

Libertas

Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales

Nº 1, 2013 (julio)
ISSN: 2254-6278

Director:

Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León

Secretaria de Redacción:

D^a. Susana Escobar Vélez
Investigadora de Derecho Penal. Universidad de León – Universidad EAFIT (Medellín, Colombia)

Coordinación Técnica:

D. Enrique Luzón Campos
Abogado

Consejo Internacional Científico y de Redacción:

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin

Catedrático emérito de Derecho Penal. Ludwig-Maximilians-Universität (LMU). München, Alemania

Prof. Dr. Dr. h. c. Diego-Manuel Luzón Peña

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alcalá. Madrid. España (Presidente de Honor de la FICP. Director de la revista Foro FICP)

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Santiago Mir Puig

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Barcelona. España (Presidente de Honor de la FICP)

Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Vigo. España (Presidente de la FICP)

Prof. Dr. Manuel Aráuz Ulloa

Patrono FICP. Catedrático de Derecho Penal. Decano de la Facultad CC. Jurídicas. Universidad Centroamericana (UCA) de Nicaragua. Managua

Prof. Dra. Soledad Barber Burusco

Patrona FICP. Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra. Pamplona, España

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Ignacio Berdugo Gómez De La Torre

Catedrático de Derecho Penal. Ex Rector. Universidad de Salamanca. España. Socio FICP

Prof. Dr. Manuel Cancio Meliá

Patrono FICP. Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid. España

Prof. Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valencia. España. Socio FICP

Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo

Patrona FICP. Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Barcelona. España

Prof. Dr. Manuel da Costa Andrade

Prof. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Coimbra. Portugal. Socio FICP

Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Castilla-La Mancha, Facultad de Toledo. España. Socio FICP

Excmo. Sr. Dr. D. Manuel J. Dolz Lago

Fiscal del Tribunal Supremo, Sala 2.^a. España. Socio FICP

Prof. Dr. Edgardo A. Donna

Catedrático emérito de Derecho Penal. Universidad de Buenos Aires. Director de la Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, Argentina.

Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller

Catedrático acr. de Derecho Penal. Universidad Carlos III, Madrid, España. Socio FICP

Prof. Dra. Isabel Durán Seco

Patrona FICP. Prof. Titular acr. de Derecho Penal. Universidad de León. España

Prof. Dr. José F. de Faria Costa

Prof. Catedrático de Derecho Penal Universidad de Coimbra. Portugal. Socio FICP

Prof. Dr. Dr. h. c. Jorge de Figueiredo Dias

Prof. Catedrático emér. de Derecho Penal. Coimbra, Portugal. Socio FICP

Prof. Dr. Luigi Foffani

Catedrático de Derecho Penal. Università degli studi di Modena e Reggio Emilia. Italia

Prof. Dr. Juan Antonio García Amado

Patrono FICP. Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León. España

Prof. Dr. Víctor Gómez Martín

Patrono FICP. Catedrático acr. de Derecho Penal. Universidad de Barcelona. España

Prof. Dr. José Luis González Cussac

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valencia. España. Socio FICP

Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer

Patrona FICP. Prof. Titular acr. de Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra. Pamplona, España

Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro

Patrono FICP. Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid. España

Prof. Dra. Patricia Laurenzo Copello

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Málaga. España. Socia FICP

Prof. Dr. Jaime Augusto Lombana Villalba

Patrono FICP. Abogado. Catedrático de Derecho Penal. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia

Prof. Dr. José Manuel Lorenzo Salgado

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Santiago de Compostela. España. Socio FICP

Prof. Dr. Javier Augusto de Luca

Catedrático de Derecho Penal. UBA: Universidad de Buenos Aires. Fiscal General de la Nación. Argentina

Excmo. Sr. D. José María Luzón Cuesta

Ex Teniente Fiscal del Tribunal Supremo. Madrid. España

Prof. Dra. María Luisa Maqueda Abreu

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Granada. España. Socia FICP

Prof. Dr. Germano Marques de Silva

Prof. Catedrático de Derecho Penal. Universidad Católica de Lisboa. Portugal. Socio FICP

Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Magistrado de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. España. Socio FICP

Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín

Magistrado de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. España. Socio FICP

Excmo. Sr. D. Eduardo Montealegre Lynett

Patrono FICP. Fiscal General de la República y Ex presidente de la Corte Constitucional de Colombia. Catedrático de Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia

Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Magistrado de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. España. Socio FICP

Prof. Dra. María Asunción Moreno Castillo

Patrona FICP. Catedrática de Derecho Penal. Directora de Postgrados. Facultad CC. Jurídicas. Universidad Centroamericana (UCA) de Nicaragua, Managua

Prof. Dr. Moisés Moreno Hernández

Catedrático de Derecho Penal. INACIPE, CePolCrim, México. Presidente Academia Mexicana CC. Penales. Socio FICP

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Lorenzo Morillas**Cueva**

Catedrático de Derecho Penal. Ex Rector. Universidad de Granada. España. Socio FICP

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Francisco Muñoz**Conde**

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Pablo Olavide de Sevilla. España. Socio FICP

Prof. Dr. Dr. h. c. Enzo Musco

Catedrático de Derecho Penal. Università degli Studi di Roma, Tor Vergata. Italia

Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales

Patrona FICP. Catedrática de Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra. Pamplona, España

Prof. Dra. Maria Fernanda da Palma Pereira

Prof. Catedrática de Derecho Penal. Universidade de Lisboa. Portugal. Socia FICP

Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón

Patrono FICP. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Oviedo. España

Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos

Patrono FICP. Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid. España

Prof. Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda

Catedrática acr. de Derecho Penal. Universidad de Salamanca. España. Socia FICP

Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolívar

Magistrado excedente de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. España. Abogado. Socio FICP

Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Barcelona. España. Socio FICP

Prof. Dr. Ramon Ragués Vallès

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Socio FICP

Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas

Patrona FICP. Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Alcalá. Madrid, España

Prof. Dra. María Ángeles Rueda Martín

Catedrática acr. de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza. España. Socia FICP

Prof. Dr. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez

Catedrático acr. de Derecho Penal. Universidad de Navarra. Pamplona, España. Socio FICP

Prof. Dra. María Conceição Santana Valdágua

Prof. Catedrática de Derecho Penal. Universidad Lusíada de Lisboa. Portugal. Socia FICP

Prof. Dr. Ángel José Sanz Morán

Patrono FICP. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid. España

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Bernd Schünemann

Catedrático emérito de Derecho Penal. Ludwig-Maximilians-Universität (LMU). München, Alemania.

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

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Socio FICP

Prof. Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta

Patrono FICP. Catedrático de Derecho Penal. Universidad EAFIT. Medellín, Colombia

Prof. Dr. Alberto Suárez Sánchez

Patrono FICP. Abogado. Catedrático de Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

Prof. Dra. María A. Trapero Barreales

Patrona FICP. Catedrática acr. de Derecho Penal. Universidad de León. España

Prof. Dr. Jürgen Wolter

Catedrático de Derecho Penal. Universität Mannheim. Alemania. Director de la revista Goldammer's Archiv für Strafrecht.

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Eug. Raúl Zaffaroni

Ministro de la Corte Suprema de Argentina. Catedrático emérito de Derecho Penal. Universidad de Buenos Aires. Argentina.

SUMARIO

Sobre la innecesaria reforma de los delitos de hurto. A propósito del Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal

Juana del Carpio Delgado _____ pág. 5

Constitución y sanción penal

Eduardo Demetrio Crespo _____ pág. 57

La licitud de la autoorganización del consumo de drogas

José Luis Díez Ripollés / Juan Muñoz Sánchez _____ pág. 111

El Derecho penal de menores en el contexto de la Unión Europea

Susana Escobar Vélez _____ pág. 155

Escándalos económicos y reformas penales: prevención y represión de las infracciones societarias en la era de la globalización

Luigi Foffani _____ pág. 189

Imprescriptibilidad y terrorismo: ¿*quo vademus?*

Víctor Gómez Martín _____ pág. 204

El delito de tráfico ilegal de órganos humanos

M^a del Carmen Gómez Rivero _____ pág. 231

El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas

José L. González Cussac _____ pág. 281

Contribución al esclarecimiento de los fundamentos de legitimidad de la protección penal de bienes jurídicos colectivos por el Estado Social y Democrático de Derecho

Luis Gracia Martín _____ pág. 301

Derechos reproductivos e interrupción voluntaria del embarazo: un nuevo paradigma para la regulación penal del aborto

Patricia Laurenzo Copello _____ pág. 327

Aproximación a la violencia juvenil colectiva desde una criminología crítica (bandas, tribus y otros grupos de calle)

María Luisa Maqueda Abreu _____ pág. 349

El tipo legal del delito de negación de asistencia médica agravado por el resultado de muerte o de lesión grave: ¿delito agravado por el resultado?

Helena Moniz _____ pág. 410

Pena de prisión versus alternativas: una difícil convergencia

Lorenzo Morillas Cueva _____ pág. 450

La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado

Francisco Muñoz Conde _____ pág. 499

Reflexiones marginales sobre la corrupción

Joan J. Queralt _____ pág. 532

Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización:

Un problema de justificación

Jesús-María Silva Sánchez _____ pág. 549

El tratamiento penal de la responsabilidad civil derivada del delito: arts. 109 a 122 Código Penal español

María A. Trapero Barreales / Isabel Durán Seco _____ pág. 573

SOBRE LA INNECESARIA REFORMA DE LOS DELITOS DE HURTO

A propósito del Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal*

Juana del Carpio Delgado
Profesora titular de Derecho Penal
Universidad Pablo de Olavide

Resumen: El trabajo analiza, desde una perspectiva crítica, la propuesta de reforma de los delitos de hurto contenida en el Anteproyecto, presentado en octubre de 2012, de reforma del Código Penal. Se trata de una propuesta que, además de convertir la falta de hurto en delito, incorpora tipos cualificados, muchos de ellos previstos en el texto refundido del Código Penal de 1973. Siguiendo la tendencia política criminal de los últimos años los límites temporales de la pena de prisión son especialmente desproporcionados tratándose de delitos que mayoritariamente son cometidos por miembros de los sectores más desfavorecidos de una sociedad sumida en una grave crisis económica. Un régimen punitivo especialmente severo si lo comparamos con el previsto para los delitos cometidos por miembros de los sectores más poderosos de la sociedad. En suma, como veremos a lo largo del desarrollo del trabajo, una reforma ideológica, una vuelta a los tiempos del Derecho penal de la dictadura.

