tribunal Constitucional desborda las potestades que le corresponden, como poder constituido, en el control de constitucionalidad de las leyes.

4. Aun cuando lo expuesto hasta ahora constituye el principal motivo de mi discrepancia con la sentencia que desestima el recurso de inconstitucionalidad

promovido frente a la Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia, mi divergencia con la misma se extiende a algunos de los razonamientos mediante los cuales se han desestimado el resto de las impugnaciones contra preceptos concretos de esa ley. Entiendo en tal sentido que, para descartar algunos vicios de inconstitucionalidad, la sentencia contiene varias interpretaciones de conformidad como únicas posibles, si bien elude calificarlas como tales y llevarlas al fallo, como hubiera debido hacer.

Como ya he mencionado, creo que la propia lógica de la sentencia, que exige al legislador medidas de protección suficientes de los derechos, principios y bienes constitucionales en juego, hubiera debido llevar a un escrutinio mucho más incisivo de esas garantías, a fin de asegurar su suficiencia y efectividad. Sin embargo, pese a que la sentencia reconoce que la vida, como derecho fundamental y como bien constitucional objetivo, podría resultar lesionada en defecto de medidas de protección suficientes para evitar la indebida influencia o el abuso por parte de terceros, esa afirmación no se traduce luego en un entendimiento de dichas garantías que, a partir de lo previsto en la ley impugnada, salvase las imprecisiones en las que el legislador ha incurrido y conjurase ese peligro de influencias indebidas, manipulaciones y abusos por parte de terceros del que la propia sentencia advierte. La sentencia llega a la conclusión de que «este entramado de garantías sustantivas y procedimentales satisface los deberes estatales de protección frente a terceros de los derechos fundamentales en juego, la vida entre ellos». Ya he avanzado que disiento de tal conclusión en los extremos y por las razones que a continuación indico.

5. En primer lugar, cabe señalar que en su fundamento jurídico 7 la sentencia aborda la queja de los recurrentes referida a la infracción de los arts. 24, 53.2 y 106.1 CE, por haber excluido la Ley Orgánica 3/2021 el necesario control judicial respecto de las decisiones que reconozcan el derecho a la prestación de ayuda para morir, exclusión que se derivaría del hecho de que ese control se ha previsto expresamente solo para las resoluciones denegatorias de la comisión de garantía y evaluación [arts. 10.5 y 18 a), párrafo quinto, de la Ley Orgánica 3/2021]. La sentencia descarta esta queja argumentando que «[l]as resoluciones definitivas de las comisiones de garantía y evaluación que reconozcan el derecho a acceder a la prestación de ayuda para morir y franqueen con ello el paso a su "realización" (art. 11) no podrían, sin conculcación manifiesta de la Constitución, quedar exentas del control judicial». Y aprecia que ese control de las decisiones que reconozcan el derecho a la prestación de ayuda para morir (sobre cuya impugnabilidad, a diferencia de las decisiones que lo nieguen, nada dice la Ley Orgánica 3/2021) deriva de las garantías que, en general, se configuran en las leyes procesales (ante todo, de lo previsto en la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa). Y concluye que «[e]n definitiva, el legislador no ha cerrado el paso a la eventual impugnación judicial de las resoluciones que reconocen el acceso a la prestación, impugnación que podría plantear quien adujera el incumplimiento de las condiciones legales para el reconocimiento administrativo de este derecho –por vicios de voluntad en la solicitud del paciente, por la no concurrencia de los supuestos fácticos que justifican la prestación eutanásica o, entre otras hipótesis

concebibles, a causa de irregularidades invalidantes en el curso del procedimiento– y ostentara legitimación para ello con arreglo al art. 19.1 a) de la citada Ley 29/1998. Ello sin perjuicio de la legitimación institucional que pudiera corresponder al Ministerio Fiscal para la interposición, en especial, del recurso contencioso-administrativo en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona», regulado en la misma Ley 29/1998, y al que se remite la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 3/2021.

Este razonamiento pretende obviar que la Ley Orgánica 3/2021 ha establecido la distinción entre resoluciones estimatorias y denegatorias, al señalar que serán estas últimas las susceptibles de control judicial, por lo que la sentencia viene a privar de significado a la decisión del legislador, evitando deducir de su silencio respecto de las resoluciones estimatorias una exclusión inconstitucional. Como fácilmente se comprueba, lo que en realidad lleva a cabo la sentencia en este punto es una interpretación de conformidad con la Constitución, que comparto, pero que debió reconocerse como tal y llevarse al fallo.

En efecto, si se aplica la lógica de la sentencia, relativa a la necesidad de extremar las garantías del proceso como vía para proteger en este contexto el derecho a la vida, lo deseable hubiera sido eliminar cualquier ambigüedad en este punto, ya fuese declarando la inconstitucionalidad del inciso «que informen desfavorablemente la solicitud de la prestación de ayuda para morir» del art. 10.5 de la Ley Orgánica 3/2021, ya fuese llevando al fallo la interpretación conforme del precepto en el sentido expresado por la sentencia. Con una u otra solución quedaría claro que todas las resoluciones de la comisión, tanto las desestimatorias como las estimatorias, pueden ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, dotando así de certeza al enunciado legal. La sentencia no lo ha hecho así, llevada por una incomprensible deferencia al legislador en un ámbito, el de las garantías necesarias, en el que es exigible la máxima certeza y claridad sobre las reglas aplicables para así evitar que se vulnere el derecho a la vida (art. 15 CE), «derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (SSTC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3, y 32/2003, de 13 de febrero, FJ 7, entre otras).

6. En el mismo fundamento jurídico 7 la sentencia aborda la impugnación referida al párrafo cuarto del art. 18 a) de la Ley Orgánica 3/2021, conforme al cual «[e]n el caso de que la resolución sea favorable a la solicitud de prestación de ayuda para morir, la comisión de garantía y evaluación competente requerirá a la dirección del centro para que en el plazo máximo de siete días naturales facilite la prestación solicitada a través de otro médico del centro o de un equipo externo de profesionales sanitarios».

Los recurrentes sostenían que el precepto establece un plazo extraordinariamente breve (siete días) para la realización de la prestación una vez esta ha sido reconocida por la comisión de garantía y evaluación, lo cual imposibilitaría todo control jurisdiccional de una decisión administrativa de la máxima gravedad e impediría obtener una tutela

efectiva de los derechos que pudieran asistir a terceras personas para impedir la muerte y salvaguardar el derecho a la vida, con infracción de los arts. 24, 53.2 y 106.1 CE.

Para salvar la inconstitucionalidad del precepto, la sentencia impone una interpretación, a partir de «la sistemática interna» de la propia Ley Orgánica 3/2021 y de «su procedimiento de tramitación parlamentaria», en virtud de la cual ese breve plazo de siete días no se refiere a la decisión definitiva del procedimiento ni a su puesta en práctica mediante la «realización de la prestación», sino a la consecuencia que se seguiría de la estimación por la comisión de la reclamación frente a la «denegación» de la solicitud de la prestación por el médico responsable o frente al informe desfavorable del médico consultor, y que no sería el reconocimiento definitivo de la prestación por parte de la comisión, sino la reanudación del procedimiento conforme a los trámites ordinarios previstos en la propia Ley Orgánica, esta vez con la intervención «de otro médico del centro o de un equipo externo de profesionales sanitarios».

De nuevo, si lo que debía analizarse era la precisión de la regulación legal es forzoso concluir que la argumentación de la sentencia suple las imprecisiones del legislador. La sentencia hace una interpretación de conformidad con la Constitución, que comparto, pero que debió reconocerse expresamente como tal en el propio fundamento jurídico 7 y llevarse al fallo, por elementales exigencias de certeza en un ámbito tan sensible como este.

7. En el fundamento jurídico 8 de la sentencia se aborda la cuestión de la regulación de la eutanasia de personas en situación de incapacidad de hecho, respecto de las que la Ley Orgánica 3/2021 dispone que solamente podrá reconocerse el derecho a la prestación de ayuda para morir si el paciente ha suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos (art. 5.2), y si los estrictos términos de dichos documentos así lo admiten (arts. 5.2 y 9).

El problema que se plantea es que el art. 9 de la Ley Orgánica 3/2021, en su dicción literal, señala que «[e]n los casos previstos en el artículo 5.2 el médico responsable está obligado a aplicar lo previsto en las instrucciones previas o documento equivalente», lo que podría interpretarse en el sentido de que el régimen aplicable a estas personas en situación de incapacidad no es el de la Ley Orgánica 3/2021, sino el de las instrucciones previas.

De hecho, los diputados recurrentes objetan la falta de calidad de la ley en este punto, cuestión que la ponencia descarta en el fundamento jurídico 8 C) c), apreciando que la remisión a 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, es suficiente a estos efectos.

A mi juicio, no parece que la mera remisión a lo previsto en el art. 11 de la Ley 41/2002 sea suficiente para disipar las dudas sobre la inconstitucionalidad de la regulación contenida en los arts. 5.2 y 9 de la Ley Orgánica 3/2021, por las razones que indico a continuación.

En primer lugar, conviene advertir que el documento de voluntades anticipadas, también conocido como testamento vital o de instrucciones previas, se rige por lo previsto en el art. 11 de la citada Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre (que lo define como aquel documento mediante el cual una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta su voluntad anticipadamente, para que esta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en las que no le resulte posible expresarlo personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo y órganos vitales), así como por lo establecido en las distintas leyes autonómicas y normas de desarrollo de estas, por tener atribuidas las comunidades autónomas competencias en materia de sanidad, lo que supone la existencia de modelos muy diversos en cuanto al alcance y contenido de este tipo de documentos. Las diferentes regulaciones autonómicas utilizan diversas denominaciones pero todas ellas se refieren a lo mismo: documento de voluntades anticipadas (Cataluña, Baleares, País Vasco, Aragón, Navarra, Comunidad Valenciana y Galicia); declaración de voluntad vital anticipada (Baleares, Andalucía); declaración de voluntades anticipadas (Castilla-La Mancha, Aragón); expresión anticipada de voluntades (Extremadura); documento de instrucciones previas (Asturias, Castilla y León, Madrid, Murcia y La Rioja); o manifestaciones anticipadas de voluntad (Canarias). De este conjunto de normas se infiere que existen, como regla general, dos formas de otorgamiento de estos documentos formalizados por escrito: ante notario o ante testigos, si bien algunas comunidades autónomas permiten una tercera posibilidad, consistente en otorgar el documento de voluntades anticipadas ante el funcionario habilitado del registro autonómico o el funcionario del servicio de salud correspondiente.

Ahora bien, ni el art. 11.1 de la Ley 41/2002, ni ninguna de las leyes autonómicas que regulan la figura del testamento vital o documento de voluntades anticipadas establecen unas garantías suficientes para asegurar que quien toma la decisión de incluir en ese documento una solicitud de eutanasia activa para el caso de que en el futuro concurra una determinada contingencia se encuentra en plenitud de facultades para ello y ha obtenido previamente la información precisa sobre las opciones terapéuticas o paliativas que le puede ofrecer como alternativa el sistema de salud. Y no lo hacen porque ni el art. 11.1 de la Ley 41/2002, ni ninguna de las leyes autonómicas al respecto prevén ningún tipo de actuación que vaya más allá de lo estrictamente asistencial. Es la Ley Orgánica 3/2021 la que suscita el problema, al reconocer el derecho a la prestación de ayuda para morir en los contextos eutanásicos a que se refiere, disponiendo que, en los casos en que se aprecie que existe una incapacidad de hecho, el médico responsable aplicará lo previsto en las instrucciones previas del paciente o documento equivalente.

Además, cuando transcurre mucho tiempo entre el otorgamiento del testamento vital y la concurrencia del supuesto establecido en este documento, tampoco existe ninguna garantía del mantenimiento en firme de tal decisión ni su carácter informado a la luz de la evolución que desde entonces hubiera experimentado la ciencia médica.

Ello hace que esa exigencia de garantías se vea comprometida en el supuesto de la solicitud de prestación de ayuda para morir mediante testamento vital. Es bastante

evidente la diferencia entre la exigencia de la persistencia en la decisión, capacidad y libertad propios del procedimiento común frente a la ausencia de cualquier control previo y *a posteriori* de la decisión plasmada en testamento vital, pues el control previo sobre el carácter consciente, libre y voluntario de la decisión misma de suscribir ese documento no tiene una regulación uniforme y queda diferido a lo que dispongan las regulaciones autonómicas.

La consecuencia es que el control previo es inexistente para el caso de las personas en situación de incapacidad de hecho, pues no hay garantía de que el otorgante haya accedido a información contrastada sobre las circunstancias en las que tuviera planeado solicitar la eutanasia. Además, la decisión podrá producir su efecto con independencia del momento en que se otorgó el testamento vital con lo que puede transcurrir largo tiempo entre ese otorgamiento y la realización efectiva de la prestación de ayuda para morir, sin que pueda en tal caso acudir a ningún mecanismo de ratificación o reafirmación, como es el exigido a quien acude directamente a la administración sanitaria reclamando la ayuda para morir. A la vista de todo lo expuesto, no es difícil concluir en la ausencia de garantías suficientes en la regulación de los presupuestos para el reconocimiento de la prestación de ayuda para morir a quien se encuentre en una situación de «incapacidad de hecho».

Para salir al paso de esta dificultad, la sentencia admite que, «en determinadas circunstancias», podría justificarse una suerte de control diferido por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa en el caso de que el procedimiento previsto en la Ley Orgánica 3/2021 vaya a ponerse en marcha atendiendo a la existencia de un documento de instrucciones previas «que no sea fiel reflejo de una decisión auténtica que el interesado hubiera adoptado en el pleno uso de sus facultades». Con ello, se viene una vez más a introducir una interpretación de conformidad para salvar la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados, que debió reconocerse como tal en este fundamento jurídico 8 y llevarse al fallo.

A esa interpretación (que se elude calificar como de conformidad) añade la sentencia un llamamiento al legislador, a fin de que en la regulación estatal básica de ese documento de instrucciones previas o testamento vital, y la normativa autonómica de desarrollo, se establezcan «garantías adicionales para asegurar la plena capacidad del otorgante, así como que tiene cabal conocimiento de las consecuencias que conlleva el mencionado documento en el régimen normativo de la ley» (de la Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia, se entiende).

Ciertamente, resultaría conveniente, *de lege ferenda*, diseñar un instrumento legal *ad hoc* que proporcionase mayor seguridad jurídica en el caso de la incapacidad de hecho, ya que es evidente que ni el documento al que se refiere la Ley 41/2002, ni los documentos regulados en la legislación autonómica están previstos para la eutanasia activa. Pero es obvio que, a la vista de la actual regulación contenida en los arts. 5.2 y 9 de la Ley Orgánica 3/2021, que es la que ha sido objeto de impugnación ante este tribunal y a cuyo tenor ha de estarse, solo cabría salvar la inconstitucionalidad de esa regulación acudiendo a una interpretación de conformidad como la apuntada en la

sentencia, es decir, concluyendo que no es inconstitucional esa regulación siempre que se entienda que cabe la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa en el caso de que el procedimiento previsto en la Ley Orgánica 3/2021 vaya a ponerse en marcha atendiendo a la existencia de un documento de instrucciones previas acerca del que existan dudas de que refleje fielmente una decisión auténtica, libre, voluntaria y consciente que el interesado hubiera adoptado en el pleno uso de sus facultades. Interpretación de conformidad que, por elementales razones de certeza, debería haberse llevado al fallo de la sentencia.

8. Por otra parte, el art. 9 de la Ley Orgánica 3/2021 lleva por título «Procedimiento a seguir cuando se aprecie que existe una situación de incapacidad de hecho» y si se integra ese título con el contenido material del precepto podría entenderse que el procedimiento a seguir en el supuesto de incapacidad de hecho es el que se determine por lo previsto en las instrucciones previas o documento equivalente, y no el previsto en la norma para los supuestos del art. 5.1 de la propia ley. La sentencia parece ser consciente de ese problema, ya que advierte que la prestación de ayuda para morir ha de llevarse a cabo «con los requisitos y en las condiciones» de la Ley Orgánica 3/2021, pero eso es algo que la ponencia deduce, ya que esta ley no lo dice expresamente. Hubiera bastado con recordarlo así, mediante una interpretación de conformidad con la Constitución. Así debió declararse en este fundamento jurídico 8 de la sentencia, y llevarse al fallo, pero una vez más la sentencia lo evita a costa de la seguridad jurídica.