Palabras clave: hurto; robo; delitos contra la propiedad; reformas penales.

Abstract: The paper analyzes, from a critical perspective, the proposed reform of the crimes of Larceny contained in the Draft bill, submitted in October 2012, reform of the Criminal Code. It is a proposal that, in addition to turning all larceny is a crime, incorporates qualified offence, some of them under the consolidated text of the 1973 Criminal Code. Following the trend criminal policy in recent years, the temporal limits of imprisonment are especially disproportionate when you consider that it is mostly crimes committed by members of the most disadvantaged social sectors of society mired in a severe economic crisis. A especially severe punitive regime when we compared to the forecast for the crimes committed by members of the most powerful sectors of society. In resume, as we will see throughout the development of ideological reform work, a return to the times criminal law during the Dictatorship's until the early years of the Democracy.

Keywords: Larceny; theft; Property crime; Penal reforms.

* El presente trabajo de investigación se enmarca en el Proyecto DER2011-27473 «Análisis crítico de la reforma de 2010 del Código Penal: con especial referencia a las incorporaciones en la parte general y nuevas figuras delictivas» financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y en el Grupo de investigación en Ciencias Penales y Criminología, SEJ 047 de la Junta de Andalucía; ambos dirigidos por el profesor Francisco Muñoz Conde, catedrático de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

Sumario: 1. Consideraciones generales. 2. Tipo básico: art. 234.1 ACP. 3. Tipo privilegiado. El hurto como delito leve: art. 234.2 ACP. 3.1. Penalidad. 4. Tipos cualificados del art. 235 ACP. 4.1. Por razón del objeto material: conducciones de suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones. 4.2. Por razón de la víctima: cuando se realice abusando de la situación de desamparo de la víctima o aprovechando la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito. 4.3. Por razón del sujeto activo: cuando el autor actúe con profesionalidad. 4.4. Cuando se utilice a menores de dieciséis años para la comisión del delito. 5. Tipos cualificados del art. 235 bis ACP. 5.1. Cuando los intervinientes en el delito porten un arma u otro instrumento peligroso. 5.2. Cuando se trate de un miembro de una organización constituida para la comisión continuada de delitos contra la propiedad, y otro de sus integrantes participe en la comisión del delito. 5.3. Cualificación por la concurrencia de dos o más circunstancias. 6. Hurto de posesión o *furtum possessionis*: art. 236 ACP. 7. La libertad vigilada para los condenados por hurto: art. 236 bis ACP. 8. Bibliografía. 9. Tabla de jurisprudencia citada. 9.1. Tribunal Supremo. 9.2. Audiencias Provinciales.

1. Consideraciones generales

1. En la Exposición de motivos del Anteproyecto presentado en octubre de 2012, se aducen una serie de razones, algunas de ellas bastantes discutibles, que llevan al partido en el gobierno a proponer una «nueva» reforma del Código Penal (en adelante, CP), la vigésimo séptima desde que fue aprobado en noviembre de 1995. Esta propuesta prevé, como era de esperar por la deriva de la política criminal actual, importantes modificaciones en los delitos contra el patrimonio dentro de las que caben destacar: la conversión de la falta de hurto en delito leve, la incorporación de nuevos tipos cualificados, la ampliación del concepto de robo con fuerza en las cosas, un notable incremento de las penas para los delitos de hurto y robo con fuerza cuando en su comisión concurren determinadas circunstancias, entre otras.

Dado que el Anteproyecto afecta a importantes aspectos de estos delitos, el presente trabajo vamos a limitarlo al análisis de la propuesta de reforma de los delitos de hurto.

Desde la aprobación del Código Penal de 1995, la primera reforma de especial relevancia que sufrieron los delitos de hurto fue en 2003 mediante la Ley Orgánica

11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE nº 234, de 30.09.2003), que introdujo un nuevo párrafo al art. 234 CP para regular el nuevo delito habitual de hurto¹. Esta figura delictiva, duramente criticada por la mayoría de la doctrina², no sólo por su contenido sino también por la forma en la que se incorpora al Código Penal³, se construye sobre la comisión de cuatro faltas de hurto cometidas en el plazo de un año, siempre que el montante acumulado sea superior a 400€. El castigo de estas faltas como delito se enmarcaba dentro de una política criminal centrada en la instauración de la ley y el orden con la que se iba a «barrer de las calles a los pequeños delincuentes»⁴, y en «la firme decisión de ser implacables con los delincuentes para aumentar la seguridad ciudadana»⁵ puesta en peligro, según se decía, por la permisividad del Código Penal de 1995⁶. La reforma de 2010 del Código Penal mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº 152, de 23.06.2010), impulsada por el Gobierno socialista, lejos de suprimir este polémico precepto, reduce la exigencia de cuatro faltas de hurto a tres⁷; además de incorporar una nueva modalidad de falta reiterada de hurto⁸.

¹ De acuerdo con la denominación propuesta por GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. I, 2004, p. 642.

² Véanse, entre otros, GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. I, 2004, pp. 641 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Las reformas penales de la L.O. 15/2003 en el ámbito patrimonial y socioeconómico», *EPC*, nº 25, 2004, pp. 223 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 18ª ed., 2010, pp. 385 y s.

³ Si bien este párrafo fue introducido en el CP por la LO 11/2003, desapareció en el texto de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, tal y como se publicó en el BOE nº 283, de 26 de noviembre de 2003. Con posterioridad, fue reintroducido en el CP por medio de una corrección de errores publicada en el BOE nº 65, de 16 de marzo de 2004. Sobre la vigencia y legitimidad de este precepto, véase por todos, GUARDIOLA GARCÍA, «Corrección de errores en el BOE y principio de legalidad en materia penal», *La Ley Penal*, nº 10, 2004, pp. 51 y ss. (laley Penal.laley.es/; última visita: 13 de febrero de 2013).

⁴ EL PAÍS, «Aznar proclama que "vamos a barrer de las calles a los pequeños delincuentes"», 9 de septiembre de 2002.

⁵ EL PAÍS «Aznar encuentra el apoyo a sus reformas de los comerciantes más atracados», 9 de enero de 2003.

⁶ Las mismas razones que fueron esgrimidas por ciertos sectores de la sociedad para denunciar la «benevolencia» del régimen punitivo de la delincuencia patrimonial clásica del CP de 1973 tras la reforma de 1983. Véase ampliamente al respecto, LANDROVE DÍAZ, «Marginación y delincuencia patrimonial», *EPC*, nº 8, 1983-1984, pp. 274 y s.

⁷ Si bien se ha afirmado que este delito tiene precedentes en el «nacionalsocialismo alemán y fascismo italiano» (así, ABEL SOUTO, «Discordancias y errores introducidos en el Código Penal por la simbólica reforma de 25 de noviembre de 2003 que, antes de su entrada en vigor, deben ser erradicados del texto punitivo», *Revista Xurídica Galega*, nº 24, 2004, p. 67), no hay que perder de vista que, al menos en este tema, no es necesario acudir a otros países de nuestro entorno o a sistemas penales comparados para encontrar estas modalidades delictivas, toda vez que en nuestro sistema penal se preveía el castigo como delito de la falta de hurto por especial reincidencia. Así, por ejemplo, el Código Penal de

2. En los últimos años, tanto la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) como el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) vienen poniendo especial énfasis en el aumento de la litigiosidad, especialmente en la jurisdicción penal. Así, por ejemplo, el Pleno de 28 de junio de 2012, del CGPJ aprobó un informe titulado *Propuestas para la reducción de la litigiosidad*, en el que se da cuenta que los niveles de litigiosidad son especialmente elevados en la jurisdicción penal, cerca del 71% del total de los asuntos ingresados en el año 2010 en todas las jurisdicciones⁹. Estos niveles son especialmente preocupantes si se tiene en cuenta que los Juzgados de Instrucción conocen el enjuiciamiento de la mayoría de las faltas, 3.448.548 de los 6.639.356 asuntos ingresados en el orden penal en 2010. Por ello, en el citado informe proponen, entre otras medidas, como una forma de reducir la carga de trabajo de los juzgados, ampliar las capacidades y competencias de los Jueces de Paz para que puedan juzgar las faltas que actualmente resuelven los Jueces de Instrucción. Además de la despenalización de determinados comportamientos actualmente tipificados como faltas, aunque permanezcan configurados como ilícitos administrativos.

Haciéndose eco de esta última propuesta, el Anteproyecto, si bien prevé la supresión del Libro III del Código Penal que contiene el catálogo de faltas, sólo despenaliza un número reducido de éstas mientras que la otra gran parte se tipifican como delitos leves. En lo que al hurto se refiere, se configura un nuevo tipo privilegiado, para castigar las conductas que pueden ser consideradas como de «escasa gravedad», no teniendo tal consideración, cuando la cuantía excede de 1000€ o cuando el sujeto actué con profesionalidad o sea miembro de una organización delictiva.

1870, distingue los hechos constitutivos de hurto entre delito y falta. En este último caso, la falta de hurto se castiga como delito cuando el sujeto ha sido anteriormente condenado por delito de robo o hurto o dos veces por falta de hurto. Esta figura, que si bien desapareció del Código Penal de 1876 al considerarse todo hurto, incluso los leves como delitos, volvió a incorporarse en el Código Penal de 1907 manteniéndose hasta la reforma de 1983. (Véase ampliamente al respecto, ASÚA BATARRITA, *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los Códigos españoles del siglo XIX*, 1982, pp. 380 y ss.). Y, como veremos más adelante, los Proyectos de Código Penal de 1980 y de 1992, contenían una modalidad de hurto en parecidos términos.

⁸ Véanse al respecto, GARCÍA ARÁN, «La delincuencia patrimonial clásica en la reforma penal de 2010: hurto, robo y estafa», *RJC*, nº 4, 2011, pp. 1002 y ss.; FARALDO CABANA, «Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010», *La Ley Penal*, nº 81, 2011, 23 pp. (laley Penal.laley.es/; última visita: 15 de febrero de 2013); GUARDIOLA LAGO, «La reforma penal en el delito y falta de hurto (arts. 234, 235 y 623.1º)», en ÁLVAREZ GARCÍA/ GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, pp. 260 y ss.; LLOBLET ANGLI, «Robo y hurto», en ORTIZ DE URBINA GIMENO (dir.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, pp. 190 y ss.

⁹ CGPJ, *Propuestas para la reducción de la litigiosidad*, junio de 2012, pp. 46 y ss.

3. Al suprimirse toda referencia a las faltas, desaparece la clasificación bipartita contenida en los arts. 2 y 10 CP, de forma que todas las infracciones penales serán constitutivas de delitos¹⁰. Ahora bien, la clasificación tripartita en atención a la pena que le corresponde a cada infracción penal se mantiene, aunque donde en la actualidad se habla de faltas en el Anteproyecto se hace referencia a los delitos leves¹¹. De esta forma, las infracciones penales se clasifican en delitos graves, menos graves o leves. Igualmente, esta clasificación se realiza en atención a la pena que le corresponde a cada uno de los delitos; consecuentemente, los delitos leves como una nueva categoría de infracción penal, serán aquellos castigados con penas leves¹².

Sin embargo, existen supuestos en los que por la pena prevista para el delito, éste puede ser considerado como grave o menos grave, o menos grave o leve. Según dispone el art. 13.4 Cp, cuando por la gravedad de la pena un delito pueda ser considerado grave o menos grave se considerará, en todo caso, como grave. Así, por ejemplo, si tenemos en cuenta que el Anteproyecto prevé para el robo con violencia o intimidación cualificado por cometerse en casa habitada una pena de prisión de tres años y seis meses a seis años, este delito debe ser considerado, en función del límite máximo de la pena, como grave.

El Anteproyecto propone la modificación del numeral 4 del art. 13 para introducir un nuevo párrafo en el que se prevé que cuando por la pena que le pudiera corresponder a un delito éste puede ser considerado como menos grave o leve, se considerará en todo caso como leve. Así, el delito de hurto del art. 234.2 ACP tiene prevista una pena de multa que por su límite mínimo es leve: un mes¹³; mientras que en su límite máximo es menos grave: tres meses¹⁴. Este delito, que puede ser leve o menos grave, deberá ser considerado, en todo caso, como leve. Como podrá observarse, los

¹⁰ Aunque el Código Penal clasifica las infracciones penales entre delitos y faltas, entre ambas figuras no existen diferencias cualitativas en tanto que deben tratarse de hechos típicos antijurídicos, culpables y punibles. La distinción es puramente formal en atención al carácter que la ley le otorga a una u otra infracción, o en función de la pena que tienen previstas.

¹¹ De acuerdo con el art. 13 CP, son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave; los menos graves, las castigadas con pena menos grave; y, las faltas aquellas infracciones contenidas en el Libro III del Código Penal y que están castigadas con penas leves.

¹² Véase art. 33 CP en el que se clasifican las penas en función de su naturaleza y su gravedad.

¹³ Art. 33.4 ACP: Son penas leves: «f. La multa inferior a dos meses».

¹⁴ Art. 33.3 CP: Son penas menos graves: «i) La multa de más de dos meses».

criterios utilizados en ambos supuestos son distintos, en el primero de ellos se utiliza el límite máximo del marco penal, mientras que en el segundo, el límite mínimo¹⁵.

Realizadas estas breves consideraciones generales, en las líneas que siguen analizaremos la propuesta de reforma que afecta a los delitos de hurto.

2. Tipo básico: art. 234.1 ACP

Como consecuencia de la supresión de las faltas y la nueva clasificación de las infracciones penales, en el tipo básico del hurto se suprime la referencia a la cuantía de lo sustraído, así como el delito de hurto por acumulación de tres faltas. El texto del art. 243.1 ACP dispone: el que, «con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses».

Desaparecido el sistema de cuantías para la determinación de la pena en los delitos de hurto y robo con fuerza en las cosas, tras la reforma del Código Penal de 1973 mediante Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal (BOE nº 152 de 27.06.1983), solamente se mantiene el límite, por razón del valor de la cosa sustraída, para diferenciar entre delito y falta de hurto¹⁶. La referencia exclusiva al valor de la cosa para distinguir entre delito y falta se mantiene en el Código Penal de 1995 y tiene la virtualidad práctica de que los jueces o tribunales, tras una tasación pericial, resuelven sobre si el hecho cometido es constitutivo de delito o falta. Sin embargo, como veremos a continuación, el Anteproyecto pretende introducir un sistema distinto basado en la concurrencia de otros criterios como la «escasa gravedad de los hechos». Por lo que, aunque no se prevea expresamente, el tipo básico no debe suponer el apoderamiento de una cosa que resulte de escasa gravedad ni menos concurrir cualquiera de las circunstancias contenidas en los arts. 235 ó 235 bis ACP.

¹⁵ Para evitar esta disparidad de criterios, el Informe aprobado por el CGPJ, propone elevar el límite máximo de la pena leve previsto en el art. 33.4.f) hasta tres meses de multa; y establecer, como regla general, que «cuando la pena asociada a un determinado delito pueda ser catalogada, por su extensión, como grave o menos grave, o en su caso, como menos grave o leve, la infracción sea considerada conforme a la pena máxima imponible» (CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, enero de 2013, pp. 22 y s.).

¹⁶ Véanse al respecto, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 9ª ed., 1993, p. 223; QUINTERO OLIVARES, «El hurto», en COBO DEL ROSAL (dir.) *Comentarios a la legislación penal, La reforma del Código Penal de 1983*, t. V, vol. 2º (Libros II y III del Código Penal), 1985, pp. 1146 y s.

3. Tipo privilegiado. El hurto como delito leve: art. 234.2 ACP

Según el numeral 2 del art. 234 ACP: «Si el hecho, por el escaso valor de los bienes sustraídos y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses. No se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes sustraídos fuera superior a 1.000 euros, o los casos en los que concurriese alguna de las circunstancias de los artículos 235 ó 235 bis de este Código».

El hurto como delito leve tiene los mismos elementos típicos del tipo básico, es decir, se castiga al que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño. Ahora bien, para aplicar el tipo privilegiado el hecho debe resultar de escasa gravedad. En el Anteproyecto se proponen dos criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar esta escasa gravedad: (i) el escaso valor de los bienes sustraídos, y (ii) la situación económica de la víctima.

Con relación al primer criterio, el art. 234.2 ACP prevé que no se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes fuera superior a 1.000 euros. Luego, el hurto de una cosa cuyo valor no supere esa cantidad, 200€ por ejemplo, será constitutivo de un delito leve. Obsérvese que, en la actualidad, este apoderamiento se castiga como falta de hurto con pena de localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses, mientras que ahora se propone castigar con la pena de multa de uno a tres meses.

La situación económica de la víctima es otro de los criterios que introduce el prelegislador. Al respecto cabe resaltar que se trata de un concepto indeterminado cuyo contenido deberá ser establecido por los órganos jurisdiccionales. Ante esta situación, no cabe descartar la posibilidad de que las soluciones puedan ser distintas, lo que en la práctica se traduce en la existencia de inseguridad jurídica. Además, este criterio introduce cierta confusión entre la situación de la víctima para configurar este tipo privilegiado y el poner a la víctima o a su familia en grave situación económica del tipo cualificado del art. 235.4º Cp. Por lo que podría interpretarse que este tipo privilegiado puede aplicarse siempre que la víctima no se encuentre en una situación de estrechez económica o cuando los efectos de la sustracción no sean graves¹⁷.

¹⁷ En el mismo sentido, CGPJ, *Informe al Anteproyecto*, 2013, p. 186.

Por otro lado, se prevé que, sea cual fuere la cuantía de lo sustraído, inferior o superior a 1.000€, cuando concorra alguna o algunas de las circunstancias previstas en los arts. 235 ó 235 bis, el hecho no podrá considerarse como delito leve.

Visto lo anterior, la actual distinción entre el delito y la falta de hurto por la cuantía objetiva de la cosa es un sistema taxativo que se opone al sistema de libre arbitrio judicial propuesto en el Anteproyecto. Como en su día puso de manifiesto la doctrina, el recurso a cláusulas valorativas, como es, por ejemplo, la de atender al escaso valor del bien, es fuente de graves problemas interpretativos y de gran inseguridad jurídica¹⁸. Precisamente por ello, de acuerdo con el CGPJ, en lugar de un «modelo más complejo que, previsiblemente, dará lugar a una mayor dilación de la instrucción del procedimiento, al ser necesaria la comprobación de ciertos extremos»¹⁹, si el tipo ya contempla una cifra de referencia, mil euros, debería ser éste el único criterio de delimitación entre el tipo básico y el tipo privilegiado.

Finalmente, hay que tener en cuenta que los criterios para determinar la escasa gravedad deben ser abarcados por el dolo del autor, al menos con dolo eventual, por lo que será necesario que concurren determinadas circunstancias objetivas que permitan deducir, que el sujeto conocía el escaso valor de la cosa, así como la situación económica de la víctima.

3.1. Penalidad

El art. 623.1 CP prevé el castigo de la falta de hurto con pena de localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses. Se contempla un sistema de penas alternativas en las que el órgano sentenciador, haciendo uso de su facultad de discrecionalidad, puede elegir entre una u otra pena. Sin embargo, en los casos de la falta reiterada de hurto, la pena a imponer es, en todo caso, localización permanente.

El Anteproyecto prevé para el nuevo delito leve de hurto la pena de multa de uno a tres meses. Al respecto cabe realizar dos observaciones. La primera de ellas sobre la conveniencia u oportunidad de prever como pena única la multa, no otorgando así al

¹⁸ Así, MUÑOZ CONDE, en QUINTERO OLIVARES/ MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, 1983, p. 147.

¹⁹ CGPJ, *Informe al Anteproyecto*, 2013, p. 20.

Juez la discrecionalidad suficiente para adecuar la respuesta penal al caso concreto; y, la segunda, sobre los límites temporales de esta pena.

Con relación a la primera de las cuestiones, el Anteproyecto propone la modificación del numeral 4 del art. 33 CP²⁰, para suprimir del catálogo de las penas leves la localización permanente y los trabajos en beneficio de la comunidad. Ambas penas se mantienen, sin embargo, como penas menos graves. Y, aunque no se modifica el numeral 3 del mismo artículo para revisar los límites temporales de la pena de localización permanente, de conformidad con el art. 40.2 ACP, el límite máximo de esta pena pasa de 180 días a un año.

Al respecto, según la Exposición de motivos «en general se recurre a la imposición de penas de multa, que se estiman más adecuadas para sancionar infracciones de escasa entidad, y además con un amplio margen de apreciación para que el Juez o Tribunal pueda valorar la gravedad de la conducta. Se prescinde de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de la localización permanente cuando se trata de infracciones leves, por ser más gravosas para el condenado y por los problemas para llevar a efecto su ejecución». Aunque las consecuencias de la desaparición de estas penas del catálogo de las penas leves requieren un estudio más detallado, desde nuestro punto de vista, tal afirmación no es del todo cierta por cuanto, al menos la pena de localización permanente, está prevista para el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en casos de delitos leves.