9. En fin, y en otro orden de consideraciones, no puede dejarse de mencionar el extraño razonamiento que la sentencia emplea para descartar la tacha de inconstitucionalidad que los diputados formulan contra el carácter de ley ordinaria que al art. 16.1 de la Ley Orgánica 3/2021 (que reconoce el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir) atribuye la disposición final tercera de la misma ley.

Afirma la sentencia [FJ 10 C) b)] que el hecho de que la objeción de conciencia a realizar la prestación eutanásica, reconocida en el art. 16.1 de la Ley Orgánica 3/2021, «pudiera llegar a ser invocada en juicio, al amparo del derecho enunciado en el art. 16.1 CE, no supone que sea en sí misma un derecho fundamental para cuyo desarrollo, en los términos del art. 81.1 CE, se exija ley orgánica», como sostienen los recurrentes. No obstante, la sentencia remata su razonamiento añadiendo que la definición de la «objeción de conciencia sanitaria» como derecho individual de los profesionales a no atender aquellas demandas de actuación eutanásica que resulten incompatibles con sus propias convicciones tiene carácter de ley orgánica conforme al art. 3 f) de la propia Ley Orgánica 3/2021.

Curiosamente, la sentencia se limita a dejar constancia de esta contradicción en la que incurre la Ley Orgánica 3/2021, en cuanto al rango normativo del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en relación con la práctica de la prestación de ayuda para morir que dicha ley regula, sin sacar ninguna consecuencia al

respecto. A mi juicio, ello se compadece mal con la función de depuración del ordenamiento jurídico que a este tribunal corresponde en el control de constitucionalidad. Si la sentencia entiende, como así lo afirma, que la objeción de conciencia a realizar la prestación eutanásica, reconocida en el art. 16.1 de la Ley Orgánica 3/2021, no supone que sea en sí misma un derecho fundamental, para cuyo desarrollo se exija ley orgánica, conforme a lo dispuesto en el art. 81.1 CE, entonces no quedaba más opción que declarar en la sentencia el carácter no orgánico del art. 3 f) de la Ley Orgánica 3/2021 (por todas, SSTC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 21, y 124/2003, de 19 de junio, FFJJ 11 y 13).

Y en este sentido emito mi voto particular.

Madrid, a treinta de marzo de dos mil veintitrés.–Enrique Arnaldo Alcubilla.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formula la Magistrada D.ª Concepción Espejel Jorquera

Con el máximo respeto a la opinión de mis compañeros magistrados formulo voto particular a la sentencia dictada en recurso de inconstitucionalidad 4057-2021 sobre la base de las consideraciones que expuse en la deliberación de la misma y que reitero a continuación.

1. En primer lugar, discrepo del planteamiento de la sentencia, que configura como derecho fundamental derivado de los arts. 15 y 10.1 CE, el que denomina «derecho de autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos», estableciendo una correlativa obligación de regulación por parte del legislador.

En el fundamento jurídico 2 a), bajo la rúbrica «Alcance del control de constitucionalidad» la sentencia recoge la doctrina del Tribunal Constitucional sentada, entre otras, en la STC 11/1981, de 8 de abril. En la misma, FJ 7, se afirmó que «[l]a Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo», siempre que no la contradigan.

De ello se colige, y así lo recuerda la propia sentencia de la que discrepo, el alcance del enjuiciamiento que corresponde al Tribunal Constitucional: «La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo».

Igualmente recuerda el Tribunal que «el legislador no ejecuta la Constitución, sino que crea Derecho con libertad dentro del marco que esta ofrece» (STC 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3). Reitera también que «en el juicio a la ley, este tribunal no ha de hacer las veces de propio legislador, constriñendo su libertad de disposición allí donde la Constitución no lo haga de manera inequívoca» [STC 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 3 c). con cita de la STC 191/2016, de 15 de noviembre, FJ 3, sobre la base de lo ya dicho en la STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 8].

También viene señalando este tribunal que «la reversibilidad de las decisiones normativas es inherente a la idea de democracia» (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 6) y que «esta noción, consustancial al principio democrático, otorga al legislador un margen de configuración plenamente legítimo, amplio pero no ilimitado» [STC 233/2015, de 5 de noviembre, FJ 2 d)], pues está supeditado a la Constitución. También en STC 224/2012, de 29 de noviembre, FJ 11.

Sin embargo, la sentencia de la que disiento desborda los límites de enjuiciamiento del Tribunal Constitucional precedentemente expuestos y, en vez de limitarse a analizar

si la opción legislativa se acomoda o no a la Constitución, consagra la eutanasia como derecho fundamental.

El discurso se inicia en el fundamento jurídico 4. «Contexto normativo y jurisprudencial de la Ley Orgánica 3/2021» en el que se comienza señalando que el «derecho de prestación de ayuda para morir» configurado por el legislador ha de ser considerado «teniendo en cuenta la evolución cultural, moral y jurídica que se ha producido en las últimas décadas en nuestra sociedad y en las de nuestro entorno», extremo este último que, como luego expondré, no se detalla en la sentencia, que no recoge el derecho comparado ni la evolución de la jurisprudencia constitucional en otros países. Seguidamente ya se apunta que en el juicio de constitucionalidad de una ley como la que es objeto de impugnación «se debe comprobar si la Constitución, como marco de encuentro de opciones político-legislativas legítimamente heterogéneas, responde y ofrece cobertura a nuevos derechos».

Tras exponer, en el mismo fundamento jurídico 4, el derecho español y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y analizar en el fundamento jurídico 5 el objeto y contenido de la Ley Orgánica 3/2021, en el fundamento jurídico 6 se introducen una serie de razonamientos que llevan al reconocimiento como derecho fundamental del derecho de autodeterminación de la propia muerte en contextos eutanásicos, de los que respetuosamente discrepo.

El citado fundamento jurídico 6, en su apartado C) b), «Alcance del derecho fundamental a la vida», en el inciso (vi), después de aludir a la admisibilidad constitucional de la facultad de autodeterminación de un paciente que rechaza tratamientos salvadores, solicita la retirada del soporte vital o requiere cuidados paliativos terminales, con el consiguiente adelantamiento de la muerte que estas decisiones implican, ya en el ámbito de los supuestos de eutanasia ahora examinados, señala que «[t]ambién en este ámbito la decisión libre y consciente de morir de quien se halla en situaciones de sufrimiento personal extremo, provocadas por enfermedades graves incurables o profundamente incapacitantes, presenta una dimensión iusfundamental y de apertura a la disponibilidad de la vida».

De modo especifico, el referido fundamento jurídico 6 en su apartado C) d) «El derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos», señala que el fundamento constitucional de la eutanasia activa directa, cuya carencia invocan los recurrentes, se encuentra «en los derechos fundamentales a la integridad física y moral –integridad personal, en definitiva– del art. 15 CE que, en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE, amparan el derecho de la persona a la autodeterminación respecto de su propia muerte en contextos eutanásicos, derecho que delimita externamente el ámbito de aplicación del derecho fundamental a la vida y que resulta amparado en la Constitución».

A continuación, en dicho apartado C) d), después de exponer en el inciso (i) la doctrina de este tribunal relativa al consentimiento informado y al rechazo a someterse a tratamientos médicos o sanitarios, aun cuando esa decisión, tomada en uso de su autonomía de la voluntad, pudiera conducir a un resultado fatal, en su apartado (ii), se

argumenta que, en «situaciones trágicas de sufrimiento personal extremo provocadas por enfermedades graves incurables o profundamente incapacitantes […] ya no cabe afirmar que estemos ante una conducta genérica de disposición de la propia vida realizada en ejercicio de una mera libertad fáctica, esto es, en una suerte de ámbito libre de Derecho (SSTC 120/1990, FJ 7; 137/1990, FJ 5, y 11/1991, FJ 2), sino ante una de las decisiones vitales –por más que extrema y fatal– de autodeterminación de la persona protegida por los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Este derecho de autodeterminación garantiza a la persona inmersa en un contexto de sufrimiento extremo como el aquí considerado un espacio de autonomía individual para trazar y llevar a término un proyecto de fin de vida acorde con su dignidad, de acuerdo con sus propias concepciones y valoraciones acerca del sentido de su existencia. Se trata de un ámbito de autonomía que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución».

Seguidamente, en el inciso (iii) del mismo apartado, se añade: «Este derecho de autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos incluye también el derecho de la persona a recabar y usar la asistencia de terceros que sea necesaria para llevar a la práctica la decisión de manera compatible con su dignidad y con su integridad personal».

En este punto la sentencia enlaza con el correlativo deber del Estado para asegurar el acceso a lo que la Ley contempla como prestación de ayuda para morir, en los siguientes términos:

«De ello se sigue que la Constitución demanda a los poderes públicos –en primer término, al legislador– permitir la ayuda por parte de terceros a la muerte de la persona capaz que así lo decide, libre y conscientemente, en el tipo de situaciones extremas a las que se refiere nuestro enjuiciamiento y de habilitar las vías necesarias para ello.»

Es cierto que a continuación en la sentencia se añade: «Sin que de ello se derive necesariamente un deber prestacional del Estado»; pero inmediatamente después se indica: «lo que este no puede hacer es eludir su responsabilidad en esta materia, como sucedería si pretendiese permanecer ajeno –mediante la prohibición o la ausencia de regulación– a la específica problemática de quien precisa la ayuda de terceros para ejercer de modo efectivo su derecho en este tipo de situaciones, pues ello podría abocar a la persona a una muerte degradante, y en todo caso haría depender a cada sujeto, a la hora de decidir sobre su propia muerte y llevarla a cabo, de sus específicos y personales condicionantes físicos, sociales, económicos y familiares, resultados ambos incompatibles con los arts. 10.1 y 15 CE. Como a continuación se indicará, este deber público de dotar de eficacia al derecho de autodeterminación no conlleva, sin embargo, una exigencia constitucional de permisión total e indiscriminada de la ayuda de terceros a la muerte libre y conscientemente decidida por persona capaz inmersa en un contexto eutanásico».

Desde mi punto de vista, el párrafo citado en último lugar adolece de inconcreción, incluso puede parecer contradictorio en sus diversos incisos y no pretende sino intentar evitar el reconocimiento del establecimiento de un deber prestacional del Estado, que es lo que claramente se hace en la Ley y lo que también resulta de la declaración de un «deber público de dotar de eficacia al derecho de autodeterminación».

En esa línea, al final del apartado C) del fundamento jurídico 6, tras reiterar que «la decisión de poner fin a la propia vida, adoptada libre y conscientemente por quien, estando en pleno uso de sus facultades mentales, se encuentra inmerso en una situación de sufrimiento extremo por causas médicas especialmente graves, irreversibles y objetivamente contrastables, es una de las decisiones vitales amparadas por el derecho de autodeterminación de la persona que deriva de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con el reconocimiento de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)», se añade: «Este derecho de autodeterminación conlleva la obligación del Estado de habilitar las vías legales necesarias para permitir la ayuda de terceros que sea precisa para que la persona inmersa en una de las situaciones trágicas a las que se refiere nuestro enjuiciamiento pueda ejercer su derecho a decidir sobre su propia muerte en condiciones de libertad y dignidad».

A continuación, el fundamento jurídico 6 D), «Sobre la alegada inconstitucionalidad del modelo regulatorio plasmado en la Ley Orgánica Impugnada», vuelve a reiterar el alcance del control constitucional, en los mismos términos que en el FJ 2; indicando: «No nos corresponde, por lo tanto, analizar si pudieran existir otros sistemas más eficaces de protección de la vida». Sin embargo, inmediatamente después añade, entre paréntesis, lo siguiente: «que, por lo demás, incidirían de forma mayor en el derecho fundamental a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, incidencia que sí habría de medirse a la luz del principio de proporcionalidad entendido como prohibición del exceso».

El referido añadido corrobora que la sentencia, no solo analiza si la opción legislativa impugnada es conforme a la Constitución, sino que se decanta por la misma, como la única posible para garantizar lo que reiteradamente califica como «derecho fundamental a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos», tesis que no comparto.

En la misma línea, continúa el epígrafe b) del apartado D), «Deberes de protección del Estado en este contexto», iniciando el inciso (i) con el siguiente tenor: «Ante todo es preciso aclarar que, en este contexto, la Constitución impone exigencias de protección frente a terceros no solo respecto de la vida como derecho fundamental y como bien constitucional objetivo –única perspectiva a la que alude la demanda–, sino también respecto del derecho fundamental a la autodeterminación de la propia muerte en situaciones eutanásicas».

Después, en el mismo apartado b), relativo a los deberes de protección del Estado en este contexto, la sentencia establece: «Igualmente, conviene destacar que la existencia de una voluntad auténticamente propia, libre y consciente de una persona

capaz es el elemento que marca la frontera entre el ámbito de protección del derecho fundamental a la vida y el derecho fundamental a la autodeterminación respecto de la propia muerte en situaciones eutanásicas».

De la mencionada expresión, de las anteriormente reseñadas y de otras muchas contenidas a lo largo de los distintos fundamentos de la sentencia resulta, sin lugar a dudas, la creación de un derecho fundamental a la autodeterminación respecto de la propia muerte, derecho no contemplado en la Constitución y que en la sentencia se pondera al mismo nivel que el derecho troncal a la vida, minusvalorando la doctrina de este tribunal, que la propia sentencia cita en el apartado C) epígrafe b) del fundamento jurídico 6, que declara que la vida humana no solo es el objeto del derecho fundamental enunciado en el artículo 15 CE, sino condición necesaria para el ejercicio del resto de los derechos, lo que la sitúa como *prius* de la persona y de todas sus manifestaciones.

Así, el Tribunal, en lugar de limitarse a analizar si la regulación impugnada se adecua a la Constitución, construye un discurso, del que discrepo, que reiteradamente declara la existencia de un derecho de la persona a la autodeterminación respecto de su propia muerte en contextos eutanásicos que, en mi opinión, no encuentra fundamento, a diferencia de lo afirmado en la ponencia, en la Constitución.

De este modo, la sentencia desborda el control de constitucionalidad que debería efectuar en los términos recogidos en las SSTC 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 3, y 191/2016, de 15 de noviembre, FJ 3, entre otras, citadas en la STC 112/2021, de 13 de mayo; impone una rigidez normativa que excluye otras opciones legítimas del legislador, constriñéndolo al excluir la reversibilidad de las decisiones normativas, inherente a la idea de democracia, proclamada, entre otras, en SSTC 31/2010, de 28 de junio, FJ 6, y 224/2012, de 29 de noviembre, FJ 11. Finalmente, soslaya que la vía para la creación de derechos fundamentales *ex novo* sería la reforma constitucional, con relación a todo lo cual formulo mi voto particular.

2. Por otro lado, no comparto la argumentación que, partiendo del «Contexto normativo y jurisprudencial de la Ley Orgánica 3/2021» que se inicia en el fundamento jurídico 4, acaba llegando a la conclusión de la existencia de un derecho fundamental a la autodeterminación en relación con la propia muerte en contextos eutanásicos.

a) En el fundamento jurídico 4 «Contexto normativo y jurisprudencial de la Ley Orgánica 3/2021», se comienza señalando que «El "derecho de prestación de ayuda para morir" configurado por el legislador para personas que lo demandan en contextos eutanásicos ha de ser considerado teniendo en cuenta la evolución cultural, moral y jurídica que se ha producido en las últimas décadas en nuestra sociedad y en las de nuestro entorno. Se trata de una evolución que ha afectado a los valores asociados a la persona, a su existencia y a su capacidad de decidir en libertad sobre su vida, sobre su salud y sobre el final de su existencia, y que a partir de ciertas ideas fuerza como la de autonomía del paciente y el consentimiento informado ha propiciado una ampliación de los contenidos del derecho fundamental a la integridad física y moral y de los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad. En el juicio sobre la

constitucionalidad de una ley como la que es ahora objeto de impugnación se debe comprobar si la Constitución, como marco de encuentro de opciones político-legislativas legítimamente heterogéneas, responde y ofrece cobertura a nuevos derechos».

Después de dicho planteamiento inicial, del que disiento, en el referido fundamento jurídico 4, apartado a), la sentencia pasa directamente a analizar el Derecho español; omitiendo consideraciones esenciales que debieron ser punto de partida del análisis a efectuar.