Según dispone el art. 53.1 ACP «Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente». Si se considera que la pena de localización permanente puede ser más gravosa para los condenados por delitos leves, entonces la cuestión es ¿cómo se

²⁰ Se modifica el apartado 4 del artículo 33, que queda redactado como sigue:

«4. Son penas leves:

- a. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.
- b. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año.
- c. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses.
- d. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.
- e. La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.
- f. La multa inferior a dos meses».

justifica que sí esté prevista como forma de cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria?

En nuestra opinión, parece un sinsentido prever que sólo pueda castigarse con una pena pecuniaria a sujetos que, en la mayoría de casos, delinquen precisamente por sus escasos medios económicos²¹. Aunque el sistema de días multa permite adecuar la cuantía de la multa a la situación económica del condenado, tratándose de personas pobres que no puedan pagar la multa impuesta, el único efecto que se va a conseguir es que ese impago se transforme en la privación de libertad vía responsabilidad personal subsidiaria, que puede cumplirse con su ingreso en prisión o, como hemos visto, mediante la localización permanente.

Respecto a la segunda cuestión, el Anteproyecto, sin justificación alguna, aprovecha para elevar el límite temporal máximo de la pena de multa de 2 a 3 meses. Como hemos visto, el apoderamiento de una cosa cuyo valor no supere los 400€ puede ser castigado con pena de multa no superior a dos meses, mientras que ese mismo hecho, según el Anteproyecto, deberá ser castigado, en todo caso, con multa de hasta tres meses.

Otro de los aspectos a resaltar es la determinación de la pena. La regulación vigente prevé que en caso de las faltas, los jueces o magistrados aplican la pena según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable, sin ajustarse a las reglas contenidas en los arts. 61 a 72 CP (arts. 15.2 y 638 CP). El prelegislador transpone parte de estas disposiciones a la determinación de la pena para los delitos leves. Así de conformidad con el art. 66.2 ACP «En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior».

²¹ En tanto que, como bien afirma REBOLLO VARGAS «una reacción penal adecuada no puede consistir siempre en el endurecimiento de la respuesta punitiva» en “Reflexiones y propuestas sobre el tratamiento penal y procesal de la pequeña delincuencia patrimonial”, *EPC*, nº 31, 2011, p. 583.

4. Tipos cualificados del art. 235 ACP

El Anteproyecto propone la reforma del art. 235 para introducir una serie de circunstancias basadas en el objeto (conducciones de suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones), la víctima o sujeto pasivo (aprovechando su situación de desamparo, o la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad), en el sujeto activo (actuar con profesionalidad), o por utilizar para la comisión del delito a menores de dieciséis años. Al igual que en la normativa vigente, estas circunstancias son aplicables tanto al delito de hurto como al robo con fuerza en las cosas²², según se dispone en el art. 241.4 ACP.

4.1. Por razón del objeto material: conducciones de suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones

En el texto actual del numeral 2º del art. 235, se contienen dos circunstancias en las que se hace referencia a un determinado objeto material y una concreta consecuencia²³. En primer lugar, el apoderamiento de cosas de primera necesidad que ocasione una situación de desabastecimiento; y en segundo lugar, el apoderamiento de cosas destinadas al servicio público que ocasione un grave quebranto a éste. De acuerdo con la unanimidad de la doctrina, aunque en este precepto se contenga más de una circunstancia, cada una de ellas debe ser considerada de forma autónoma, siendo suficiente la concurrencia de una de ellas para aplicar la pena prevista en el art. 235 CP, es decir, prisión de uno a tres años.

El Anteproyecto prevé la regulación por separado de estas dos circunstancias. El numeral 2º seguirá regulando la cualificación por el apoderamiento de cosas de primera necesidad que cause una situación de desabastecimiento; mientras que, el numeral 3º contendrá la cualificación por el apoderamiento de conducciones de suministro eléctrico

²² En sentido contrario parece manifestarse la FGE al considerar que este catálogo de agravantes no solo son aplicables al hurto sino también «a todas las modalidades de robo», *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal*, diciembre de 2012, p. 208.

²³ Para un estudio más detallado de estas circunstancias, véanse entre otros, DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, 1999, pp. 108 y ss.; GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, 1998, pp. 155 y s.; PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, 1995, pp. 389 y ss.; TASENDE CALVO, «Los hurto cualificados», en TASENDE CALVO (dir.), *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, 2004, pp. 27 y ss.

o de los servicios de telecomunicaciones, o de otras cosas destinadas al servicio público que cause un grave quebranto al mismo.

Como se observa, la principal novedad de la propuesta se traduce en la expresa mención de las conducciones de suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones que, según se dice en la Exposición de motivos del Anteproyecto, se debe al enorme problema generado por la sustracción de cable de las redes de servicio público e interés general. Sin embargo, como veremos a continuación la mención de estos objetos y consecuentemente la «incorporación de esta nueva agravación» es, desde nuestro punto de vista, superflua.

El delito de apoderamiento de conducciones de suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones regulado en la Ley de 4 de mayo de 1948 sobre sustracción de materiales de comunicación, transporte y abastecimiento de aguas, fue incorporado al Código Penal de 1973 en virtud de la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961²⁴. El párrafo segundo del art. 249 castigaba como una modalidad de desórdenes públicos, a «los que se apoderaren de material fijo o móvil u objetos destinados al servicio público de transportes, abastecimiento de agua, gas, hilos o cables instalados para el servicio eléctrico, telegráfico, telefónico, radiotelefónico o radiotelégrafo, cualquiera que fuera su valor». La razón que se daba para introducir esta modalidad delictiva entre los delitos de desórdenes públicos era que la frecuencia con la que se producían las sustracciones de estos materiales exigía medidas especiales encaminadas a combatir esta forma de delincuencia, que había aumentado considerablemente en esos tiempos, «sin duda por el elevado precio que dicho material alcanza en el mercado». En aplicación de esta norma, todo apoderamiento de los objetos mencionados, independientemente de su valor, y aunque el sujeto tuviese primordialmente un ánimo lucrativo, si sabía o al menos se representaba que como consecuencia de sus acciones iba a producir graves trastornos a la comunidad y, consecuentemente, alterar el orden público, era castigado por este delito que al ser un tipo cualificado de los desórdenes

²⁴ Doctrina y jurisprudencia se han mostrado críticos con la introducción de estas modalidades de desórdenes públicos tanto por su dudosa legalidad (véase por todos, GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II (Artículos 234 a DF 7ª), 6ª ed., 2011, p. 1654), como por la gravedad de la pena, que si bien se justificaba en años subsiguientes a la guerra civil «dada la proliferación de estas conductas y escasez de los materiales de que habla el precepto, propio de la economía autárquica de aquella época, tal situación coyuntural desapareció, por lo que razones de política criminal hubieran hecho aconsejable la abolición de la agravación incrustada en esta figura delictiva», así expresamente STS, Sec. 2ª, 17.03.1989 (Id Cendoj: 28079120021989100604; MP: Fernando Díaz Palos).

públicos, castigados con pena de prisión menor, la pena privativa de libertad podía tener una duración de 4 años 2 meses y 1 día a 6 años²⁵.

La LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 1973, modificó el art. 516 para introducir un tipo cualificado de hurto «cuando se trate de cosas destinadas a un servicio público, si se produjera una grave perturbación del servicio», cualificación que también se aplicaba al delito de robo con fuerza en las cosas según disponía el art. 506.6. La introducción de esta cualificación entre los delitos contra el patrimonio planteó problemas de delimitación con el tipo cualificado de desórdenes públicos del párrafo segundo art. 249, en la medida que la sustracción de estos objetos, siempre que suponga una grave perturbación al servicio público que presten, podía ser sancionado o bien como un tipo cualificado de desórdenes públicos o como un tipo cualificado de hurto o robo con fuerza.

Para resolver este problema concursal, doctrina y jurisprudencia presentaban soluciones distintas. Así, un sector de la doctrina entendía que se trataba de un concurso de leyes a resolver o bien por aplicación del principio de especialidad, o de consunción, o de alternatividad; mientras que otro sector sostenía que se trataba de un concurso ideal de delitos entre el párr. 2º del art. 249 y, o los tipos básicos de hurto o robo o con su correspondientes tipos cualificados, en tanto que ninguno de los preceptos abarcan por sí solos todo el desvalor de la conducta²⁶. Por otro lado, la jurisprudencia también presentaba dos soluciones: «entender que el hurto o robo agravados sólo deben entrar en aplicación cuando se proyecten sobre objetos no comprendidos en el art. 249 (criterio objetivo) o bien considerar que la finalidad de alterar el orden público es la que da todo su sentido al art. 249, hasta constituir un elemento subjetivo del injusto, de modo que sólo cuando se detecta tal propósito como impulsor del apoderamiento del material u objeto destinados al servicio público deberá aplicarse tal precepto, reservando para los arts. 506.6 y 516.1 los demás apoderamientos en tanto no aparezca aquella finalidad primordial (criterio subjetivo)»²⁷. En aplicación del criterio objetivo, el hurto o robo agravados tendrían un carácter residual, reduciendo su aplicación al apoderamiento de cualquier objeto destinado al servicio público, pero distinto de los mencionados en el artículo 249²⁸. La jurisprudencia optó mayoritariamente²⁹ por el criterio subjetivo que

²⁵ Sobre esta figura delictiva véanse los trabajos de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Algunas consideraciones sobre el tipo de apoderamiento de determinados objetos destinados al servicio público (Art. 249, 2.º, CP. A propósito de la línea jurisprudencial que arranca de la STS 8-11-1988)», *PJ*, nº 16, 1989, pp. 177 y ss.; PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias*, 1995, pp. 398 y ss.

²⁶ Sobre las distintas soluciones aportadas por la doctrina, véanse ampliamente, BAJO FERNÁNDEZ/ PÉREZ MANZANO/ SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª ed., 1993, pp. 88 y s.; PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias*, 1995, pp. 404 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *PJ*, 1989, pp. 185 y ss.

²⁷ STS, Sec. 2ª, 17.03.1989 (Id Cendoj: 28079120021989100604; MP: Fernando Díaz Palos)

²⁸ Véase STS, Sec. 1ª 08.11.1988 (Id Cendoj: 28079120011988100811; MP: José Hermenegildo Moyña Menguez) y el comentario a la misma de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *PJ*, 1989, pp. 185 y ss.

²⁹ Sin bien, la mayoría de la jurisprudencia se mostraba de acuerdo en que se trataba de un aparente concurso de normas, un sector minoritario entendía que al tratarse de bienes jurídicos diferentes, y como «mejor manera de dar respuesta acorde con el doble desvalor de la acción debe castigarse como

fundamentalmente coincide con el principio de especialidad, al entender, que «cuando, los sustractores del material reseñado en el artículo 249, obren con el decidido propósito, con el dolo específico y directo, de producir alteraciones en el orden público, será aplicable el mentado precepto, y si, por el contrario, sólo pretenden obtener un lucro, el operante será el artículo 514, adobado con el artículo 515 y, con la circunstancia 1.ª del artículo 516, en el caso de que se trate de cosas destinadas a un servicio público o se produjera una grave perturbación del mismo»³⁰. De esta forma, el párrafo segundo del art. 249 del Código Penal de 1973 sólo se aplicaría cuando el sujeto de la sustracción actuare con dolo específico y directo de producir alteraciones en el orden público, mientras que si sólo pretende la obtención de un lucro, aplicaban los tipos cualificados de hurto o robo con fuerza en las cosas³¹. En estos últimos casos, la mayoría de los supuestos a los que se aplicaba esta cualificación, el servicio público a los que estaban destinados los objetos, era el de telecomunicaciones.

Al suprimir el Código Penal de 1995 el delito de desórdenes públicos que se cometía mediante el apoderamiento de estas cosas, los problemas concursales quedaron superados³². Y, aunque en la Exposición de motivos del Anteproyecto se alegue, en parecidos términos a los de la Ley de 1948, que «debido al enorme problema generado por la sustracción de cable de cobre de las redes de servicio público e interés general, también se ha considerado conveniente incorporar una agravación cuando los delitos de hurto o robo afecten a conducciones de suministro eléctrico o de telecomunicaciones», la mención expresa de estas cosas es superflua porque pueden incluirse sin ningún tipo de problemas interpretativos dentro del concepto de «cosas destinadas al servicio público».

Como hemos visto, el apoderamiento con ánimo de lucro, de los cables conductores del tendido de las líneas telefónicas o de los cables de red eléctrica puede

un supuestos de concurso ideal de delitos (Voto particular de Manzanares Samaniego a la STS, Sec. 2ª, 17.03.1989; Id Cendoj: 28079120021989100604; MP: Fernando Díaz Palos; en el mismo sentido, STS, Sec. 1ª, 26.03.1991; Id Cendoj: 28079120011990107739; MP: Enrique Bacigalupo Zapater).

³⁰ Así, entre otras, STS, Sec. 1ª, 18.01.1989 (Id Cendoj: 28079120011989105869; MP: Eduardo Moner Muñoz); STS, Sec. 1ª, 21.02.1989 (Id Cendoj: 28079120011989104971; MP: Luis Vivas Marzal); STS, Sec. 1ª, 22.03.1990 (Id Cendoj: 28079120011990105177; MP: José Hermenegildo Moyna Menguez); STS, Sec. 1ª, 31.01.1991 (Id Cendoj: 28079120011991107010; MP: Francisco Soto Nieto).

³¹ STS, Sec. 2ª, 17.03.1989 (Id Cendoj: 28079120021989100604; MP: Fernando Díaz Palos). Sin embargo, puede encontrarse alguna sentencia aislada del Tribunal Supremo en la que desestimando el recurso presentado por un condenado por el delito de desórdenes públicos del art. 249 del antiguo CP considera que: «para el dolo del delito del art. 249 Código Penal sólo se requiere haber sabido que con la acción se perturbaba el normal funcionamiento del ferrocarril, lo que en este caso está claramente acreditado. El que sabe que ocasiona una perturbación de esta naturaleza, sabe también, como es lógico, que altera la paz pública en la forma que lo establece el art. 249 Código Penal» (STS, Sec. 1ª, 26.03.1990 (Id Cendoj: 28079120011990107739; MP: Enrique Bacigalupo Zapater).

³² Tal como ya lo había propuesto la doctrina, precisamente para evitar los problemas interpretativos que generaba la concurrencia de ambos preceptos. Así, entre otros, PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias*, 1995, p. 412. En el mismo sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, 1999, p. 111.

ser calificado como hurto o robo, ya que se trata de objetos corporales que tienen un valor económico, susceptibles de apropiación y de desplazamiento. Si tenemos en cuenta la más reciente jurisprudencia menor podemos encontrar numerosas sentencias en las que la sustracción de cables de cobre destinados al tendido eléctrico o telefónico ha sido calificada como hurto o robo con fuerza en las cosas según las circunstancias concurrentes en el hecho. Así, por ejemplo, se ha condenado por una falta de hurto en grado de tentativa a dos sujetos que accedieron al recinto de una urbanización y guiados por el ánimo de lucro, cuando amontonaban cable de cobre destinado al tendido eléctrico cuyo valor no quedó determinado, fueron sorprendidos por la policía³³. Por delito de robo con fuerza en las cosas a dos sujetos que, tras saltar la valla del recinto cerrado en la obra que estaban realizando un hospital, procedieron a cortar trozos de cable de cobre de una de las bobinas de cableado que se encontraba en su interior³⁴.

Ahora bien, para la aplicación del tipo cualificado del art. 235.2º CP no es suficiente que la cosa pueda considerarse como destinada al servicio público, es necesario, además, que la sustracción ocasione un grave quebranto a éste. Por lo que, si las conducciones de suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones están destinadas al servicio público pero su sustracción no ocasiona un grave quebranto a éste no podrá aplicarse el tipo cualificado, debiéndose aplicar, en cualquier caso, los respectivos tipos básicos. Así, por ejemplo, se castigó por delito de hurto la sustracción del interior de farolas de una urbanización que se estaba construyendo, de cables eléctricos³⁵; o el apropiarse de cables para el tendido telefónico que prestaba servicio de telefonía a una localidad³⁶; o por robo con fuerza en las cosas el forzamiento de los

³³ SAP Las Palmas de Gran Canarias, Penal, Sección 1ª, 28.06.2012 (Id Cendoj: 35016370012012100305; MP: Inocencia Eugenia Cabello Díaz). Véanse también, SAP Burgos, Penal Sec. 1ª, 25.11.2010 (Id Cendoj: 09059370012010100587; MP: Francisco Manuel Marín Ibáñez); SAP Almería, Penal Sec. 3ª, 25.03.2011 (Id Cendoj: 04013370032011100145; MP: Tarsila Martínez Ruiz; SAP Madrid, Penal Sec. 7ª, 09.07.2012 (Id Cendoj: 28079370072012100562; MP: María Luisa Aparicio Carril).

³⁴ SAP Burgos, Penal Sec. 1ª, 10.09.2012 (Id Cendoj: 09059370012012100398; MP: Francisco Manuel Marín Ibáñez). Véanse también, entre otras, SAP Huelva, Penal Sec. 3ª, 09.06.2011 (Id Cendoj: 21041370032011100286; MP: Luis Guillermo García-Valdecasas Y García-Valdecasas); SAP Madrid, Penal Sec. 4, 01.01.2012 (Id Cendoj: 28079370042012100108; MP: Eduardo Jiménez-Clavería Iglesias); SAP Valencia, Penal Sec. 3ª, 10.01.2012 (Id Cendoj: 46250370032012100004; MP: Lucía Sanz Díaz); SAP Madrid, Penal Sec. 30ª, 28.07.2012 (Id Cendoj: 28079370302012100353; MP: Ignacio José Fernández Soto).

³⁵ SAP Cádiz, Penal Sec. 4ª, 23.01.2012 (Id Cendoj: 11012370042012100041; MP: María Inmaculada Montesinos Pidal).

³⁶ SAP Burgos, Penal Sec. 1ª, 15.12.2010 (Id Cendoj: 09059370012010100625; MP: Francisco Manuel Marín Ibáñez). Véase sin embargo, la STS en la que desestimando una sentencia en la que se había condenado por desórdenes públicos castiga por el delito de hurto cualificado de los arts. 514 y 515.1º del antiguo Código penal, a pesar que en la misma sentencia se reconoce que el apoderamiento de

anclajes de unas farolas para arrancar los tubos en cuyo interior se guardan los cables de cobre del alumbrado público de la zona³⁷; o el levantar las tapas que protegían los cables de transmisión de datos y energía que se encontraban paralelos a la línea del AVE para apoderarse de los cables de cobre de la toma de tierra y los cables negros de masa de los diferentes postes de la catenaria³⁸.

Por el contrario, se aplica este tipo cualificado cuando en el respectivo procedimiento judicial queda probado que el hurto o el robo de las conducciones del suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones ha supuesto efectivamente un grave quebranto al mismo³⁹. Así, por ejemplo, se condena por hurto o robo con fuerza cualificado por la grave perturbación del servicio público el apoderamiento de cables de cobre de línea telefónica o telegráfica que prestaba servicio a varios cortijos dejando incomunicados a sus moradores⁴⁰; así como a la sustracción de los cables del tendido eléctrico que alteraron gravemente el servicio de alumbrado público⁴¹.

Las cosas destinadas al servicio público pueden ser de titularidad pública o privada. Además, el servicio público que se vea afectado por el apoderamiento no tiene por qué limitarse al prestado directamente por la Administración Pública ya que por la paulatina privatización y subcontratación de servicios que prestan las distintas Administraciones, éstos están prestados en la actualidad por empresas concesionarias de

una determinada cantidad de cable del tendido de la línea telegráfica no produjo la interrupción ni la incomunicación del servicio (STS, Sec. 1ª, 17.04.1990 (Id Cendoj: 28079120011990108654; MP: Siro Francisco García Pérez).

³⁷ SAP Sevilla, Penal Sec. 3ª, 19.01.2012 (Id Cendoj: 41091370032012100018; MP: Luis Gonzaga De Oro-Pulido Sanz).

³⁸ SAP Zaragoza, Penal Sec. 1ª, 28.07.2008 (Id Cendoj: 50297370012008100431; MP: Antonio Eloy López Millán).