No hace mención alguna a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos:

La Declaración universal de los derechos humanos de Naciones Unidas, declara en su artículo 3: «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona» y en su artículo 30 dispone: «Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración».

Por su parte, el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, tras declarar en su artículo 2 que el derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley y que nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en los supuestos que el propio Convenio establece, también dispone, en su artículo 17: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo». Seguidamente, su artículo 18 establece: «Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas».

La sentencia reconoce el derecho a la autodeterminación de la propia muerte en contextos eutanásicos partiendo inicialmente de la consideración de «la evolución cultural, moral y jurídica que se ha producido en las últimas décadas en nuestra sociedad y en las de nuestro entorno».

Sin embargo, luego omite también cualquier referencia al Derecho comparado, que pudiera sustentar dicha pretendida evolución en países de nuestro entorno.

Silencia así una realidad evidente, a saber, que la opción normativa mayoritaria es la prohibición del suicidio asistido y de la eutanasia.

Se ha optado por el modelo de regulación expresa en varios estados de los Estados Unidos, Canadá, el estado australiano de Victoria y Nueva Zelanda.

En países de nuestro entorno jurídico más próximo, integrados en el Consejo de Europa, solo en Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo se ha reconocido la eutanasia.

En otros Estados, como Suiza o Alemania, se ha optado únicamente por la despenalización, sin regulación legal del suicidio asistido.

El CEDH otorga a los países firmantes un amplio margen de decisión en la materia precisamente porque no hay consenso al respecto entre los cuarenta y seis Estados, siendo claramente minoritarios los que han optado por una regulación permisiva de la eutanasia.

Tampoco se recoge en la sentencia cita jurisprudencial alguna de los tribunales constitucionales de nuestro entorno, los cuales, en su mayor parte, no se han pronunciado, lo han hecho en favor de la constitucionalidad de preceptos penales sancionadores de las conductas de ayuda al suicidio, denegando el derecho al suicidio asistido de pacientes terminales, o declarando la inconstitucionalidad de leyes reguladoras de la eutanasia. Así lo ha hecho en dos ocasiones el Tribunal Constitucional portugués en sus sentencias 123/2021, de 15 de marzo, y 5/2023, de 30 de enero, en las que ha declarado la inconstitucionalidad de las normas sometidas a control previo de constitucionalidad, impidiendo su entrada en vigor (Decreto 109/XIV de la Asamblea de la República y Decreto 23/XV de la Asamblea de la República), inconstitucionalidad que se ha declarado precisamente por falta de precisión normativa en la definición de los supuestos que habilitaban la anticipación de la muerte, pronunciamientos relativos a términos que no son sustancialmente diversos de algunos de los contemplados en la Ley que ahora se somete a nuestro enjuiciamiento.

De modo que, aun cuando el Derecho comparado o las resoluciones de otros tribunales constitucionales no sean determinantes de nuestro pronunciamiento, de ningún modo cabe compartir la tesis recogida en la sentencia de que se ha producido en los países de nuestro entorno una evolución cultural, moral y, menos aún, jurídica en favor de la capacidad de decidir sobre el final de la propia vida que se pueda tomar como base para ofrecer cobertura a nuevos derechos fundamentales.

b) Discrepo también del tratamiento que en la sentencia se efectúa de los precedentes jurisprudenciales del propio Tribunal recogidos en el inciso (iii) del apartado b) del epígrafe C) del fundamento jurídico 6.

Considero respetuosamente que se efectúa una lectura parcial de las SSTC 53/1985, de 11 de abril; 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio; 11/1991, de 17 de enero, y 154/2002, de 18 de julio.

A mi juicio, las mencionadas sentencias, íntegramente analizadas, llevan a una conclusión contraria a la alcanzada en la sentencia, ya que en las mismas se declara expresamente la inexistencia de un derecho subjetivo de carácter fundamental a la propia muerte.

La sentencia de la que discrepo, en su fundamento jurídico 6 B) b), indica que se han de tomar en consideración los pronunciamientos del Tribunal, pero pone de relieve que hace treinta y ocho años que se dictó la primera de las sentencias, matización que podría dar a entender que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de los años

ochenta habría perdido validez, planteamiento que no puedo compartir. A continuación, omite consideraciones esenciales contenidas en dichas sentencias; aludiendo a la diversidad de los supuestos de hecho resueltos en las mismas.

Si bien, como no puede ser de otra manera, las citas de nuestra jurisprudencia han de atender a las circunstancias que en cada caso se plantean, no cabe olvidar que las mismas contienen pronunciamientos que no se pueden soslayar o eludir aunque se hayan pronunciado para resolver otras cuestiones jurídicas.

Así, aunque es cierto que el Tribunal Constitucional respaldó la decisión entonces impugnada respecto de quienes se encontraban internos en centros penitenciarios y arriesgaban su vida para condicionar el ejercicio de potestades de la administración, distinguiendo expresamente esa situación de la «decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que solo a él afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad» (SSTC 120/1990, FJ 7, y 137/1990, FJ 5), no es menos cierto que no cabe ignorar que la misma sentencia citada afirmó que «[t]iene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquella fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho».

Dejando de lado el claro tenor de las SSTC 120/1990, 137/1990 y 11/1991, la sentencia introduce un giro trascendental en la argumentación y señala que, en contextos eutanásicos «ya no cabe afirmar que estemos ante una conducta genérica de disposición de la propia vida realizada en ejercicio de una mera libertad fáctica, esto es, en una suerte de ámbito libre de Derecho (SSTC 120/1990, FJ 7; 137/1990, FJ 5, y 11/1991, FJ 2), sino ante una de las decisiones vitales –por más que extrema y fatal– de autodeterminación de la persona protegida por los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)».

En este punto la resolución de la que discrepo enlaza con el derecho de autodeterminación, sosteniendo que garantiza a la persona inmersa en un contexto de sufrimiento extremo «un espacio de autonomía individual para trazar y llevar a término un proyecto de fin de vida acorde con su dignidad, de acuerdo con sus propias concepciones y valoraciones acerca del sentido de su existencia». Añade, seguidamente, que «[s]e trata de un ámbito de autonomía que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros

derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución». A continuación, afirma el fundamento constitucional de ese específico derecho de autodeterminación y declara aplicable al mismo la doctrina relativa a la información previa y al consentimiento informado como mecanismos de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente.

No comparto dicho planteamiento que, sin razonarlo debidamente y sin declararlo expresamente, acaba descartando la doctrina recogida en los precedentes que cita y la sustituye por otra totalmente diversa, carente de refrendo jurisprudencial, para llegar a la creación de un nuevo derecho fundamental no contemplado en la Constitución.

c) También discrepo de las consideraciones que se contienen en el apartado b) del fundamento jurídico 4 «Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», la cual, desde mi punto de vista, lleva a conclusiones distintas a las alcanzadas en la sentencia.

La sentencia parte, en su fundamento jurídico 6 B) b), de que el enjuiciamiento ha de recurrir a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la materia, que la propia sentencia sintetiza [FJ 4 b)].

Sin embargo, la forma en la que la sentencia acoge los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esta materia no es, en mi opinión, la más correcta, ya que de la misma no se extrae lo que denomina, en el inciso (ii) eje de su doctrina, esto es que el derecho al respeto de la vida privada comprende el derecho a decidir cómo y cuándo poner fin a la propia vida, siempre que la persona sea capaz de decidir libremente sobre esta cuestión y actuar en consecuencia.

En primer lugar, no se puede perder de vista que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no analiza en abstracto las legislaciones de los Estados, sino que su enjuiciamiento siempre se ciñe a las circunstancias concretas de un caso y a las obligaciones de los Estados en relación al derecho afectado del Convenio. Por ello, cualquier traslación de lo dicho por aquel Tribunal debe ser cuidadosamente matizado para aplicarlo al control abstracto de constitucionalidad de una ley, como es ahora el caso.

No cabe olvidar tampoco que la Constitución no recoge el derecho a la vida privada con el significado y alcance del Convenio. No existe en nuestra Constitución un derecho fundamental equiparable en su totalidad a la diversidad de derechos comprendidos en el artículo 8 del Convenio. Solo esta circunstancia debería provocar una especial mesura a la hora de trasladar principios jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación al artículo 8 a nuestra jurisprudencia constitucional.

Además, es necesario matizar que ninguna de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos citadas por la sentencia consideró vulnerado el artículo 8 del CEDH en su aspecto sustantivo.

En el asunto *Pretty c. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no apreció violación del citado artículo 8.

En la sentencia *Koch c. Alemania*, la violación del artículo 8 se refiere a su aspecto procesal por falta de respuesta judicial a unas alegaciones del recurrente, pero no se aprecia violación del artículo 8 sustantivo, sino una infracción de carácter procesal.

Por su parte, la sentencia *Gross c. Suiza*, a mi juicio no debería ser citada. Se trata de un caso en el que la Gran Sala estimó que la conducta del demandante constituyó un abuso del derecho de demanda y, por tal motivo, declaró inadmisible la demanda en aplicación del art. 35, § 3 (a) del Convenio.

El asunto *Lambert y otros c. Francia* no trata del artículo 8 como alegación independiente.

En el asunto *Mortier c. Bélgica* no se aprecia violación del artículo 8.

Es cierto que en el asunto *Hass c. Suiza* se dijo que «el derecho de un individuo a decidir por qué medios y en qué momento terminará su vida, siempre que esté en condiciones de pronunciarse libremente sobre esta cuestión y de actuar en consecuencia, constituye uno de los aspectos del derecho al respeto de la vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio». Sin embargo, dicha sentencia tampoco apreció violación del artículo 8 y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que, «aun suponiendo que los Estados tengan la obligación positiva de adoptar medidas para facilitar el acto del suicidio digno», las autoridades suizas no incumplieron esa obligación en el asunto analizado.

En cualquier caso, lo señalado en esta última sentencia es muy diferente a lo afirmado por la sentencia de la que discrepo, al invertir los términos de manera categórica.

Reitero que, al margen de que, el contenido del artículo 8 del Convenio tiene un alcance muy diverso del contenido de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución a los que puede afectar la regulación impugnada, lo cierto es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha condenado a ningún Estado por no regular un proceso de eutanasia de una manera concreta.

Como he apuntado precedentemente, no se ha exigido esta regulación porque no hay consenso entre los cuarenta y seis países y por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el tema ahora abordado, mantiene que existe un amplio margen de apreciación de los Estados a la hora de regular la eutanasia.

En mi opinión, la sentencia de la que disiento está utilizando en apoyo de la tesis que sustenta una jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siempre referida al caso y circunstancias concretas, para extraer de ella unos supuestos principios generales que eleva a categoría, cuando solo se ha analizado una específica circunstancia en un caso concreto bajo la luz, además, de la legislación nacional de un Estado parte del Convenio.

Una cosa es la ausencia de constricción estatal en decisiones sobre el final de la vida y otra el establecimiento de un derecho fundamental a morir, el cual, no solo no se establece, sino que es rechazado en las sentencias expuestas.

En síntesis, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el derecho a la eutanasia no dimana del Convenio, lo que no quiere decir que su regulación en un Estado con las debidas garantías sea contraria al mismo.

En este mismo sentido, deberíamos haber concluido en la sentencia de la que discrepo que el derecho a la eutanasia no está previsto en nuestra Constitución. Lo que no tacha, *per se*, de inconstitucionalidad una opción legislativa que regule tal derecho con las debidas garantías establecidas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este derecho.

En realidad, la regulación de la eutanasia sería una excepción al deber estatal de protección de la vida (art. 15 CE), que es como se contempla en la mayoría de los países de nuestro entorno.

El Tribunal Constitucional en la sentencia de la que discrepo, creando un derecho fundamental de autodeterminación de la propia muerte, está yendo más allá que lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho hasta ahora, precisamente porque lo que hasta ahora ha afirmado es que los Estados disponen de un amplio margen de apreciación.

Además, como después expondré, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos citada en la sentencia, rectamente interpretada, a mi juicio, llevaría a declarar la inconstitucionalidad de la regulación de la eutanasia en el supuesto de personas que no tienen capacidad para prestar un consentimiento actualizado.

3. No comparto el encaje constitucional que en la sentencia se efectúa del denominado derecho fundamental a la autodeterminación en relación con la propia muerte en contextos eutanásicos a partir de la doctrina relativa al consentimiento informado.

De acuerdo con la STC 37/2011, FJ 5, «el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que este supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas».

El artículo 15 CE requiere el consentimiento informado en los tratamientos médicos, por lo que el mismo es necesario para la prestación de la eutanasia, pero dicho precepto no engloba, en mi opinión, un derecho a la autodeterminación autónomo respecto de su propia muerte en contextos eutanásicos, como sostiene la sentencia.

Por otro lado, el art. 10.1 CE contiene criterios de interpretación de las normas constitucionales y legales y puede ser un límite del legislador, pero no estimo que sea fuente de nuevos derechos fundamentales no contemplados en la Constitución, como es el caso del denominado derecho de autodeterminación de la propia muerte en contextos eutanásicos.

Considero que, en vez de construir un pretendido derecho fundamental a la autodeterminación en relación con la propia muerte en contextos eutanásicos, con base en la regulación y la doctrina relativas al consentimiento informado y a la autonomía del paciente, cuya normativa y jurisprudencia se refieren a un contexto claramente diverso, a saber, la necesidad de consentimiento para tratamientos médicos, aunque de los mismos pudiera depender la propia vida, la negativa al mantenimiento del esfuerzo terapéutico o incluso la solicitud de sedación paliativa (supuestos distintos de los de acciones directas para poner de inmediato fin a la vida mediante intervención de terceros, en las modalidades contempladas en la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia), la sentencia debería haber analizado si la opción legislativa por la que se decanta la Ley Orgánica 3/2021 se ajusta a la Constitución al regular en contextos eutanásicos una excepción al deber de protección del derecho a la vida por parte del Estado; comprobando si las garantías que en la norma se contemplan se ajustan a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en la misma se cita y al canon de proporcionalidad por defecto al que la propia sentencia hace referencia.

4. Discrepo en parte de los razonamientos por los cuales la sentencia descarta las alegaciones de falta de calidad de la ley (en términos de la demanda) por inconcreciones e imprecisiones terminológicas en puntos relevantes que afectan a los deberes de protección de la vida por parte del Estado e insuficiencia de garantías, las cuales, considero, deberían haber dado lugar, al menos, a interpretaciones conformes llevadas al fallo o incluso podrían llevar a estimar que la norma no respeta el canon de proporcionalidad por defecto que la propia sentencia contempla, por inexistencia o insuficiente protección del derecho a la vida.

Al examinar las situaciones que en la norma se contemplan para definir el contexto eutanásico, la sentencia descarta el riesgo de absoluta indeterminación y concluye que las definiciones contenidas en el art. 3 b) LORE son compatibles con la seguridad jurídica, razonando que «[a]l legislador no le es exigible mayor precisión, pues existen instrumentos interpretativos suficientes para evitar la generación de inseguridad jurídica en la aplicación de la norma» y seguidamente, añade: «teniendo en cuenta que la propia LORE ha previsto que la concurrencia de la situación prevista en su art. 3 b) deba ser constatada, en todo caso, por al menos dos facultativos distintos e independientes entre sí, además de por un órgano administrativo colegiado compuesto por profesionales de la medicina y del Derecho (la comisión de garantía y evaluación), cautelas procedimentales que permiten compensar los márgenes de indefinición que pudiera presentar la norma en su aplicación a supuestos concretos».

De ello se infiere que la propia sentencia está reconociendo la existencia de «márgenes de indefinición», los cuales afectan nada menos que a las condiciones

esenciales exigidas para solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir, y afirma contundentemente que tales márgenes de indefinición pueden ser compensados mediante las cautelas procedimentales a las que alude, que son las contenidas en los arts. 8 y 10 de la Ley.

El referido argumento, desde mi punto de vista, llevaría a una conclusión distinta de la sostenida en la sentencia, dado que, frente a lo argumentado en la misma, el sistema de garantías previsto en los referenciados preceptos contiene indefiniciones y carencias que hacen, al menos, discutible que el mismo sirva para compensar lo que la propia sentencia denomina «márgenes de indefinición que pudiera presentar la norma en su aplicación a supuestos concretos».

La regulación legal contiene múltiples omisiones e imprecisiones.