³⁹ Razón por la que no compartimos lo afirmado en el Informe de la FGE en el sentido que la nueva redacción propuesta supone un acierto al agravar este tipo de comportamientos, ya que, como hemos visto, los tribunales vienen aplicando esta circunstancia, de concurrir todos los requisitos, al apoderamiento de estos objetos (Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto, 2012, p. 208).

⁴⁰ STS, Sec. 1ª 08.11.1988 (Id Cendoj: 28079120011988100811; MP: José Hermenegildo Moyna Menguez); STS, Sec. 1ª, 18.01.1989 (Id Cendoj: 28079120011989105869; MP: Eduardo Moner Muñoz); STS, Sec. 1ª, 21.02.1989 (Id Cendoj: 28079120011989104971; MP: Luis Vivas Marzal); STS, Sec. 2ª, 17.03.1989 (Id Cendoj: 28079120021989100604; MP: Fernando Díaz Palos); STS, Sec. 1ª, 31.01.1991 (Id Cendoj: 28079120011991107010; MP: Francisco Soto Nieto); STS, Sec. 1ª, 19.01.1993 (Id Cendoj: 28079120011993109015; MP: Joaquín Delgado García); SAP Barcelona, Penal Sec. 5ª, 14.02.2011 (Id Cendoj: 08019370052011100083; MP: María Magdalena Jiménez Jiménez).

⁴¹ STS, Sec. 1ª, 22.03.1990 (Id Cendoj: 28079120011990105177; MP: José Hermenegildo Moyna Menguez); STS, Sec. 1ª, 20.11.1991 (Id Cendoj: 28079120011991108654; MP: Fernando Díaz Palos); SAP Jaén, Penal Sec. 2ª, 12.12.2011 (Id Cendoj: 23050370022011100461; MP: Rafael Morales Ortega); SAP Zaragoza, Penal Sec. 6ª, 29.05.2012 (Id Cendoj: 50297370062012100276; MP: Carlos Lasala Albasini).

los mismos o por particulares, como por ejemplo, el suministro de electricidad, de telefonía, etc.⁴²

Dentro de la cláusula abierta «otras cosas destinadas al servicio público», y que tienen relación directa con las conducciones de suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones, pueden incluirse también las tuberías que transportan el agua o el gas ciudad, siempre que la sustracción de las mismas suponga un grave quebranto al servicio público.

No consideramos procedente, sin embargo, la propuesta presentada en el Informe del CGPJ de eliminar el requisito del grave quebranto con la finalidad de darle un «alcance disuasorio de mayor envergadura que sería muy útil para poner coto al constante incremento de esta modalidad delictiva» y también para evitar que la punición agravada dependiera de los factores circunstanciales asociados al funcionamiento, al servicio o suministro⁴³. En nuestra opinión, el fundamento de la agravación no debe residir en las cualidades o características de las cosas, es decir, no se pretende brindar una especial protección y por lo tanto dotarle de un mayor reproche penal a la sustracción del material empleado en el suministro eléctrico o en el de los sistemas de comunicación, no se trata de una supervaloración de estas cosas. Por el contrario, el fundamento está en el destino general de la cosa a la prestación de un servicio público, y su relación necesaria y directa con el desempeño de la función⁴⁴, por lo que no basta que sean destinadas al servicio público prestado por la Administración o por los concesionarios en régimen de contratación pública, sino en el interés que los ciudadanos no vean perturbada o impedida la posibilidad de utilizar la energía eléctrica o las conexiones telefónicas o de internet.

⁴² Así, entre otros, GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, 1998, p. 156; PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias*, 1995, pp. 392 y s.

⁴³ CGPJ, *Informe al Anteproyecto*, 2013, pp. 108 y s.

⁴⁴ En este sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, 1999, p. 111; GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, 1998, p. 156; QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II, 2011, p. 40; TASENDE CALVO, en TASENDE CALVO (dir.), *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, 2004, p. 29.

4.2 Por razón de la víctima: cuando se realice abusando de la situación de desamparo de la víctima o aprovechando la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito

El numeral cuarto del art. 235 CP prevé conjuntamente dos circunstancias. Por un lado, poner a la víctima o a su familia en grave situación económica; y por otro, abusar de sus circunstancias personales. El Anteproyecto sigue manteniendo la regulación conjunta de estas dos circunstancias, siendo la principal novedad la introducción de otras circunstancias situacionales relacionadas con la víctima como son el abusar de su situación de desamparo o aprovechar la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito.

Desaparecida la cualificación por abuso de superioridad que hacía mención el Código Penal de 1973, en el abuso o aprovechamiento de las circunstancias personales de la víctima se incluyen todos aquellos supuestos en los que esta situación personal supone un desequilibrio entre el sujeto activo y el pasivo. Éste se traduce en una especial ventaja para el sujeto activo que aprovecha una determinada posición de debilidad física o psíquica del sujeto pasivo para cometer el delito⁴⁵. Como bien ha advertido la doctrina, la referencia al abuso de las circunstancias «personales» de la víctima supone que deben tratarse de condiciones que concurren en el sujeto pasivo. Por ello, sólo se limitan a situaciones de inferioridad relacionadas con las circunstancias físicas o psíquicas de la víctima, entre las que pueden considerarse: incapacidad o deficiencia psíquica⁴⁶, ceguera⁴⁷, enfermedad⁴⁸, desvalimiento por la corta o avanzada edad⁴⁹, minusvalía o inconsciencia, etc. Ahora bien, doctrina y jurisprudencia

⁴⁵ Véanse ampliamente al respecto, DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, 1999, p. 116; GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, 1998, p. 161; EL MISMO, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. I, 2004, p. 648; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 18ª ed., 2010, p. 391; QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II (Artículos 234 a DF 7ª), 6ª ed., 2011, p. 41; TASENDE CALVO, en TASENDE CALVO (dir.), *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, 2004, p. 51.

⁴⁶ SAP Zaragoza, Penal Sec. 6ª, 17.06.2008 (Id Cendoj: 50297370062008100058; MP: Carlos Lasala Albasini).

⁴⁷ SAP Las Palmas de Gran Canarias, Penal Sec. 2ª, 17.09.2009 (Id Cendoj: 35016370022009100588; MP: María del Pilar Verastegui Hernández).

⁴⁸ SAP Mallorca, Penal Sec. 2ª, 28.07.1998 (Id Cendoj: 07040370021998100252; MP: Antonio Martínez Sánchez).

⁴⁹ STS 1ª, 20.06.2004 (Id Cendoj: 28079120012004100772; MP: José Manuel Maza Martín); SAP Madrid, Penal Sec. 7ª 24.10.2005 (Id Cendoj: 28079370172005100594; MP: Jacobo Vigil Levi).

mayoritarias coinciden en que la aplicación de esta cualificación debe limitarse a los casos en los que el autor aprovecha conscientemente esa situación de inferioridad en la que se encuentra la víctima, excluyendo los supuestos de abuso creado por el sujeto activo mediante la interposición de actos positivos que debiliten la defensa de ésta⁵⁰.

El Anteproyecto prevé otras circunstancias que, al igual que la anterior hacen referencia a la víctima y que suponen una mayor facilidad para la comisión del hurto o robo, pero la diferencia fundamental está en que ya no se tratan de sus circunstancias personales, sino que, por el contrario, son circunstancias relacionadas con la situación en la que la víctima se encuentra o con las concurrentes en el hecho. Así, se incluyen los supuestos de aprovechamiento de la situación de desamparo de la víctima, es decir, de aquella persona que en el momento de los hechos no puede ayudarse a sí misma ni puede ser ayudada por terceras personas; la producción de un accidente, o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad como por ejemplo, inundaciones o terremotos.

Sin embargo, la concurrencia objetiva de estas circunstancias no es suficiente para aplicar esta cualificación, se requerirá además, por un lado, que esta situación efectivamente haya debilitado la defensa del sujeto pasivo o facilitado la comisión impune del delito; y por otro lado, que ésta sea aprovechada de forma consciente por el sujeto activo.

4.3. Por razón del sujeto activo: cuando el autor actúe con profesionalidad

1. El tratamiento legal de lo que se denomina «delincuencia profesional» en los delitos de hurto no es un fenómeno propio de nuestro tiempo ya que, como en su día puso de manifiesto Asúa Batarrita, desde los códigos penales del siglo XIX, las agravaciones por reincidencia estaban exclusivamente previstas para los delitos patrimoniales, en los que, se afirma, puede apreciarse con más frecuencia la delincuencia profesional o habitual. Tradicionalmente, los legisladores han optado por la pena como el único medio para luchar contra este fenómeno previéndose muchas veces penas especialmente severas. El fundamento de un régimen punitivo tan severo

⁵⁰ Así, entre otros, TASENDE CALVO, en TASENDE CALVO (dir.), *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, 2004, p. 521.

estaba en la especial preocupación del legislador «por lograr la máxima protección de la propiedad, un derecho cuasi sagrado en la ideología liberal» de esos tiempos⁵¹.

Antes de la reforma de 1983, el texto refundido del Código Penal de 1973 preveía, por un lado, dentro del catálogo de las circunstancias agravantes genéricas previsto en el art. 10, la reiteración⁵², la reincidencia⁵³ y la multirreincidencia⁵⁴. Por otro lado, se prevé la conversión de la falta de hurto en delito por especial reincidencia, es decir, se castiga la falta de hurto como delito cuando el sujeto hubiese sido condenado anteriormente por delito de robo, hurto, estafa, apropiación indebida, cheque en descubierto o receptación, o dos veces en juicio de faltas por estafa, hurto o apropiación indebida (art. 515.4º); además de preverse un tipo cualificado cuando el sujeto fuere dos veces reincidente (art. 516.3º)⁵⁵.

2. Tras la reforma de 1983 del Código Penal, la reiteración delictiva y la reincidencia se configuran como una sola circunstancia agravante genérica⁵⁶, y se derogan los efectos agravatorios de la reincidencia cualificada o multirreincidencia⁵⁷. En lo que al hurto se refiere, desaparecen la posibilidad de castigar como delito la falta de hurto⁵⁸ y la cualificación por reincidencia. En la Exposición de motivos de la LO

⁵¹ ASÚA BATARRITA, *La reincidencia*, 1982, p. 455. En el mismo sentido, AGUADO LÓPEZ, *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: Problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, 2008, p. 19; QUINTERO OLIVARES, «El hurto», en COBO DEL ROSAL (dir.) *Comentarios a la legislación penal, La reforma del Código Penal de 1983*, t. V, vol. 2º, 1985, p. 1146.