En concreto, sobre el procedimiento de designación del médico responsable y del médico consultor, en relación con el cual solo se exige que no pertenezca al equipo del médico responsable, lo que, a mi juicio no garantiza suficientemente su independencia e imparcialidad.

No se especifica la cualificación profesional de los facultativos; siendo especialmente significativo que no se contemple la exigencia de un especialista en psiquiatría, máxime cuando en la descripción de los supuestos que permiten el acceso a la prestación se incluyen sufrimientos físicos y psíquicos. Tampoco se prevé la intervención de estos especialistas en supuestos en que el paciente no esté en pleno uso de sus facultades ni pueda prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente.

Igualmente adolece de imprecisión la regulación de la comisión de garantía y evaluación. No se establecen la forma de elección de sus miembros, la proporción entre personal sanitario en sus dos categorías (médico y de enfermería) y jurídico, la cualificación del personal sanitario y de los juristas y no se concreta si han de prestar servicio en el sector público, en el privado o en cualquiera de ellos.

La intervención de la comisión de garantía y evaluación, que tiene asignada una función de control, se ve devaluada atendido que la misma, como regla general, no actúa colegiadamente, sino que, en principio, basta con que la verificación la efectúen solo dos de sus miembros, cuyo informe, de ser favorable, «servirá de resolución a los efectos de la realización de la prestación». Solo si es desfavorable y hay reclamación intervendría la comisión, con un quórum que no se explicita. Ello supone una merma de las garantías inherentes a la colegialidad. Además, de los dos miembros citados, uno ha de ser médico y el otro jurista, lo que significa que, en sus respectivas áreas de conocimiento, realmente solo intervenga como técnico uno de ellos; en esta situación, no se produce contraste de pareceres entre expertos en la misma materia.

De otro lado, la entrevista de los miembros de la comisión con el paciente se contempla exclusivamente como facultativa.

Finalmente, la norma omite la regulación de diversas actuaciones, remitiéndose a los criterios que se fijen en los protocolos correspondientes. Ello ocurre incluso respecto

de la realización de la prestación de ayuda para morir, en relación con la cual solo se establece que deberá hacerse con el máximo cuidado y profesionalidad por parte de los profesionales sanitarios, con aplicación de los protocolos correspondientes, que contendrán, además, criterios en cuanto a la forma y tiempo de realización de la prestación.

La importancia de la materia exigiría una mayor precisión.

Los márgenes de inconcreción que la propia sentencia reconoce, unidos a las deficiencias de las garantías expuestas, a mi juicio, nos llevan más allá de un mero problema de corrección técnica de la norma, ajeno al enjuiciamiento del Tribunal, y nos sitúan en los aspectos mencionados ante una insuficiencia de garantías que afecta al juicio de proporcionalidad.

5. Discrepo también de la solución que se da en la sentencia a las alegaciones de la parte recurrente relativas a la falta de disponibilidad efectiva de los cuidados paliativos, de la que infiere la insuficiente protección del derecho a la vida.

Con independencia de que el paciente, por su situación extrema, puede no estar en condiciones óptimas para el ejercicio de su autonomía individual, no cabe ignorar que, al menos en muchos casos, el mismo únicamente aspira a superar el trance en que se encuentra y no sentir que es una carga insoportable para los demás y para él mismo.

En el supuesto de que existiera la posibilidad real de librarse del sufrimiento por otros medios, desaparecía la muerte como única opción, lo que excluiría el principio de necesidad en el juicio de proporcionalidad.

Si no se asegura al enfermo una asistencia socio-sanitaria integral efectiva, con unos cuidados que le permitan seguir viviendo sin dolor y se ofrece la eutanasia como una opción que puede ser percibida como más eficaz o incluso única salida a la situación en que se encuentra, la sensación de inutilidad, de ser una carga familiar y social, en definitiva, de carecer de «valor vital», puede determinar que se opte sin genuina libertad por la eutanasia.

Como se ha afirmado respecto a otros derechos fundamentales, la presión sobre el paciente terminal puede producir un «efecto desaliento» en el ejercicio de su derecho a la vida.

Llama la atención que la norma, que se limita a declarar la disponibilidad de cuidados paliativos integrales, en su disposición adicional séptima, bajo la rúbrica «Formación», tras señalar que «[l]as administraciones sanitarias competentes habilitarán los mecanismos oportunos para dar la máxima difusión a la presente ley entre los profesionales sanitarios y la ciudadanía en general», añada: «así como para promover entre la misma la realización del documento de instrucciones previas».

No cabe olvidar que, ante la limitación de recursos públicos, acudir a la eutanasia en vez de a tratamientos paliativos, más costosos, puede erigirse con el tiempo en factor de presión a favor de la primera, tanto por la falta de recursos para sufragar tratamientos a enfermos terminales, como por la influencia que ese sobrecoste pueda tener sobre la

decisión del paciente a la hora de decidir en condiciones extremadamente duras sobre uno u otro tratamiento. Como efecto reflejo de escasez de recursos públicos, se añade un elemento más de discriminación en perjuicio de aquellos que no dispongan de recursos propios, materiales y personales, para transitar en mejores condiciones en esa fase terminal de la vida.

Por ello, considero que no se da en la sentencia la relevancia necesaria a la falta de garantía de la efectiva disponibilidad de cuidados paliativos integrales.

La resolución considera como derecho fundamental lo que denomina «derecho de autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos», pero no contempla al mismo nivel un derecho fundamental a los cuidados paliativos, ni exige una garantía suficiente de la efectiva disponibilidad de los mismos.

Reconoce la sentencia que «[c]uidados paliativos integrales y eutanasia activa directa son, en definitiva, mecanismos que desde una perspectiva constitucional y en contextos eutanásicos presentan entre sí una relación no de subsidiariedad, sino de complementariedad o alternatividad».

Admite, de otro lado, que «la libre decisión del paciente pudiera cuestionarse si la persona afectada no contase con la opción, real y efectiva, de acceder a cuidados paliativos, pues ello podría afectar a la formación de su voluntad».

Reconoce también que cabe «la eventualidad de que el sujeto pueda verse incentivado a solicitar una ayuda para morir que acaso no habría recabado si su sufrimiento hubiese sido mitigado mediante la ayuda paliativa».

Afirma incluso que, para verificar el carácter libre de la decisión del paciente, los aplicadores de la norma deban tener en cuenta, entre otros elementos, la efectiva puesta a disposición de los cuidados paliativos que fueran precisos en el caso concreto de acuerdo con el estado de conocimiento de la medicina.

Sin embargo, la sentencia desestima la queja; limitándose a declarar que la ley prevé la disponibilidad de cuidados paliativos «integrales» [arts. 5.1 b) y 8.1] y una prestación de necesaria disponibilidad en este contexto (art. 43.2 CE) y razonando después que la ordenación concreta de la materia no es objeto de la Ley y que se contempla en la normativa del Sistema Nacional de Salud a la que el art. 5.1 b) LORE se remite, además de en la legislación complementaria de varias comunidades autónomas.

Es de destacar que la información sobre los cuidados paliativos integrales y sobre las prestaciones a las que el paciente pueda tener derecho es una de las garantías que la propia ley contempla, al igual que la formulación de dos solicitudes de manera voluntaria y que las mismas no sean resultado de presiones externas.

Si se declara que los cuidados paliativos integrales y la eutanasia activa directa son mecanismos que, desde una perspectiva constitucional y en contextos eutanásicos, presentan entre sí una relación no de subsidiariedad, sino de complementariedad o alternatividad y se reconoce que el consentimiento se puede ver mediatizado si no existe

la opción real y efectiva de contar con cuidados paliativos, desde mi punto de vista, es difícil concluir que la norma garantiza suficientemente la protección del derecho a la vida, así como afirmar que la misma declara la disponibilidad de tales cuidados paliativos integrales y cerrando el razonamiento con la mención de que su regulación no es objeto de la ley que nos ocupa.

6. No comparto la desestimación de la impugnación de los preceptos atinentes al régimen aplicable a las personas con «incapacidad de hecho» (FJ 8), específicamente en lo que se refiere al art. 9 LORE, precepto que establece el procedimiento a seguir cuando se aprecie que existe una situación de incapacidad de hecho; señalando que los casos previstos en el artículo 5.2 el médico responsable está obligado a aplicar lo previsto en las instrucciones previas o documento equivalente.

En este supuesto se excluyen todas las garantías en las que, con carácter general, se basa la sentencia para concluir que existe una suficiente protección del derecho a la vida.

En el caso de la incapacidad de hecho se contempla que el médico ha de atender a lo dispuesto en el documento en el que se recoge el testamento vital.

Ni siquiera se efectúa en la sentencia una interpretación conforme de dicho precepto que expresamente determine que el régimen de las personas en situación de incapacidad es el de la ley y no el de las instrucciones previas.

Existen reiteradas afirmaciones en la propia sentencia de la que discrepo que deberían haber llevado a la declaración de inconstitucionalidad de la regulación de esta modalidad de eutanasia.

Así, al final del fundamento jurídico 4, la sentencia señala lo que considera los cuatro ejes de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, argumentos sobre los que ya he formulado mis objeciones precedentemente. Lo que me interesa resaltar en este punto es que, tras reconocer, en el inciso (i), que la doctrina europea señala que el derecho a la vida no incluye el derecho a morir, en el inciso (ii), en relación con la afirmación de que el derecho al respeto de la vida privada comprende el derecho a decidir cómo y cuándo poner fin a la propia vida, puntualiza, como no podría ser de otro modo, «siempre que la persona sea capaz de decidir libremente sobre esta cuestión y actuar en consecuencia». Efectivamente en el asunto *Hass c. Suiza*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo especial hincapié en que el individuo esté en condiciones de pronunciarse libremente sobre el final de su vida y de actuar en consecuencia.

Seguidamente la sentencia reconoce, en el inciso (iii), que el derecho al que se refiere en el precedente inciso (ii) «no es absoluto y debe sopesarse con los intereses concurrentes, en especial con las obligaciones positivas de protección del Estado derivadas del derecho a la vida, que exigen la tutela de las personas vulnerables frente a acciones que puedan poner en peligro su vida».

Toda la argumentación de la resolución tendente a justificar el denominado derecho de autodeterminación de la propia muerte parte del presupuesto inexcusable de que tal decisión se adopte de manera libre y consciente por un ser humano capaz.

También, al hablar del correlativo deber de los poderes públicos de permitir la ayuda por parte de terceros a la muerte y de habilitar las vías necesarias para ello, se reitera la exigencia de que la persona capaz así lo decida, libre y conscientemente.

En la doctrina relativa al derecho a la autonomía del paciente citada en la propia sentencia se parte de la exigencia de que la decisión de someterse a unos u otros tratamientos médicos o sanitarios ha de ser tomada de manera libre, informada y responsable [SSTC 120/1990, FJ 8; 137/1990, FJ 6; 154/2002, FJ 9 b), y 37/2011, FFJJ 3 a 7] y de que «para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues solo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro […]. La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente».

Igualmente, en el apartado relativo a los «deberes de protección del Estado en este contexto» [FJ 6 D) b)], señala la sentencia que «[e]l deber constitucional de protección del derecho fundamental a la vida frente a agresiones de terceros se concreta en la obligación del Estado de garantizar que la decisión de poner fin a la propia vida en contextos de sufrimiento extremo se adopta y se lleva a término de conformidad con la voluntad libre y consciente de una persona capaz, lo que exige la articulación de mecanismos suficientes para garantizar el carácter informado, reflexivo, estable y ajeno a coacciones de una decisión tan trascendental».

Seguidamente se afirma «[i]gualmente, conviene destacar que la existencia de una voluntad auténticamente propia, libre y consciente de una persona capaz es el elemento que marca la frontera entre el ámbito de protección del derecho fundamental a la vida y el derecho fundamental a la autodeterminación respecto de la propia muerte en situaciones eutanásicas».

También se reconoce que «encontrándonos ante una regulación relativa a contextos eutanásicos, tal derecho corresponde a personas en una especial posición de vulnerabilidad debido a la situación de sufrimiento extremo en la que se hallan, lo que puede hacer que encuentren especiales dificultades para protegerse a sí mismas» e igualmente que «[e]stas circunstancias determinan la exigibilidad constitucional de un alto nivel de protección de la vida. Al legislador le es exigible, para prevenir daños de

otro modo irreversibles, un estricto rigor tanto en la determinación de los supuestos fácticos y los procedimientos para instar la ayuda para morir como en el aseguramiento de las correspondientes y obligadas garantías y controles, de modo que se proteja suficientemente al individuo del riesgo de influencias indebidas, manipulaciones y abusos por parte de terceros».

Por otro lado, la propia Ley, al regular el procedimiento general para el acceso a la prestación, exige que el solicitante disponga por escrito de la información que exista sobre su proceso médico, las diferentes alternativas y posibilidades de actuación, incluida la de acceder a cuidados paliativos integrales comprendidos en la cartera común de servicios y a las prestaciones que tuviera derecho de conformidad a la normativa de atención a la dependencia. Exige también la reiteración de las solicitudes, con un lapso temporal de al menos quince días naturales entre ellas y que estas se formulen de manera voluntaria sin ninguna presión externa y que, después de darse cumplimiento a dichos requisitos, se preste consentimiento informado previamente a recibir la prestación.

La sentencia examina dichas exigencias y concluye que las garantías procedimentales son suficientes para descartar la vulneración del canon de proporcionalidad por defecto que considera aplicable.

Partiendo de todo ello, considero que la regulación de la eutanasia administrada a personas que no se encuentran en el pleno uso de sus facultades, ni pueden prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes, ni prestar el consentimiento informado, sin más requisitos que el médico responsable certifique la referida incapacidad de hecho (remitiéndose, además, para evaluarla a lo establecido en los protocolos) y haber suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos (sin concretar tampoco cuáles son esos documentos equivalentes legalmente reconocidos), no cumple las mínimas garantías para asegurar que no se produzcan abusos por parte de terceros de personas especialmente vulnerables y no cabe entender cumplido el deber de protección de la vida humana que el Estado debe salvaguardar.

En primer lugar, es de destacar que ni siquiera se exige que la incapacidad de hecho para presentar las solicitudes y prestar el consentimiento informado sea irreversible. Tal como se declara en la LORE, bastaría con un estado de incapacidad temporal para prestar el consentimiento, sin la certeza de que sea permanente. Tal omisión en la ley sobre la irreversibilidad del estado de inconsciencia no queda salvada por la remisión a futuros protocolos de actuación, dado que, con independencia de que no constituyen fuente de normas jurídicas, pueden limitarse a la imposibilidad de prestar consentimiento, pero no a la irreversibilidad de tal estado.

Por otro lado, es obvio que el documento de instrucciones previas, el testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos a los que se refiere la norma, en el supuesto regulado en el apartado 2 del artículo 5, no pueden recoger la voluntad libre y actual de la persona, en el momento crucial de la solicitud de la eutanasia, solicitud que será formulada por un tercero. Solo reflejarán, en

su caso, la voluntad formulada en un momento precedente, en circunstancias que no constan y que pueden haber variado.

Cabe la posibilidad de que haya transcurrido un lapso temporal importante desde que se otorgó el documento de instrucciones previas o similar y el momento en el que se solicita la eutanasia.

Ni siquiera se excluye que el documento fuera otorgado cuando la persona aún no sufriera ninguno de los padecimientos que en un momento posterior pudieran justificar la solicitud de la ayuda para morir, de modo que cuando lo otorgó carecería de información sobre su proceso médico, sus posibles alternativas en el momento en el que pudiera plantearse la eutanasia y, desde luego, desconocería sus posibilidades de acceso a cuidados paliativos y prestaciones a las que pudiera tener derecho, alternativas y disponibilidades que, por los avances de la ciencia médica o por el transcurso del tiempo, podrían haber variado.

La ley establece una presunción de mantenimiento de la voluntad de optar por la eutanasia por el mero hecho de no haber revocado el documentos de instrucciones previas, sin atender a la situación personal, anímica, afectiva, familiar y de cualquier otra índole del otorgante que pudieran ser relevantes y a la posibilidad de que pudieran haber variado desde la suscripción del documento; estableciendo una presunción, a favor de la eutanasia y contraria al derecho a la vida, de que si no han sido revocadas, por el motivo que sea, se mantienen en el momento presente.

Además de excluir que el paciente disponga de toda la información necesaria referida al momento en que se formula la solicitud, también desaparece la exigencia de reiteración de la petición, requisito que se establece para excluir que puedan presentarse solicitudes poco meditadas e incluso mediatizadas por presiones externas.

Ni siquiera se garantiza que el médico responsable, el consultor, los miembros de la comisión o cualquier facultativo cuenten con la posibilidad de entrevistarse con el paciente para corroborar que, cuando otorgó el documento, el otorgante contaba con la debida información y se encontraba en un estado de plena capacidad y no sujeto a presiones externas.

Por otro lado, en los casos previstos en el artículo 5.2, la solicitud de prestación de ayuda para morir podrá ser presentada al médico responsable por otra persona mayor de edad y plenamente capaz, acompañándolo del documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, suscritos previamente por el paciente.

No se exige que la persona que presente la solicitud tenga parentesco o vinculación alguna con el paciente; siendo estas personas las que mejor podrían tener conocimiento de circunstancias relevantes, como la evolución del paciente desde que se otorgó el testamento vital hasta que se produjo la pérdida de capacidad de hecho y hasta el momento en que se formula la solicitud. Solo se exige que la persona capaz presente el documento de instrucciones previas, sin manifestar ni acreditar la forma en que tuvo

acceso a dicho documento. Tampoco se contempla que el mismo debiera estar incorporado a algún registro público u otorgado de forma que garantice su autenticidad.

Resulta paradójico que para el otorgamiento del consentimiento informado previsto en 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, se prevea el consentimiento por representación (art. 9.3) y en el supuesto de que el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

Sin embargo, para la ejecución de una actuación de extrema gravedad, como es la eutanasia, no se exige ningún vínculo con el paciente, lo que sí se requiere con carácter general en materia de consentimiento informado.

En caso de que no exista ninguna persona que pueda presentar la solicitud en nombre del paciente, el médico que lo trata podrá presentar la solicitud de eutanasia y se faculta al mismo para el acceso a los documentos que consten en los registros de últimas voluntades.

La ley únicamente establece como requisito que el paciente «haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos».

Se contempla un catálogo de documentos dispares susceptibles de producir el mismo efecto, denominados en las diversas regulaciones autonómicas de modo distinto, siendo también diversas las posibles formas de otorgamiento, las cuales no ofrecen las mismas garantías de autenticidad, ni sirven del mismo modo para acreditar la capacidad del otorgante en el momento de la suscripción y, menos aún, la información previa necesaria ni la libertad de la prestación del consentimiento.

Los documentos que se enumeran tenían además un contenido y finalidad distintos de los de la solicitud de una prestación de eutanasia, ya que se limitaban a la opción entre diversos tratamientos médicos o rechazo de los mismos, donación de órganos o destino del cadáver después del fallecimiento.

En relación con el juicio de proporcionalidad desde la perspectiva de la prohibición de la inexistencia o insuficiencia de protección, es de destacar la inexistencia de control judicial, control que sí se contempla en otros supuestos de mucha menor gravedad que la eutanasia.

Así, en la Ley 41/2002 de autonomía del paciente, en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5 del art. 9, se señala que la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente y se establece que aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución

correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

También la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, para la extracción de órganos de donantes vivos, establece en su artículo 78, «Ámbito de aplicación y competencia», apartado 1, que se aplicarán las normas de dicho capítulo a los expedientes que tengan por objeto la constatación de la concurrencia del consentimiento libre, consciente y desinteresado del donante y demás requisitos exigidos para la extracción y trasplante de órganos de un donante vivo por la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, y las demás normas que la desarrollen.

En su apartado 2 establece que será competente para conocer de estos expedientes el juez de primera instancia de la localidad donde haya de realizarse la extracción o el trasplante, a elección del solicitante.

Por su parte, el art. 79, «Solicitud y tramitación del expediente», en su apartado 1, exige, entre otros requisitos, que se acompañe certificado médico sobre la salud mental y física del donante, emitido de conformidad con lo dispuesto en la normativa correspondiente.

El apartado 2, contempla una comparecencia, a la que se citará al médico que ha de efectuar la extracción, al médico firmante del certificado a que se refiere el apartado anterior, al médico responsable del trasplante o en quien delegue y a la persona a quien corresponda dar la autorización para la intervención, conforme al documento de autorización para la extracción de órganos concedida al centro sanitario de que se trate o en quien este delegue.

El apartado 3 señala que el donante deberá otorgar su consentimiento expreso ante el juez durante la comparecencia, tras oír las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción y las de los demás asistentes al acto. Seguidamente dispone que el juez podrá asimismo requerir de estos las explicaciones que estime oportunas sobre la concurrencia de los requisitos exigidos en la ley para el otorgamiento del consentimiento.

Seguidamente, el art. 80.1 dispone que, si el juez considerara que el consentimiento prestado expresamente por el donante no lo ha sido de forma libre, consciente y desinteresada, o no se cumplieran los otros requisitos establecidos legalmente, no extenderá el documento de cesión del órgano.

El apartado 2 del precepto concluye que, en caso contrario y si estimara que se han cumplido los requisitos legales, extenderá por escrito el documento de cesión del órgano que será firmado por el interesado, el médico que ha de efectuar la extracción y los demás asistentes. Si alguno de ellos dudara de que el consentimiento prestado haya sido de forma expresa, libre, consciente y desinteresada, podrá oponerse a la donación.

El apartado 3 contempla, finalmente, que del documento de cesión, en el que se hará constar la posibilidad que tiene el donante de revocar el consentimiento en cualquier momento previo a la intervención, se facilitará copia al donante.

Ninguna de esas garantías se establece en un supuesto mucho más grave como es la eutanasia.

En este supuesto, dada la pérdida de capacidad sobrevenida, se imposibilita la retractación en la «prestación» a partir del momento en que el proceso eutanásico ha llegado a un punto irreversible. El proceso se realiza sin control judicial y no se establecen otras garantías alternativas, como la intervención del Ministerio Fiscal, que en su Estatuto Orgánico tiene atribuida la defensa de las personas incapaces; ni siquiera se prevé el otorgamiento notarial del documento, que permitiría la dación de fe sobre la capacidad del otorgante y el control por el fedatario de que se prestó el consentimiento con información suficiente y de forma consciente y libre.

Esa merma de garantías se produce también en el supuesto de acortamiento de plazos que se contempla en la ley para el caso de que el médico responsable considere que la pérdida de la capacidad de la persona solicitante para otorgar el consentimiento informado es inminente. En cuyo supuesto, además de limitarse los periodos de reflexión y dialogo con el facultativo, cabe cuestionar si el paciente conservaba la capacidad suficiente para comprender y decidir libremente cuando presentó la solicitud inicial y recibió la información previa preceptiva.

7. En relación con la impugnación relativa a la creación del registro de objetores de conciencia, pongo de relieve que en la sentencia se señala que la justificación del registro es que las administraciones sanitarias puedan conocer con qué profesionales no se cuenta, en principio, para implicarse directamente en la realización de la prestación. Sin embargo, como también reconoce la sentencia, la falta de inscripción no condiciona la posibilidad de la objeción, atendido que la ley únicamente exige que los objetores de conciencia manifiesten dicha circunstancia con antelación y que lo hagan por escrito. Por otro lado, la objeción puede depender del caso concreto, no siendo descartable que existan profesionales que, en términos generales, no objeten a la aplicación de la ley y que, en supuestos específicos, tengan reservas, bien exclusivamente de conciencia, bien atendidas consideraciones de carácter clínico. Pueden plantearse también otros casos en que una inscripción general inicial dificulte la posibilidad de que el profesional pueda participar en la atención cuando entienda que debe seguir ocupándose del paciente durante la tramitación de la solicitud de eutanasia, pero sin finalmente verse obligado a prestarle la ayuda para morir.

Esas circunstancias pueden obstar a que el registro sirva realmente a la finalidad que propugna.

A ello se añade la disparidad que puede producirse en la regulación de las diversas comunidades autónomas, con el consiguiente diverso nivel de garantía de la libertad ideológica en unas y otras.

Si a ello se añade que, pese a la previsión de confidencialidad, no cabe descartar que la inscripción pueda originar perjuicios a los objetores, máxime atendida la precariedad en el empleo que muchos profesionales padecen, y que esa situación puede condicionar su decisión para acogerse a la objeción, cabe concluir que, atendidos los eventuales perjuicios, la posible incidencia en la libertad ideológica y el alcance limitado de los beneficios que el sistema puede garantizar, la medida podría estimarse no proporcionada a la finalidad a la que dice servir.

8. La sentencia efectúa una serie de consideraciones que comparto para descartar la infracción de los arts. 24, 53.2 y 106.1 CE, por haber excluido la LORE, según la parte demandante, el necesario control y garantía judicial respecto de las decisiones que reconozcan el derecho a la prestación de ayuda para morir, exclusión que, se dice, se derivaría del hecho de que el control judicial se ha previsto expresamente solo para las resoluciones denegatorias de la comisión [arts. 10.5 y 18 a), párrafo quinto, LORE].

La sentencia aclara que las resoluciones definitivas de las comisiones de garantía y evaluación que reconozcan el derecho a acceder a la prestación de ayuda para morir y franqueen con ello el paso a su «realización» (art. 11) no podrían, sin conculcación manifiesta de la Constitución, quedar exentas del control judicial. Dicha afirmación la infiere de los arts. 24 y 106 CE y de las garantías de las leyes procesales.

Comparto dicho razonamiento. Sin embargo, a pesar de que, en efecto, no era necesario regular la impugnabilidad de las resoluciones de la comisión de garantías y evaluación, el hecho de que la ley haya distinguido entre las resoluciones estimatorias y desestimatorias, previendo que estas últimas estén sometidas a control judicial, hace necesario en mi opinión, para extremar las garantías en esta materia, que la interpretación que realiza la ponencia se lleve al fallo, como interpretación conforme del precepto cuestionado.

9. Se impugna el párrafo cuarto del art. 18 a) LORE, relativo a la resolución de la comisión de garantía y evaluación que, en palabras de la Ley Orgánica, «sea favorable a la solicitud de prestación de ayuda para morir», en la medida en que se establece allí que, en tal hipótesis, la propia comisión «requerirá a la dirección del centro para que en el plazo máximo de siete días naturales facilite la prestación solicitada a través de otro médico del centro o de un equipo externo de profesionales sanitarios».

La sentencia realiza una interpretación de dicho precepto que también comparto. Señala que «[d]icho párrafo cuarto ha de interpretarse, por el contrario, en el sentido de que el requerimiento a la dirección del centro para que, en el plazo máximo de siete días naturales, "facilite la prestación solicitada a través de otro médico del centro o de un equipo externo de profesionales sanitarios" supone, estrictamente, que, estimada la reclamación frente a la "denegación" del médico responsable o acogido el recurso contra el informe desfavorable del facultativo consultor (art. 8.4) el procedimiento legalmente establecido (arts. 8, 10 y concordantes) deberá reanudarse, dentro de aquel plazo máximo, y cumplimentarse conforme a la Ley Orgánica en todos los trámites y

actuaciones aún pendientes, si a ello hubiere lugar, por más que ya con la intervención –como el precepto establece– de profesionales distintos a los que inicialmente informaron en contra de la solicitud. La LORE no impone, por lo tanto, que la prestación sea "realizada", una vez reconocida definitivamente por la comisión, en el plazo de siete días, ni impide la plena tutela judicial –incluyendo su eventual suspensión cautelar– conforme a lo previsto en la legislación general y en la doctrina constitucional».

Igualmente considero que, para extremar el sistema de garantías de la ley, dicha interpretación conforme debería haberse llevado al fallo.

En el sentido expuesto formulo respetuosamente mi voto particular a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad 4057-2021.

Madrid, a veintidós de marzo de dos mil veintitrés.–Concepción Espejel Jorquera.–Firmado y rubricado.

2. Colombia

Ley 2292 de 2023, de 8 de marzo

Por medio de la cual se adoptan acciones afirmativas para mujeres cabeza de familia en materias de política criminal y penitenciaria, se modifica y adiciona el Código Penal, la Ley 750 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA

Artículo 1. Objeto. La presente ley tiene como objeto adoptar acciones afirmativas para las mujeres cabeza de familia en materia de política criminal y penitenciaria, sin perjuicio de lo establecido en la Ley 750 de 2002, en el numeral 5 del Artículo 314 de la Ley 906 de 2004 y demás normas concordantes que le sean aplicables.

Artículo 2. Alcance. Las mujeres cabeza de familia condenadas por los delitos establecidos en los artículos 239, 240, 241, 375, 376 y 377 del Código Penal, o condenadas a otros delitos cuya pena impuesta sea igual o inferior a ocho (8) años de prisión, en los cuales se demuestre por cualquier medio de prueba que la comisión del delito está asociada a condiciones de marginalidad que afecten la manutención del hogar y cumplan con los requisitos establecidos en la presente ley, podrán obtener como medida sustitutiva de la pena de prisión, de oficio o a petición de parte, el servicio de utilidad pública.

La medida sustitutiva podrá aplicarse en los casos en los que exista concurso de conductas punibles respecto de las cuales proceda la prisión domiciliaria.

La medida sustitutiva de la pena de prisión prevista en la presente ley no se aplicará cuando haya condena en firme por otro delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores a la comisión del nuevo acto punible o exista concurso con conductas punibles distintas a las aquí señaladas.

El servicio de utilidad pública como medida sustitutiva de la pena de prisión se podrá otorgar a las mujeres cabeza de familia de acuerdo a los requisitos de la presente ley, en los casos de condenas por el delito de concierto para delinquir (artículo 340 del C.P.), cuando el concierto esté relacionado con los delitos de los artículos 239, 240, 241, 375, 376 y 377 del Código Penal.

Las condiciones de marginalidad que deben probarse para otorgar el servicio de utilidad pública como medida sustitutiva de la pena de prisión no dependen de la acreditación de la causal de atenuación punitiva consagrada en el artículo 56 de la Ley 599 de 2000

y el beneficio otorgado en virtud de esta última, no afectará la obtención de la medida sustitutiva consagrada en la presente ley.

Artículo 3. MODIFÍQUESE el artículo 36 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

> "Artículo 36. Penas sustitutivas. La prisión domiciliaria es sustitutiva de la pena de prisión y el arresto de fin de semana convertible en arresto ininterrumpido es sustitutivo de la multa.
>
> La prestación de servicios de utilidad pública para mujeres cabeza de familia será sustitutiva de la pena de prisión, de conformidad con los parámetros previstos en la presente ley".

Artículo 4. ADICIÓNESE un parágrafo nuevo al artículo 1° de la Ley 750 de 2002, en los siguientes términos:

> Parágrafo. Las mujeres cabeza de familia condenadas por los delitos establecidos en los artículos 239, 240, 241, 375, 376 y 377 Código Penal o condenadas por otros delitos cuya pena impuesta sea igual o inferior a ocho (8) años de prisión, en los cuales se demuestre que la comisión del delito está asociada a condiciones de marginalidad que afecten la manutención del hogar y cumplan con los requisitos establecidos en la presente ley, podrán obtener el servicio de utilidad pública como medida sustitutiva de la pena de prisión.

Artículo 5. ADICIÓNESE el artículo 38-H a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

> "Artículo 38-H. Prestación de servicios de utilidad pública como sustitutiva de la prisión. La prestación de servicios de utilidad pública como sustitutiva de la prisión para mujeres cabeza de familia consistirá en el servicio no remunerado que, en libertad, ha de prestar las mujeres condenadas, a favor de instituciones públicas, organizaciones sin ánimo de lucro y no gubernamentales, mediante trabajos de utilidad pública en el lugar de su domicilio.
>
> El juez de conocimiento o el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, según el caso, previo consentimiento de la condenada, podrá sustituir la pena de prisión por la de prestación de servicios de utilidad pública durante la cantidad de horas que determine al momento de dictar la sentencia, o en cualquier momento dentro de la ejecución de la misma.
>
> Para la dosificación del número de horas que deberá prestar la condenada, el juez deberá atender a los siguientes criterios:
>
> 1. La condenada deberá trabajar un total de cinco (5) horas de prestación de servicios de utilidad pública por cada semana de privación de la libertad que se le imponga o que tenga pendiente de cumplir.
>
> 2. La jornada de prestación de servicios de utilidad pública no podrá ser superior a ocho (8) horas diarias.

3. La prestación del servicio de utilidad pública se deberá cumplir con un mínimo de cinco (5) horas y un máximo de veinte (20) horas semanales.