⁵² Según el numeral 14 de este artículo hay reiteración cuando al delinquir el culpable hubiere sido castigado por delito a que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquella señale pena menor.

⁵³ Tras la reforma de 1978, mediante LO 81/1978, de 28 de diciembre, el numeral 15, disponía que hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título de este Código.

⁵⁴ La multirreincidencia podía apreciarse cuando al delinquir el sujeto hubiere sido ejecutoriamente condenado por dos o más delitos de los mencionados anteriormente en varias sentencias, siempre que en alguna de ellas se hubiere apreciado ya la circunstancia de reincidencia.

⁵⁵ Sobre los antecedentes de esta modalidad de hurto, véase ampliamente el trabajo de ASÚA BATARRITA, *La reincidencia*, 1982, pp. 380 y ss. Sobre la regulación anterior a la reforma de 1983, véase GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, Valencia, 2008, pp. 20 y ss.

⁵⁶ Aunque como pone de manifiesto la doctrina en la nueva agravante de reincidencia, se sigue manteniendo la distinción entre la agravante genérica por reiteración y la específica por reincidencia. Véanse al respecto, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, 1999, pp. 29 y s.; RODRÍGUEZ DEVESA/ SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, 16ª ed., 1993, pp. 745.

⁵⁷ Así, el art. 61.6ª disponía: «Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la señalada por la Ley en su grado máximo, salvo el caso de que concurra la agravante decimoquinta del artículo 10, en el que se aplicará la pena superior en uno o dos grados a partir de la segunda reincidencia, en la extensión que aquéllos estimen conveniente».

⁵⁸ Como pone de manifiesto QUINTERO OLIVARES, esta figura pretendía conseguir unos efectos propios de la reincidencia en el delito «aun cuando el autor sólo hubiera cometida una falta, pero que por su naturaleza, similar a los antecedentes, permitieran ya calificarlo como delincuente común contra la

8/1983, se explican tres razones que fundamentan esta decisión. La primera de ellas, que el castigo de un solo hecho que genera consecuencias punitivas en más de una ocasión vulnera el principio de *non bis in idem*; la segunda, que la imposición de la pena, más allá del límite legal del castigo previsto para la concreta figura de delito, vulnera el principio de legalidad; y la tercera, porque se considera poco eficaz en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva⁵⁹.

3. Dentro de este breve repaso por el tratamiento de la reiteración delictiva, cobran especial importancia los Proyectos de Código Penal de 1980⁶⁰ y 1992⁶¹ en los que pueden encontrarse los precedentes más inmediatos de la regulación de la profesionalidad y, con algunas diferencias, del castigo del delito habitual de hurto. De conformidad con el art. 152 del Proyecto de 1980, se considera profesional al delincuente habitual que viva en todo o en parte de las ganancias del delito. Se dispone que a estos delincuentes se les impondrá, como complemento de la pena señalada al delito cometido, el internamiento en el correspondiente centro de rehabilitación social por un tiempo que, de conformidad con el art. 135 del Proyecto, no podrá ser superior a quince años de duración. Además, una vez cumplido el período de internamiento, el Tribunal podrá acordar el cumplimiento de determinadas prohibiciones u obligaciones⁶². El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992, prevé la introducción de una nueva modalidad de hurto. Así, el art. 237.2 establece que se impondrá la misma pena prevista para el hurto, es decir, prisión de seis meses a dos años, al culpable habitual de la falta de hurto. Se considera habitual al que hubiere sido condenado por tres faltas de hurto en los tres años anteriores a la comisión de la nueva infracción penal⁶³. Aunque la doctrina recibió con cierta neutralidad la propuesta de esta nueva modalidad de hurto no faltaron opiniones que denunciaron que más que la habitualidad era la reincidencia la que fundamentaba este delito, por lo que «en la medida en que agrava la pena en base a

propiedad» («El hurto», en COBO DEL ROSAL (dir.) *Comentarios a la legislación penal, La reforma del Código Penal de 1983*, t. V, vol. 2º, 1985, p. 1147).

⁵⁹ Hay que tener en cuenta que el art. 4 de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social seguiría permitiendo, al menos formalmente, declarar en estado peligroso a los condenados por tres o más delitos en los que sea presumible la habitualidad criminal, previa expresa declaración de su peligrosidad social.

⁶⁰ Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, BOCG, I Legislatura, nº 108-1, 17 de enero de 1980.

⁶¹ Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992, BOCG, IV Legislatura, nº 102-1, 23 de septiembre de 1992.

⁶² Como, por ejemplo, las de residencia, portar armas, entre otras.

⁶³ El Proyecto de Código Penal de 1980 también contenía una figura similar. Así, el párrafo segundo del art. 236 disponía que el hurto se penará como delito cuando la cuantía de lo sustraído exceda de 15.000 pesetas o, «aun sin rebasar esa cantidad, el culpable hubiere sido anteriormente condenado por delito contra el patrimonio de carácter lucrativo, o por dos o más faltas de igual clase».

circunstancias ajenas al injusto cometido, le alcanzan las mismas dudas de constitucionalidad que a aquella»⁶⁴.

4. La Exposición de motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, destaca la problemática de la «delincuencia que reiteradamente comete sus acciones, o lo que es lo mismo, la delincuencia profesionalizada». Agregando que son «numerosos los ejemplos de aquellos que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada». Para dar respuesta a esta problemática se decide introducir en el art. 66.5ª CP una nueva agravante de reincidencia cualificada que posibilita elevar la pena prevista para el delito en cuestión en un grado⁶⁵; y determinadas «medidas dirigidas a mejorar la aplicación de la respuesta penal a la habitualidad de la conducta cuando los hechos infractores del Código Penal cometidos con anterioridad no hubieran sido aún juzgados y condenados». Estas medidas se traducen, en lo que al hurto se refiere, en la conversión en delito de la comisión de cuatro faltas en el transcurso de un año, siempre que el montante acumulado sea superior a 400 €⁶⁶. Para aplicar este precepto, ninguna de las cuatro faltas debe haber sido juzgada anteriormente ni menos prescrito⁶⁷. Como se observará, esta reforma vuelve a introducir, con ciertos matices, la agravante de multirreincidencia y el castigo como delito de la comisión de faltas de hurto que fueron derogadas tras la reforma de 1983 del texto del CP de 1973⁶⁸.

5. El Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado en enero de 2007 también se refería en su Exposición de motivos a la «habitualidad o profesionalidad criminal» como una

⁶⁴ Así, expresamente, GONZÁLEZ RUS, «La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio: consideraciones críticas», *EPC*, nº 16, 1993-1994, p. 151. Esta modalidad de hurto ya se contemplaba en el art. 236 del Proyecto de Código Penal de 1980, que prevé el castigo de la falta de hurto como delito cuando el «culpable hubiere sido anteriormente condenado por delito contra el patrimonio de carácter lucrativo, o por dos o más faltas de igual clase».

⁶⁵ Un amplio análisis sobre esta modalidad delictiva puede encontrarse en AGUADO LÓPEZ, *La mutirreincidencia y la conversión de faltas en delito*, 2008, pp. 16 y ss.

⁶⁶ Véase ampliamente al respecto, ALONSO ÁLAMO, «Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/ GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coord.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2003, pp. 55 y ss.; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. I, 2004, pp. 641 y ss.; EL MISMO, *RJC*, 2011, pp. 1002 y ss.; GONZÁLEZ RUS, «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (II). El hurto», en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español: parte especial*, 2005, pp. 447; JIMÉNEZ DÍAZ, «Los nuevos tipos de "habitualidad" en las lesiones, hurto y robo y hurto de uso», en CARBONELL MATEU (coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2003, pp. 531 y ss.

⁶⁷ En este sentido, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 2/2003, de 18 de diciembre, sobre la aplicación práctica del nuevo delito consistente en la reiteración de cuatro faltas homogéneas.

⁶⁸ Así, en este sentido, REBOLLO VARGAS, *EPC*, 31, 2011, p. 565.

«realidad que demanda una política criminal propia y de amplio espectro»⁶⁹. Preocupación que se traduce en la propuesta de modificación del art. 94 CP para ampliar el concepto de habitualidad, introducir una serie de disposiciones para dificultar la suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad para los delincuentes reincidentes o habituales, y determinadas medidas que los jueces o tribunales podrían imponer a estos sujetos, dentro de las que se encuentra la libertad vigilada⁷⁰. Como se sabe este Proyecto no siguió adelante y, a pesar de las posteriores reformas del Código Penal, la regulación de la habitualidad contenida en el art. 94 ha permanecido inalterada.

6. En la LO 5/2010, de 22 de junio, aunque ya no se habla de profesionalidad delictiva, se hace mención expresa a la «reiteración delictiva» que, según su Exposición de motivos, «han generado una especial inseguridad ciudadana en los últimos tiempos»⁷¹. Como era de esperar, la respuesta del legislador supone un mayor rigor punitivo que se traduce en reducir de cuatro a tres las faltas para configurar el delito continuado de hurto, y en la introducción de la falta reiterada de hurto. Según dispone el párrafo segundo del art. 623 CP para apreciar la comisión reiterada de faltas, «se atenderá al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas y a la proximidad temporal de las mismas», sin tener en cuenta que alguna de estas faltas de hurto puede haber prescrito o cancelado los antecedentes penales de sus autores⁷², lo que plantea problemas de *ne bis in idem*. Como regla, la comisión de la falta de hurto se puede castigar con las penas de localización permanente o multa, sin embargo, para el supuesto de falta reiterada la pena a imponer debe ser la localización permanente, porque según se dice «puede ser el instrumento adecuado para combatir con mayor rigor y eficacia» este tipo de delincuencia. Y para conseguir un mayor efecto disuasorio, se prevé la posibilidad de que el Juez pueda disponer el cumplimiento de esta pena en sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado. Previsión que, aunque se diga que en estos supuestos se descarta el recurso

⁶⁹ BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 119-1, 15 de enero de 2007.

⁷⁰ Véase ampliamente al respecto, DEL CARPIO DELGADO, «La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 27, 2012, pp. 155-193; EL MISMO, «La medida de libertad vigilada para adultos», *Revista de Derecho penal*, nº 36, 2012, pp. 21-65.

⁷¹ La misma razón que el Grupo parlamentario socialista cuestionaba en el debate de la LO 11/2003, al alegar que esa inseguridad ciudadana «es el fruto de más de un lustro de abandono de las políticas sociales y de deterioro del servicio público de seguridad en beneficio de la seguridad privada» (Enmienda nº 6, BOCG, VII Legislatura, Serie A, 13 de mayo de 2003, p. 26).