4. La prestación del servicio de utilidad pública no podrá interferir con la jornada laboral o educativa de la condenada.

5. La prestación del servicio de utilidad pública deberá realizarse en el lugar de domicilio del núcleo familiar de las personas que están a cargo de la mujer cabeza de hogar.

En la dosificación de las horas de servicio, el juez deberá tener en cuenta las responsabilidades de cuidado de la condenada.

El Ministerio de Justicia realizará convenios con las entidades públicas, organizaciones sin ánimo de lucro y no gubernamentales, y elaborará un listado de entidades y oportunidades de servicios de utilidad pública habilitados para la ejecución de esta pena sustitutiva, Este listado lo remitirá trimestralmente al INPEC y al Consejo Superior de la Judicatura, o a quien haga sus veces, y por intermedio de los Consejos Seccionales de la Judicatura, a los juzgados de conocimiento y de ejecución de penas y de medidas de seguridad.

Las entidades públicas, organizaciones sin ánimo de lucro y no gubernamentales que se encuentren en capacidad de recibir a las personas condenadas para el cumplimiento de la prestación de servicios de utilidad pública, solicitaran al Ministerio de Justicia su inclusión en el listado.

El Ministerio de Justicia y del Derecho podrá delegar a gobernadores y alcaldes la realización del listado de organizaciones y entidades.

Para todos los efectos, en el diseño del plan de servicios junto con la condenada, el juez podrá evaluar una opción distinta a las organizaciones incluidas en los listados, de acuerdo a los criterios que establezca el Ministerio de Justicia y del Derecho. En caso de que en el domicilio de la condenada no existan organizaciones que estén en capacidad de recibir a la persona condenada, será responsabilidad de la máxima autoridad administrativa del ente territorial de la zona en que se encuentre suministrar un servicio de utilidad pública para el cumplimiento del sustituto.

El juez de conocimiento o el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá complementar la imposición de prestación de servicios de utilidad pública con el cumplimiento de otros requisitos adicionales, de conformidad con el artículo 38-M del presente Código.

Parágrafo. Para los efectos de este artículo, se entenderán como servicios de utilidad pública los que la condenada realice en beneficio de la sociedad, las cuales podrán consistir en labores de recuperación o mejoramiento del espacio público; apoyo o asistencia a las víctimas siempre que éstas lo acepten; asistencia a comunidades vulnerables; realización de actividades de carácter educativo en materia cultural, vial,

ambiental, y otras similares que permitan el restablecimiento del tejido social afectado por el delito.

El juez deberá asegurarse de que el plan de servicios que se pacte con la condenada para la prestación del servicio de utilidad pública incluya labores que contribuyan a su formación educativa y/o profesional, procurando no asignar únicamente labores tradicionalmente asignadas a las mujeres".

Artículo 6. Política pública de Empleabilidad. Formación y Capacitación. El Ministerio del Trabajo en coordinación con el Ministerio de Educación y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo diseñaran en el término de dos (2) años una Política Pública de empleabilidad, formación y capacitación para el emprendimiento, conducente a garantizar una ruta de empleo, emprendimiento y de educación al interior de los establecimientos carcelarios para las mujeres cabeza de familia. Esta política deberá servir para mejorar la formación y capacitación laboral al interior de los establecimientos de reclusión de forma al que se ajuste con las necesidades actuales en el mercado laboral.

Artículo 7. ADICIÓNESE el artículo 38-I a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así.

"Artículo 38-I. Requisitos para conceder la prestación de servicios de utilidad pública como sustitutiva de la prisión. Son requisitos para conceder la prestación de servicios de utilidad pública:

1. Que la pena impuesta sea igual o inferior a ocho (8) años o se trate de condenas impuestas por la comisión de los delitos establecidos en los artículos 239, 240, 241, 375, 376 y 377 del Código Penal.

2. Que la condenada no tenga antecedentes judiciales, esto es, una condena en firme dentro de los cinco (5) años anteriores a la comisión del delito, salvo que se trate de delitos culposos, que tengan como pena principal la multa o que sea por los mismos delitos del numeral anterior.

3. Que la condenada manifieste su voluntad de vincularse libremente a la pena sustitutiva de prestación de servicios de utilidad pública.

4. Que se demuestre que es madre cabeza de familia, que para los efectos de esta ley será entendido como tener vínculos familiares, demostrando que la condenada ejerce la jefatura del hogar y tiene bajo su cargo afectiva, económica y socialmente de manera permanente hijos menores o personas en condición de discapacidad permanente.

5. Que la conducta atribuida a la condenada no tipifique el delito establecido en el artículo 188-D del Código Penal.

6. Que se demuestre que la comisión del delito está asociada a condiciones de marginalidad que afectan la manutención del hogar.

7. Que la condenada comparezca personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerida para ello o en los términos acordados en el plan de servicios.

El servicio de utilidad pública en los términos descritos podrá aplicarse en los casos de concurso de conductas punibles y de concierto para delinquir, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la presente ley.

La medida consagrada en la presente ley no será aplicable cuando la pena menor a ocho (8) años de prisión se refiera al tipo penal de violencia intrafamiliar consagrado en el artículo 229 del Código Penal.

Parágrafo. Sin perjuicio de lo anterior, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de la presente ley, le corresponderá al Gobierno Nacional reglamentar la materia con el fin de que se suscriban convenios entre la Nación y el Distrito o los municipios para el cumplimiento de los servicios de utilidad pública en entidades del Estado"

Artículo 8. ADICIÓNESE el artículo 38-J a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

"Artículo 38-J. Ejecución de la medida de prestación de servicios de utilidad pública como sustitutiva de la prisión. En el momento de la individualización de la pena, la condenada o su defensor presentará ante el juez de conocimiento un plan de ejecución del servicio de utilidad pública, o cuando ella haya sido aceptada por alguna de las entidades que para tal efecto tengan convenios con el Ministerio de Justicia y del Derecho, descritas en el artículo 38H de la presente ley. Se determinará el lugar, horario y plan de cumplimiento del servicio de utilidad pública. Lo anterior, será aprobado por el juez de conocimiento en la sentencia y ordenará a la condenada iniciar su ejecución.

Cuando la condenada voluntariamente solicita la sustitución de la pena de prisión por la de prestación de servicios de utilidad pública, sin presentar un plan de servicios, el juez de conocimiento al momento de dictar sentencia podrá concederla, imponiendo el número de horas que deberá cumplir, y le ordenará presentarse ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para que elabore el plan de servicios.

Corresponderá al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, con base en el listado de oportunidades de utilidad pública o de acuerdo a los criterios que establezca la reglamentación del Ministerio, definir conjuntamente con la condenada el lugar, horario y el plan de cumplimiento del servicio, de manera que no interfiera con su jornada laboral o educativa. La condenada contará con quince (15) días hábiles a partir de la ejecutoria de la sentencia, para presentarse ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, y definir el plan de servicios, atendiendo al lugar más cercano a su domicilio o a sus vínculos sociales y familiares.

Una vez determinado el plan de servicios por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, la condenada deberá iniciar el servicio de manera inmediata, sin que en ningún evento supere los cinco (5) días hábiles siguientes, a menos que se comprueben

causas de fuerza mayor o caso fortuito, en cuyo caso no podrán superar los quince (15) días hábiles.

Si la condenada no iniciare la prestación del servicio de utilidad pública en los términos antes señalados, se revocará la sustitución y deberá cumplir la pena de prisión impuesta, excepto en los casos en que no haya iniciado por situaciones ajenas a su voluntad."

Artículo 9. ADICIÓNESE el artículo 38-K a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

"Artículo 38-K. Sustitución de la ejecución de la pena de prisión por la prestación de servicio de utilidad pública. La condenada que se encuentre privada de la libertad al momento de la promulgación de la presente ley, podrá solicitar ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad la sustitución de la pena de prisión que tenga pendiente de cumplir por la de prestación de servicio de utilidad pública.

El Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, cuando se cumplan los requisitos del artículo 38-1, sustituirá la pena de prisión que reste por cumplir por la de la prestación de servicio de utilidad pública, descontando el tiempo que lleve de cumplimiento de la pena e imponiendo el número de horas correspondiente, atendiendo a los criterios contemplados en el artículo 38-H de este Código."

Artículo 10. ADICIÓNESE el artículo 38-L- a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

"Artículo 38- L. Control de la medida de prestación de servicios de utilidad pública como sustitutiva de la prisión. Las entidades que hayan facilitado la prestación del servicio informarán mensualmente al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, la actividad desarrollada por la condenada y las incidencias relevantes para juzgar el cumplimiento de la pena durante el desarrollo del plan de ejecución, así como de la finalización del mismo, conservando en sus archivos copia de este informe hasta por el término de seis (6) años, o uno fijado previamente por el juez.

El informe deberá ser acompañado de los registros que acrediten el cumplimiento de la actividad del plan de servicio y con la indicación de fechas y horarios".

Artículo 11. ADICIÓNESE el artículo 38-M a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

"Artículo 38-M. Requisitos Adicionales A La Prestación De Servicio De Utilidad Pública. El juez de conocimiento o el de ejecución de penas y medidas de seguridad, podrá exigir a la condenada el cumplimiento de uno o varios de los requisitos adicionales siguientes:

1. No residir o acudir a determinados lugares.

2. No salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena

3. Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia o consumo problemático de bebidas alcohólicas o sustancias psicoactivas, siempre y cuando dicha dependencia haya tenido relación con la conducta por la que fue condenada.

4. Someterse voluntariamente a un tratamiento médico o psicológico, cuando se trate de eventos en que el estado de salud físico o mental, haya tenido relación con la comisión del delito por el cual fue condenada.

5. Colaborar activa y efectivamente en el tratamiento para la recuperación de las víctimas, si éstas lo admitieren.

6. Comprometerse a dejar definitivamente las armas y abstenerse de participar en actos delincuenciales.

7. Observar buena conducta individual, familiar y social.

Parágrafo. Lo dispuesto en el numeral 5 del presente artículo, podrá realizarse por medio de programas de justicia restaurativa previstas en el ordenamiento jurídico"

Artículo 12. ADICIÓNESE el artículo 38-N a Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

"Artículo 38-N. Faltas en la prestación del servicio de utilidad pública. Si durante el periodo de prestación de servicio de utilidad pública, la condenada violare injustificadamente cualquiera de las obligaciones o requisitos adicionales impuestos, corresponderá al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad determinar la gravedad del incumplimiento, previo requerimiento a la condenada, dentro del marco del debido proceso.

La entidad en donde se ejecute la prestación del servicio, hechas las verificaciones necesarias, comunicará al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad:

1. Si la persona se ausenta del servicio durante una jornada, sin justificación alguna.

2. Si a pesar de los requerimientos del responsable del centro de servicio, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.

3. Si se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que le diere la entidad en donde se ejecuta la prestación del servicio con relación al plan aprobado.

4. Si por cualquiera otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del servicio se negase a seguir ejecutando e; plan de servicios.

Cuando se presente alguna de las situaciones enunciadas en los numerales anteriores, el juez requerirá a la condenada para que explique los motivos de su comportamiento y de considerarlo necesario modificará el plan de prestación de servicios. En caso de renuencia o de que alguna de estas situaciones se presente en más de tres oportunidades, la medida sustitutiva se revocará y el tiempo restante de la pena se cumplirá en prisión.

Si la condenada faltare al servicio por causa justificada no se entendera como abandono de la actividad. El servicio no prestado no se computará como cumplimiento de la pena".

Artículo 13. ADICIÓNESE el artículo 38-Ñ a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así.

> "Artículo 38-Ñ. Extinción de la pena de prestación de servicios de utilidad pública. Cumplida la totalidad de la ejecución del plan de servicios fijado por el juez, la condena queda extinguida, previa resolución judicial que así lo determine."

Artículo 14. Las mujeres que se encuentren recluidas en establecimientos carcelarios podrán participar en los planes, programas y proyectos de voluntariado que adelanten entidades sin ánimo de lucro en estos, y que desarrollen actividades de interés general, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 720 de 2001 o la norma que la modifique o adicione.

Quienes hagan parte del voluntariado podrán redimir la pena de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Ministerio de Justicia y del Derecho, sin perjuicio de las demás posibilidades de redención de pena que establezca la ley.

Artículo 15. Política de Salud Mental y Acompañamiento Psicosocial. El Ministerio de Salud y Protección Social diseñará e implementará en el término de un (1) año una política de atención integral para la promoción, prevención y seguimiento en materia de salud mental, cuidado psicológico y acompañamiento psicosocial al interior de los establecimientos carcelarios del país.

Artículo 16. Prevención. El Gobierno Nacional promoverá medidas de prevención de los delitos del tráfico de estupefacientes y otras infracciones que trata el Capítulo ll del Título XIII del Código Penal, para las mujeres cabeza de familia al interior de los establecimientos educativos y lugares de trabajo. Igualmente gestionará la articulación con los diferentes programas de ayuda y protección a la mujer de las diferentes Entidades del Gobierno, para que las mujeres objeto del beneficio establecido en esta Ley puedan efectivamente ser resocializadas y encontrar alternativas diferentes al delito.

Artículo 17. MODIFÍQUENSE los numerales 3 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, los cuales quedaran así:

> "Artículo 314. Sustitución de la detención preventiva. La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos:
>
> "3. Cuando a la procesada le falten tres (3) meses o menos para el parto, y hasta los seis (6) meses después del nacimiento."
>
> "5. Cuando la procesada fuere mujer cabeza de familia de hijo menor de edad o que sufriere incapacidad permanente; o tenga a un adulto mayor o una persona que no puede valerse por sí misma bajo su cuidado. La persona que haga sus veces podrá acceder a la misma medida. En estos eventos, el juez atenderá especialmente a las necesidades de protección de la unidad familiar y a la garantía de los derechos de las personas que se encuentran bajo su dependencia"

Artículo 18. Reglamentación de la prestación de servicios de utilidad pública. El Gobierno Nacional reglamentará el fundamento de la prestación de los servicios de utilidad pública prevista en el artículo 38 - H de la Ley 599 de 2000, dentro de un plazo no mayor a los seis (6) meses siguientes contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley. Así mismo, deberá diseñar mecanismos para dar a conocer la presente ley a sus potenciales beneficiarias.

Artículo 19. ADICIÓNESE un parágrafo al artículo 68-A de la Ley 599 de 2000, modificado por el art. 32 de la Ley 1709 de 2014, el cual quedará así:

> "**ARTÍCULO 68A. EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES.**
>
> […]
>
> **PARÁGRAFO 3°.** Lo dispuesto en este artículo no se aplicará para las mujeres cabeza de familia que cumplan los requisitos establecidos en la presente ley".

Artículo 20. Vigencia y derogatorias. La presente ley entra a regir a partir del día siguiente de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

III. NOTICIAS DE LA FICP

1. Cambio del domicilio de la FICP

En su reunión del pasado 21 de diciembre de 2022, el Patronato de la FICP ha aprobado la modificación de su domicilio, que pasa a estar ubicado en la siguiente dirección: c/Noruega n.º 34, 28819 Villalbilla, Comunidad de Madrid.

2. Congresos, seminarios y cursos

La FICP ha (co)organizado o (co)organiza actualmente los siguientes congresos, seminarios y cursos:

(i) XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal

Septiembre de 2023. Sobre "**Derecho penal general e intereses sociales y económicos**". Organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. de Alcalá y la FICP. Director: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* (Catedrático em. de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y Presidente de honor de la FICP). Coordinadores: Profs. Dres. Raquel Roso Cañadillas* (Prof. Titular de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y patrona de la FICP), José-Zamyr Vega Gutiérrez* (Prof. Contratado Dr. de la Univ. de Alcalá y socio de la FICP) y Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz* (Prof. Contratada Dra. acred. de la Univ. de Alcalá y Secretaria del Patronato de la FICP). Lugar: Univ. de Alcalá, Alcalá de Henares, Madrid.

Acceso restringido a invitados. Este año serán ponentes invitados especiales los Profs. Dres. Mario Trapani* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. Roma Très, Italia y socio de la FICP) y Silvina Bacigalupo Saggese (Catedrática de Derecho Penal de la Univ. Autónoma de Madrid, España).

(ii) XXII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal

29 y 30 de junio de 2023. Evento organizado por las Áreas de Filosofía del Derecho y Derecho Penal de la Universidad de León, España, y la FICP. Directores: Profs. Dres. Dres. h.c. Juan Antonio García Amado* y Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedráticos respectivamente de Filosofía del Derecho y Derecho Penal de la Univ. de León, y patronos de la FICP). Lugar: Facultad de Derecho de la Universidad de León. Próximamente se publicará el programa en la sección de Próximos eventos de nuestra página web.

(iii) Expociencia UNILEÓN 2023

28 de febrero, 1 y 2 de marzo 2023. Evento "Expociencia" en la Universidad de León. Organizado por el Grupo de Investigación de Derecho Penal de la Universidad de León, cuyo responsable es el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho penal de la Univ. de León y patrono de la FICP), y la FICP. Lugar: Palacio de exposiciones de León, España.

Se puede acceder a la descripción de los grupos de trabajo y talleres que participaron en Expociencia UniLeon a través del siguiente enlace.

(iv) Seminario de docencia e investigación DP-ULE

22 de febrero de 2023. Sobre "**Más que descargas: el consumo de pornografía infantil**". Organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León con la colaboración de la FICP. Impartido por el Prof. Dr. Alejandro Turienzo Fernández (Investigador postdoctoral en la Universidad de Barcelona) en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de León.

El cartel del evento está disponible en nuestra página web en la sección de Eventos anteriores.

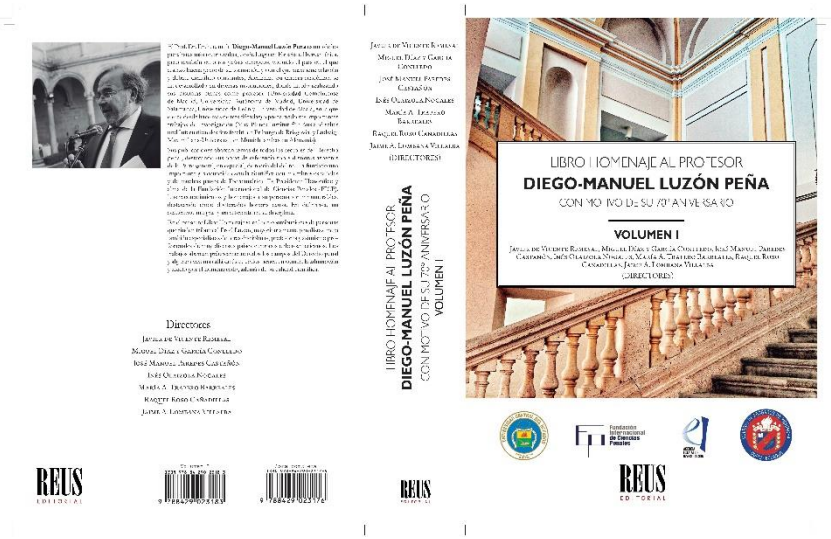
2. Publicaciones de la FICP

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.

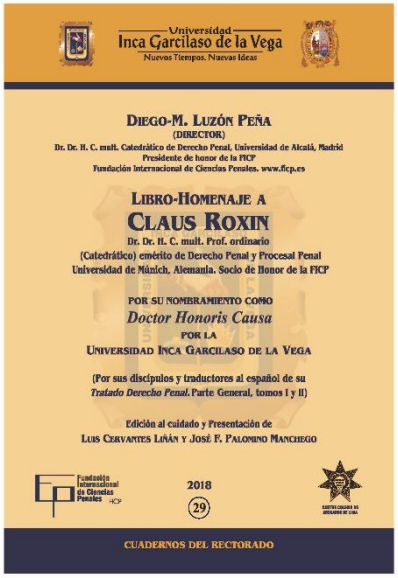
El índice con las publicaciones de los 172 autores (118 de ellos miembros de la FICP) puede localizarse en nuestra página web www.ficp.es en Otras publicaciones de la FICP.



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.

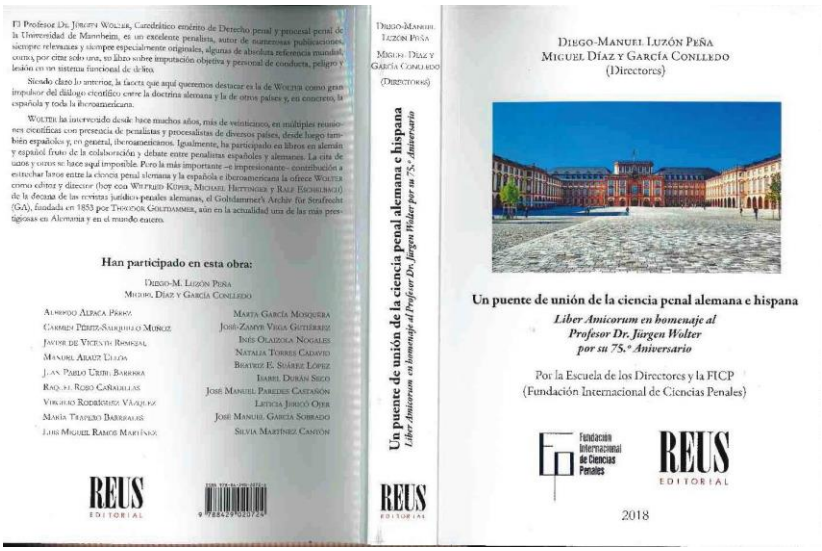


Han contribuido a la obra otros patronos y socios de la FICP, además de los anteriormente señalados: (i) entre los patronos, los Profs. Dres. Paredes Castañón, Olaizola Nogales, Trapero Barreales, Roso Cañadillas, Barber Burusco, Durán Seco y Jericó Ojer; (ii) entre los socios, el Prof. Dr. Dr. h.c. 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:

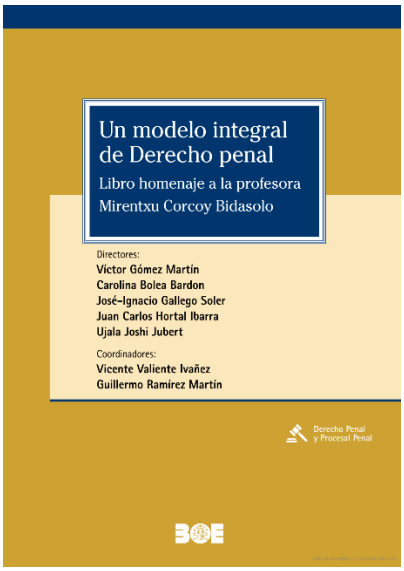
- Actas de los Congresos Internacionales de la FICP (ISSN 2695-3986)
- Actas de los Seminarios Interuniversitarios Internacionales anuales de la FICP, Univ. de Alcalá (ISSN 2695-3994)
- Actas de los Seminarios Internacionales anuales de la FICP, Univ. de León (ISSN 2695-4001)

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.

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.

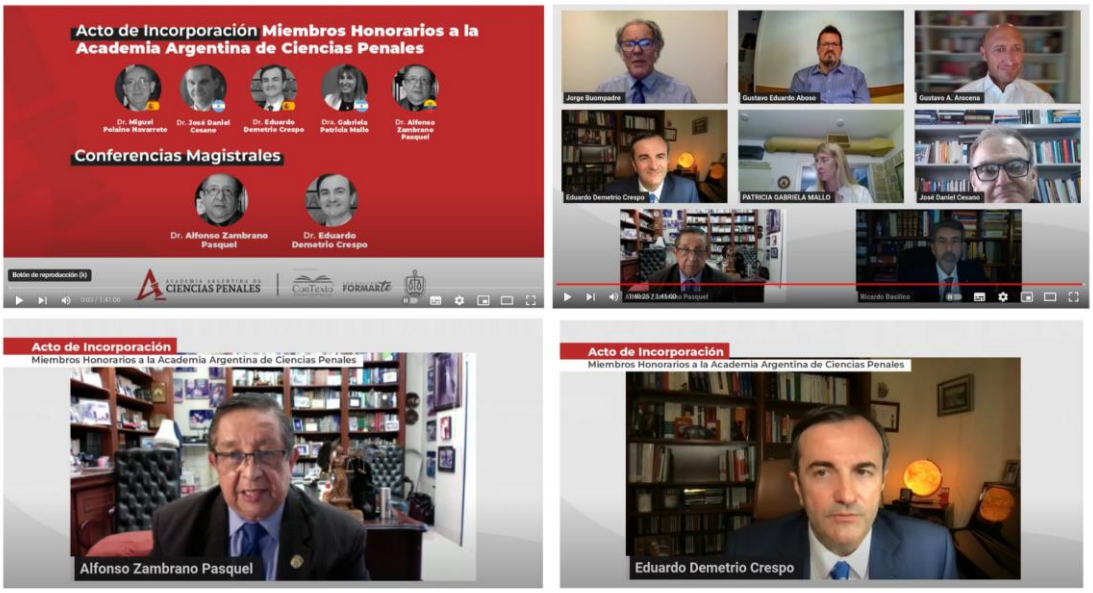


IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

1. Distinciones, galardones; grados académicos[1]

(i) Acto de incorporación como Miembros Honorarios a la Academia Argentina de Ciencias Penales de los Profs. Dres. Zambrano Pasquel*, Demetrio Crespo* y Polaino Navarrete*

El **jueves 9 de marzo de 2023**, a las 17:00 h., tuvo lugar bajo modalidad virtual el Acto de Incorporación de Miembros Honorarios a la Academia Argentina de Ciencias Penales. La Academia Argentina de Ciencias Penales distinguió como miembros honorarios a los **Profs. Dres. Eduardo Demetrio Crespo*** (Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha), **Alfonso Zambrano Pasquel*** (Abogado) y **Miguel Polaino Navarrete*** (Director del Departamento de Derecho penal y Catedrático de la disciplina en la Universidad de Sevilla), todos ellos socios de la FICP.



Cartel del evento e imágenes de las ponencias impartidas por los Profs. Dres. Zambrano* y Demetrio Crespo*.

[1] Los miembros de la FICP están identificados mediante un asterisco.

(ii) Obtención de una plaza de Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona por el Prof. Dr. Sergi Cardenal Montraveta*

El **20 de enero de 2023** obtuvo la plaza de **Catedrático de Derecho Penal en la Univ. de Barcelona**, Cataluña, España, el **Prof. Dr. Sergi Cardenal Montraveta***, socio de la FICP, tras superar el correspondiente concurso.

El tribunal estuvo presidido por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de la Univ. de León y patrono fundador de la FICP) y compuesto además por los Profs. Dres. Inés Olaziola* (Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Pública de Navarra), M.ª Ángeles Rueda Martín* (Catedrática de la Universidad de Zaragoza), Ramón Ragués i Vallès* (Catedrático de Derecho Penal. Universidad Pompeu Fabra) y Víctor Gómez Martín* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Barcelona), miembros todos ellos de la FICP. Lugar: Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

El Prof. Dr. Cardenal Montraveta* durante su ejercicio, ante el tribunal conformado, de izq. a dcha, por los Profs. Dres. Rueda Martín*, Ragués i Vallès*, Díaz y García Conlledo*, Olaizola* y Gómez Martín*.

Posado tras la superación del concurso. Abajo, de izq. a dcha., los Profs. Dres. Rueda Martín*, Ragués i Vallès*, Cardenal Montraveta*, Díaz y García Conlledo*, Olaizola Nogales* y Gómez Martín*.

(iii) Obtención del Doctorado por la Prof. Dra. Cristina López López*

El 17 de febrero de 2023, a las 10:30 h., tuvo lugar en el Edificio Histórico de la Univ. de Oviedo el acto de defensa de la tesis doctoral de la Prof. Cristina López López*, socia de la FICP, titulada "**Problemas dogmáticos de los delitos de terrorismo**" y dirigida por el Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Oviedo y patrono de la FICP).

El tribunal estuvo presidido por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y Presidente de honor de la FICP) y contó con los Profs. Dres. John Vervaele (Catedrático de Derecho, Economía y Gobernanza de la Univ. de Utrecht, Países Bajos), Ana Isabel Pérez Cepeda* (Catedrática de Derecho penal de la Univ. de Salamanca y socia de la FICP), Javier Gustavo Fernández Teruelo* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Oviedo y socio de la FICP) y Regina Helena Fonseca Fortes Furtado* (Prof. asociada de Derecho Penal de la Univ. de Oviedo y socia de la FICP). La tesis obtuvo la mención internacional y la calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad.

Al acto asistieron también, en calidad de público, otros patronos y socios de la FICP, como el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León y patrono de la FICP).

La Prof. López López* durante la defensa de su tesis ante el tribunal compuesto, de izq. a dcha. por los Profs. Dres. Fernández Teruelo* y Vervaele, el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Luzón Peña* y las Profs. Dras. Pérez Cepeda* y Fonseca Fortes Furtado*.

Arriba: fotografía final de los miembros del Tribunal junto con la Prof. Dra. Cristina López López* y su Director, el Prof. Dr. Prof. Dr. Paredes Castañón*.Abajo, de izq. a dcha.: el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Díaz y García Conlledo*, el Prof. Dr. Paredes Castañón*, la Prof. Dra. Cristina López López*, Profs. Ramos Martínez*, José Antonio Martínez Rodríguez* y Stephania Serrano Suárez* y la Prof. Dra. Pérez-Sauquillo*.

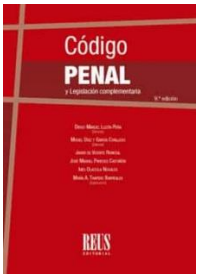
2. Publicaciones recientes de los miembros de la FICP

(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.*/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.



- 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.
- 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.
- 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*/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.
- 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.
- 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.
- 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.
- 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*, 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:
- 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.
- 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):

- 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.
- 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.
- 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.
- 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.
- Basilico, Ricardo A.*(Dir.)/Lema, M. N. (Coord.)/Zambrano Pasquel, A.*/ Basilico, R. A.*/Mallo, P. G./Laufer, P./Lema, M. N./Piagentini, A. Comentarios al Código Penal de la República Argentina. Parte General, Buenos Aires/Montevideo, Editorial B de f, 2023. ISBN 978-9915-650-70-8.

- 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.

- 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.
- 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.
- 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.
- 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.
- 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.

- 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.
- 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.
- 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.
- 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.
- 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 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.
- 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.

- 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.
- Gómez Colomer, Juan Luis*, El juez robot: la independencia judicial en peligro, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

- 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.
- 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.
- 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.

- 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.
- 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.
- Montero Zendejas, Daniel A.*, La red de "blockchain" y el blanqueo de archivos. Desafío del Estado de Derecho frente a la inteligencia artificial (IA), Revista de Derecho Penal: Lavado de activos, blanqueo, decomiso y constitucionalidad de la extinción de dominio II (dir. Donna*), 2022-2, pp. 39-96.
- 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.
- Muñoz Conde, Francisco*. Teoría general del delito, 5ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

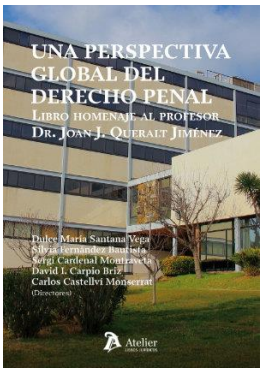
- Muñoz Conde, Francisco*/López Peregrín, Carmen, Derecho Penal, Parte Especial, 24.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- Oliver Calderón, Guillermo*, Juicio crítico sobre la delación compensada en el Derecho penal chileno. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal 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.
- 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.
- 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.
- 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.
- 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.
- 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.
- Roig Torres, Margarita*, Los delitos de homicidio y lesiones causados por imprudencia con vehículo a motor o ciclomotor. La reforma de la lo 11/2022, de 13 de septiembre, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

- Roig Torres, M.*: "La justicia restaurativa en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal como manifestación del principio de oportunidad", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 24-09, 2022, pp. 1 - 30.
- Roig Torres, M.*: "Condiciones específicas para acceder a la libertad condicional en los casos de terrorismo y delincuencia organizada. La STEDH del Caso Marcello Viola c. Italia", Revista General de Derecho Penal, nº 37, 2022, pp. 1 - 44.
- Roig Torres, M.*: "El enaltecimiento de los delitos previstos en el art. 510 CP a la luz de la última jurisprudencia constitucional", Estudios Penales y Criminológicos, XLI, 2021, pp. 233 - 305.
- Roig Torres, M.*: "El enaltecimiento de los delitos previstos en el art. 510 CP a la luz de la última jurisprudencia constitucional", Estudios Penales y Criminológicos, XLI, 2021, pp. 233 - 305.
- Roig Torres, M.*: "Delito de ocupación pacífica de inmuebles (art.245.2 CP): una crítica a las últimas Proposiciones de Ley de Reforma", Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 25, 2021, pp. 125 - 179.
- Roig Torres, M.*: "Uso de símbolos totalitarios: ¿es trasladable a España el modelo alemán? Una crítica a la aplicación del artículo 510 CP", Teoría & Derecho: Revista de pensamiento jurídico, nº 31, 2021, pp. 357 - 391.
- Roig Torres, M.*: "El enaltecimiento de la tiranía nacionalsocialista en el Derecho alemán: ¿un referente para penalizar el ensalzamiento del franquismo?", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 23-07, 2021, pp. 1 - 31.
- Roig Torres, M.*: "El delito de apología y exaltación del franquismo. Contraste con la regulación alemana", Revista General de Derecho Penal, nº 33, 2020, pp. 1 - 51.
- Roig Torres, M.*: Delimitación entre libertad de expresión y «discurso del odio», Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.
- Roig Torres, M.*: "La regulación del decomiso tras la reforma de 2015. Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la corrupción pública: propuestas desde el Derecho penal y el Derecho constitucional", en Blanco Valdés, R.L./Vázquez-Portomeñe Seijas, F. (Dir.): Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la corrupción pública: propuestas desde el Derecho penal y el Derecho Constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 227 - 260.
- Roig Torres, M.*: "Los delitos de corrupción en Alemania: interpretación jurisprudencial". Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la corrupción pública: propuestas desde el Derecho penal y el Derecho constitucional", en Blanco Valdés, R.L./Vázquez-Portomeñe Seijas, F. (Dir.): Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la corrupción pública: propuestas desde el Derecho penal y el Derecho Constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 65 - 89.

- Romeo Casabona, Carlos M.ª*/Sola Reche, Esteban*/Boldova Pasamar, Miguel Ángel* (Coords.). Derecho penal. Parte especial, 2ª ed., Ed. Comares, Granada, 2022.
- 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.
- 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.
- 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 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.



- 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.
- 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).

- 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.
- 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.

3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP

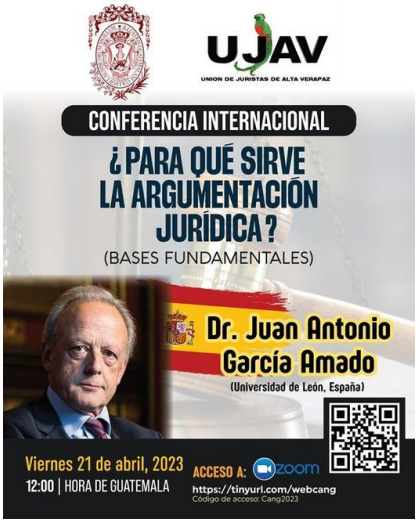
(i) Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos:

a) Miembros del Patronato (con asterisco los mismos)

- 11 de abril de 2023. Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* y el Prof. Dr. Víctor Gómez Martín* en el Seminario web gratuito sobre el curso "Derecho penal económico: cuestiones esenciales". Este seminario, organizado por Sílex Formación Jurídica, constituyó una muestra del curso del mismo nombrey fue moderado por el Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Antonio García Amado*. El acto fue grabado y está disponible aquí.

- **14 de abril-26 de mayo de 2023**. Con motivo de la celebración del **curso sobre** "Derecho penal económico: cuestiones esenciales", organizado por Sílex Formación Jurídica, tendrán lugar las intervenciones de los siguientes patronos de la FICP:
  - Impartición por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* de los módulos sobre "Particularidades de la teoría del delito en el Derecho Penal Económico (en especial: error y autoría y participación)", "La llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas: cuestiones dogmáticas y político-criminales" y "El delito de blanqueo de capitales o lavado de activos y su imparable tendencia expansiva".
  - Impartición por el Prof. Dr. Víctor Gómez Martín* de los módulos sobre "Prevención de la corrupción pública y privada", "Elementos de eficacia del *Compliance*" "Facultades de vigilancia de la empresa vs. derecho a la intimidad de los y trabajadores" y "Prevención de ganancias ilícitas en la empresa".

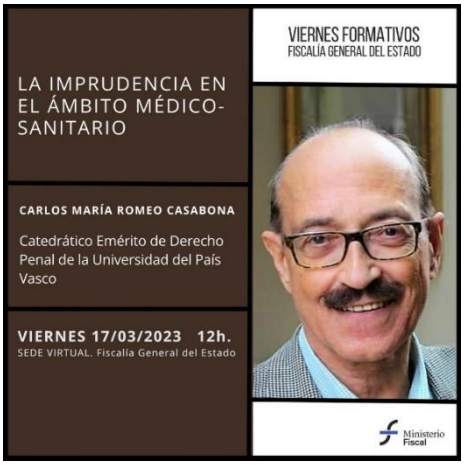
- **21 de abril de 2023**. Conferencia internacional del Prof. Dr. Juan Antonio García Amado* titulada "¿Para qué sirve la argumentación jurídica? (Bases jurídicas)", organizada por la Unión de Juristas de Alta Verapaz y el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, Guatemala.



- **27-28 de abril de 2023.** Con motivo de la celebración de las Jornadas en homenaje al Profesor Díez Ripollés, organizadas por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Málaga, la Facultad de Derecho y el Instituto de Criminología de la Univ. de Málaga, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de patronos de la FICP:
  - Ponencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo* sobre "El principio de culpabilidad y la responsabilidad objetiva".
  - Ponencia del Prof. Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta* sobre "Reformas legales y eficientismo penal en Colombia".
- 29 de abril de 2023. Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Antonio García Amado* en el Conversatorio web con el Prof. Dr. Luigi Ferrajoli "Por una constitución para la Tierra"

b) Socios (con asterisco los socios)

- **17** de **marzo de 2023.** Ponencia del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Carlos M.ª Romeo Casabona* sobre "La imprudencia en el ámbito médico sanitario". Ciclo formativo de la Fiscalía General del Estado "Viernes Formativos". Seminario online.



- **21 de marzo de 2023.** Seminario Interuniversitario "Drets Fonamentals i Fonaments del Sistema Penal" (Derechos fundamentales y fundamentos del sistema penal) en memoria del profesor Tomás S. Vives Antón. El Seminario fue organizado por la Generalitat Valenciana, la Facultad de Derecho de la Univ. de Valencia y Tirant Editorial (Dirs.: Profs. Dres. José Luis González Cussac* y María Luisa Cuerda Arnau), y tuvo el objetivo de conmemorar la figura del profesor Tomas S. Vives, Vicepresidente del Tribunal Constitucional entre 2001 y 2004, Catedrático de Derecho Penal y ex vicerrector de la Universitat de Valencia y de la Universidad de Alicante. El evento contó con las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
  - Participación del Prof. Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu* en la mesa sobre "Semblanzas".
  - Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Francisco Muñoz Conde* y de los Profs. Dres. Carlos Martínez-Buján* y Paulo César Busato* en la mesa sobre "Fundamentos del sistema penal".
- **22 de marzo de 2023.** "El nuevo delito de enriquecimiento no justificado: cuestiones sustantivas y procesales". Actividad organizada en el marco del Proyecto "Estrategias trasversales para la prevención de la delincuencia económica y la corrupción", organizado por el Grupo de Investigación en delincuencia de cuello blanco y corrupción de la Universidad Complutense de Madrid, y por la Universidad de Barcelona. El evento contó con la participación del Prof. Dr. David Carpio Briz*, investigador principal del Proyecto y socio de la FICP.

- **23 y 24 de marzo de 2023**. Congreso sobre "Cumplimiento normativo e integridad en entidades públicas". Evento organizado por la Oficina Antifraude de Cataluña (Oficina Antifrau de Catalunya) y la Diputación de Barcelona (Diputació Barcelona), en colaboración con las Universidades de Castilla-La Mancha, Autónoma de Barcelona, de Santiago de Compostela y la Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia. El congreso contó con las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
  - Moderación por el Prof. Dr. Luigi Foffani* de las mesas sobre "la experiencia de empresas públicas italianas" y "la experiencia italiana".
  - Moderación por la Prof. Dra. Mercedes García Arán* de la mesa sobre "Reflexiones sobre las conclusiones del proyecto".
- **18-20 de abril de 2023**. Ponencia del Prof. Dr. Daniel A. Montero Zendejas* sobre "El juez de la ejecución penal, la doctrina mandela en el penitenciarismo del siglo XXI", I Encuentro Nacional de Política Criminal, organizado por la Academia Latinoamericana de Derecho penal y penitenciario y la Universidad San Francisco de Quito, Ecuador.
- **20 de abril de 2023.** Contraponencia de la Sra. Rut Lopera Viñe* a la ponencia de la Prof. Dra. Elena Larrauri sobre "Supervisión de prisiones y peticiones y quejas de los presos". Seminario "Repensaciones", organizado en el marco del Proyecto de **Investigación** "Repensando el modelo de sanciones penales: de la entropía a la ordenación sistemática de las respuestas frente al delito (REPENSANCIONES)", a cargo de los Prof. Dres. Daniel Rodríguez Horcajo* y Gonzalo J. Basso*. Lugar: Salón de Grados, 1ª planta del Edificio de Ciencias Jurídicas, Políticas y Económicas, UAM, Comunidad de Madrid.
- **26 de abril de 2023.** Moderación por el Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller* de la ponencia de la Prof. Dra. Bernarda Dana Muñoz sobre "La responsabilidad penal en la relación materno y paternofilial. una revisión dogmática". Seminarios de Derecho penal de la Universidad Carlos III de Madrid, organizados por el Área de Derecho Penal de la Univ. Carlos III de Madrid. Lugar: Aula 1.A.01, Universidad Carlos III de Madrid: Campus de Madrid - Puerta de Toledo. El evento fue grabado y está disponible aquí.

- **27-28 de abril de 2023.** Con motivo de la celebración de las Jornadas en homenaje al Profesor Díez Ripollés, organizadas por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Málaga, la Facultad de Derecho y el Instituto de Criminología de la Univ. de Málaga, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
  - Ponencia de la Prof. Dra. Mercedes García Arán* sobre "La siempre cuestionada voluntad de libertad".
  - Ponencia del Prof. Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu*, titulada "A vueltas con la culpabilidad".
  - Ponencia del Prof. Dr. Miguel Ángel Boldova Pasamar* sobre "La inviabilidad de lege lata de imponer como pena la prohibición de acceder a determinados contenidos de Internet".
  - Ponencia del Prof. Dr. Juan Luis Gómez Colomer* sobre "Ética y derechos fundamentales frente al juez-robot".
  - Ponencia del Prof. Dr. Fernando Miró Llinares* sobre "¿Autonomía, integración, cooperación? Sobre la relación entre dogmática, criminología y política criminal".
  - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José M.ª Silva Sánchez* sobre "¿El Derecho penal, una política pública... más?".

(ii) Organización de seminarios, congresos y otros proyectos:

- **Máster online de Argumentación Jurídica. 4.ª ed. 2023**

  A partir del 24 de enero de 2023. Duración 20 meses. Organizado por la Universidad de León (España) y Tirant lo Blanch. Director: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Juan Antonio García Amado* (Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León). Más información y programa disponibles aquí.

- **II Congreso Internacional sobre Corrupción**

  16 y 17 de marzo de 2023. . Sobre "Corrupción privada, transparencia y control de la gestión pública". Congreso organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, bajo la dirección del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. D. Lorenzo Morillas Cueva*, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Granada y socio de la FICP.

- **Seminario de docencia e investigación DP-ULE**

  22 de febrero de 2023. Sobre "**Más que descargas: el consumo de pornografía infantil**". Organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León con la colaboración de la FICP. Impartido por el Prof. Dr. Alejandro Turienzo Fernández (Investigador postdoctoral en la Universidad de Barcelona) en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de León. Director: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo*.

- **Expociencia UNILEÓN 2023**

  28 de febrero, 1 y 2 de marzo 2023. Evento "Expociencia" en la Universidad de León. Organizado por el Grupo de Investigación de Derecho Penal de la Universidad de León, cuyo responsable es el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho penal de la Univ. de León y patrono de la FICP), y la FICP. Lugar: Palacio de exposiciones de León, España.

  Se puede acceder a la descripción de los grupos de trabajo y talleres que participaron en Expociencia UniLeon a través del siguiente enlace.

- **Seminario Interuniversitario "Drets Fonamentals i Fonaments del Sistema Penal" (Derechos fundamentales y fundamentos del sistema penal) en memoria del profesor Tomás S. Vives Antón.**

  21 de marzo de 2023. Organizado por la Generalitat Valenciana, la Facultad de Derecho de la Univ. de Valencia y Tirant Editorial. Directores: Profs. Dres. José Luis González Cussac* y María Luisa Cuerda Arnau. Dedicado a conmemorar la figura del profesor Tomas S. Vives, Vicepresidente del Tribunal Constitucional entre 2001 y 2004, Catedrático de Derecho Penal y ex vicerrector de la Universitat de Valencia y de la Universidad de Alicante. Lugar: Salón de Grados "Ascensión Chirivella", de la Facultad de Derecho de la Univ. de Valencia. El programa del evento está disponible en nuestra página web en la sección de Noticias de los socios.

- **Curso sobre Derecho penal económico: cuestiones esenciales**

  14 de abril-26 de mayo de 2023. Evento organizado por Sílex Formación Jurídica. Dirección: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo*, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León y patrono de la FICP. Con la participación como ponente de diversos módulos del Prof. Dr. Víctor Gómez Martín*, Catedrático de Derecho penal de la Univ. de Barcelona y patronos de la FICP. Más información y programa disponibles aquí.

- **Seminario del proyecto de investigación "Repensanciones"**

  20 de abril de 2023. Organizado por el proyecto de investigación "Repensando el modelo de sanciones penales: de la entropía a la ordenación sistemática de las respuestas frente al delito (REPENSANCIONES)" (SI3/PJI/2021-00222, IIPP: Daniel Rodríguez Horcajo* y Gonzalo J. Basso*), financiado por la Consejería de Ciencia, Universidades e Innovación de la Comunidad de Madrid (V-PRICIT) y la Universidad Autónoma de Madrid a través de la Convocatoria 2021 de ayudas a Proyectos de I+D para jóvenes investigadores de la Universidad Autónoma de Madrid. El programa del evento está disponible en nuestra página web en la sección de Noticias de los socios.

- **XXII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal**

  29 y 30 de junio de 2023. Evento organizado por las Áreas de Filosofía del Derecho y Derecho Penal de la Universidad de León, España, y la FICP. Directores: Profs. Dres. Dres. h.c. Juan Antonio García Amado* y Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedráticos respectivamente de Filosofía del Derecho y Derecho Penal de la Univ. de León, y patronos de la FICP). Lugar: Facultad de Derecho de la Universidad de León. Próximamente se publicará el programa en la sección de Próximos eventos de nuestra página web.

- **XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal**

  Septiembre de 2023. Sobre "**Derecho penal general e intereses sociales y económicos**". Organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. de Alcalá y la FICP. Director: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* (Catedrático em. de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y Presidente de honor de la FICP). Coordinadores: Profs. Dres. Raquel Roso Cañadillas* (Prof. Titular de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y patrona de la FICP), José-Zamyr Vega Gutiérrez* (Prof. Contratado Dr. de la Univ. de Alcalá y socio de la FICP) y Carmen Pérez-

Sauquillo Muñoz* (Prof. Contratada Dra. acred. de la Univ. de Alcalá y Secretaria del Patronato de la FICP). Lugar: Univ. de Alcalá, Alcalá de Henares, Madrid.

Acceso restringido a invitados. Este año serán ponentes invitados especiales los Profs. Dres. Mario Trapani* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. Roma Très, Italia y socio de la FICP) y Silvina Bacigalupo Saggese (Catedrática de Derecho Penal de la Univ. Autónoma de Madrid, España).

El cartel del evento está disponible en nuestra página web en la sección de Eventos anteriores.

- **II 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 en la documentación adjunta, aunque también está disponible en las páginas web del área de Derecho Penal (https://www.uma.es/departamento-de-derecho-publico/) y del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología (https://www.uma.es/instituto-andaluz-de-criminologia/) , 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.