⁷² En este sentido, MUÑOZ CONDE, *PE*, 18ª ed., 2010, p. 386.

a la «genuina pena de prisión», supone, tal como lo ha puesto de manifiesto la doctrina, una vuelta a la pena de arresto de fin de semana⁷³.

7. En el Anteproyecto de 2012 permanecen inalteradas la regulación de la agravante de reincidencia genérica del art. 22.8ª CP así como la habitualidad del art. 94 CP, pero se deroga la agravante de multirreincidencia prevista en el art. 66. 5ª. La propuesta prevé que en caso de concurrencia de la agravante de reincidencia (art. 66.4 ACP), se aplicará la pena establecida por la Ley para el delito cometido, «en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente, sus antecedentes y a la mayor o menor gravedad del hecho». Esta propuesta de configuración de la reincidencia como una agravante facultativa, tal como lo venía reclamando parte de la doctrina⁷⁴, supone en la práctica que, al contrario de lo que sucede con la concurrencia de cualquier otra circunstancia agravante que obliga a imponer la pena en su mitad superior, el órgano sentenciador tiene la posibilidad de apreciar o no la reincidencia, en atención de las demás circunstancias concurrentes en el hecho y en el autor del mismo. Sin embargo, aunque la propuesta de regulación de la reincidencia es considerable mejor que la vigente, no alcanzamos a comprender por qué no se decide suprimirla del catálogo de las circunstancias agravantes, tal como lo viene reclamando un importante sector de la doctrina⁷⁵, de forma que sólo sea tenida en cuenta como una circunstancia personal más del sujeto que el juez debe tener en cuenta a la hora de individualizar la pena⁷⁶.

Como adelantábamos *supra*, como consecuencia de la supresión del catálogo de faltas contenido en el Libro III del Código Penal, desaparece el delito habitual de hurto y la falta reiterada. El hecho que, según la normativa vigente, es constitutivo de falta de hurto pasa a ser castigado como delito leve; sin embargo, no tienen tal consideración los

⁷³ Así, GARCÍA ARÁN, *RJC*, 2011, p. 1007; GUARDIOLA LAGO, «La reforma penal en el delito y falta de hurto (arts. 234, 235 y 623.1º)», en ÁLVAREZ GARCÍA/ GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, p. 266; FARALDO CABANA, *La Ley Penal*, 2011, p. 4.

⁷⁴ Así, ASÚA BATARRITA, *La reincidencia*, 1982, 461. En el mismo sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, para quien en su opinión se evitarían dos cuestiones, en primer lugar no se aplicaría cuando existiesen dudas sobre la existencia de una mayor reprochabilidad, y en segundo lugar, impedir que los razonamientos preventivos adquieran autonomía más allá del marco establecido por la culpabilidad («Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992», *Jueces para la Democracia*, nº 16-17, 1992, p. 95).

⁷⁵ Así, entre otros, GARCÍA ARÁN, *Criterios de determinación de la pena en el derecho penal español*, 1982, p. 98; MIR PUIG, *La reincidencia en el Código Penal: Análisis de los artículos 10.14, 10.15, 61.6 y 516.3º*, 1974, pp. 537 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *Introducción al derecho penal. Parte General*, 1981, p. 278.

⁷⁶ De acuerdo con la propuesta defendida por MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia* 1999, pp. 380 y s.

cometidos por «delincuentes profesionales». El Anteproyecto introduce un numeral sexto al art. 235 relativo a la profesionalidad del autor. Así, se prevé cualificar el hurto o robo con fuerza en las cosas cuando «el autor actúe con profesionalidad». Esta profesionalidad es apreciable cuando éste «actúa con el ánimo de proveerse de una fuente de ingresos no meramente ocasional».

Como hemos visto, la preocupación del legislador por castigar más gravemente la pequeña delincuencia patrimonial ha sido una constante en la legislación penal española, sólo interrumpida por la reforma de 1983 y la posterior promulgación del Código Penal de 1995. Como era de esperar esta preocupación se vuelve a poner de manifiesto en el Anteproyecto, en cuya Exposición de motivos se alega que la revisión de la regulación de los delitos patrimoniales tiene como objetivo esencial «ofrecer respuesta a los problemas que plantea la multirreincidencia y la criminalidad grave. Con esta finalidad se suprime la falta de hurto, y se introduce un supuesto agravado aplicable a la delincuencia profesional y organizada. Los supuestos de menor gravedad, que anteriormente se sancionaban como falta, se regulan ahora como delitos leves; pero se excluye de tal consideración todos aquellos delitos en los que concurra alguna circunstancia de agravación -en particular, delincuencia profesional y organizada-. De este modo se solucionan los problemas que planteaba la delincuencia profesional: los delincuentes profesionales anteriormente eran condenados por meras faltas, pero con esta modificación podrán ser condenados como autores de un tipo agravado castigado con penas de uno a tres años de prisión que, en los casos más graves, podrían incrementarse de dos a cuatro años de prisión».

Lo que está claro es que el prelegislador pretende castigar con pena más grave al sujeto que de forma reiterada comete delitos de hurto o robos con fuerza con la finalidad de sustentarse económicamente del producto o beneficios que estos le reporten. Pero lo que no está claro son las circunstancias que deben concurrir en el hecho o en el autor para aplicar esta cualificación. Al margen de lo discutible que puede resultar la utilización del término «profesionalidad»⁷⁷ que, como hemos visto, ya ha sido utilizado en otras normas o proyectos de normas⁷⁸, el problema fundamental de esta circunstancia es que la vaguedad del concepto es contrario al mandato de determinación y a la función

⁷⁷ Así, en el Informe al Anteproyecto, el CGPJ advierte sobre la impropiedad del uso del término «profesionalidad» anudado a una actividad ilícita (*Informe al Anteproyecto*, 2013, p. 187).

⁷⁸ Término que, por cierto, es utilizado en el art. 105 del Código Penal italiano para describir al sujeto que vive habitualmente del delito. Véase al respecto, MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di diritto penale: parte generale*, 4ª ed., pp. 669 y s.

de garantía del tipo penal, dando lugar no sólo a problemas interpretativos sino también de aplicación práctica, lo que implica importantes riesgos para la seguridad jurídica.

Del parco contenido de la circunstancia puede afirmarse, que al igual que el delito habitual y la falta reiterada de hurto, lo que debe fundamentar el mayor rigor punitivo es la repetición o reiteración de hechos constitutivos de hurto o robo con fuerza, por lo que, para la aplicación de esta nueva circunstancia debe ser necesario, en primer lugar, la constatación de la comisión de una pluralidad de actos de apoderamiento constitutivos de hurto.

Puede considerarse que desaparecido el delito habitual de hurto y la falta reiterada, algunos supuestos abarcados por estas figuras podrán ser incluidos en este nuevo tipo cualificado. Por un lado, como hemos visto cuando se trata del delito habitual de hurto, el legislador, en aplicación del principio de seguridad jurídica, determina que las faltas cometidas en el plazo del año deben ser tres; por lo que no cabe aceptar la afirmación realizada en la Exposición de motivos del Anteproyecto, que en caso de reiteración de faltas de hurto, los «delincuentes profesionales» son condenados por «meras faltas»⁷⁹. Por otro lado, cuando se trata de la falta reiterada, aunque no se establece un número mínimo de éstas, bastando la comprobación de su proximidad temporal, hayan sido o no enjuiciadas, al considerársele un tipo subsidiario del delito habitual de hurto, sólo abarca supuestos de varias faltas, juzgadas o no, cuyo montante total de las mismas no sea superior a 400€; o varias faltas que superen los 400€, pero alguna de ellas haya sido juzgada, de manera que la suma de las faltas no juzgadas no llegue a tres y no supere los 400€⁸⁰.

Al no preverse ningún otro dato para la aplicación de esta cualificación la determinación de esta pluralidad de delitos se hace extremadamente complicada. ¿Cuántos actos de apoderamiento deben concurrir? ¿Cuatro como se disponía para el delito habitual de hurto antes de la reforma de 2010 del Código Penal, o tres según se dispone ahora; dos o más delitos como se exige para el delito continuado del art. 74 CP, o tres o más delitos a los que se refiere la habitualidad del art. 94 CP?

A falta de un criterio objetivo a partir del cual se puede hablar de esa pluralidad de delitos, en nuestra opinión, y asumiendo que quepan otras interpretaciones al

⁷⁹ Así, también la FGE para quien con la normativa vigente estos hechos no superarían la calificación de falta (*Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto, 2012, p. 210*).

⁸⁰ Así, expresamente GUARDIOLA LAGO, «La reforma penal en el delito y falta de hurto», p. 266. En el mismo sentido, FARALDO CABANA, *La Ley Penal*, 2011, p. 4; GARCÍA ARÁN, *RJC*, 2011, p. 1007.

respecto, podría tomarse como referencia lo dispuesto para el delito habitual de hurto antes de la reforma de 2010. Así, podría considerarse que será necesaria la constatación de la comisión de cuatro o más actos de apoderamiento. Es decir, la comisión de cuatro o más delitos que de haber sido enjuiciados pudieron haber sido considerados autónomamente como un delito de hurto.

Otra de las cuestiones es determinar si se podría tener en cuenta los actos de apoderamiento sobre los que hubiera recaído sentencia condenatoria o los que hubieren prescrito (cinco años cuando el hecho constituya un delito menos grave y un año para los que constituyan delito leve, según el art. 131.1 ACP). Desde nuestro punto de vista, aunque podría afirmarse que, al igual que en la regulación de la falta reiterada de hurto, esta cualificación se fundamenta en la repetición de actos de apoderamiento sí podría considerarse también estos delitos, para evitar problemas de *ne bis in idem*, la respuesta debe ser negativa.

En segundo lugar, debe existir cierta conexión temporal entre los delitos cometidos, lo que supone que no debe transcurrir un lapso de tiempo excesivo entre cada uno de estos. Si una de las peculiaridades de esta circunstancia es el ánimo del sujeto de proveerse de una fuente de ingresos, una gran diferencia temporal entre cada uno de los apoderamientos podría hacer desaparecer este ánimo.

Pero la mera existencia de esta pluralidad de actos conectados temporalmente no es suficiente para aplicar la cualificación de «profesionalidad», por lo que el tercer requisito, que sí viene mencionado en el Anteproyecto, es el ánimo de proveerse de una fuente de ingresos no meramente ocasional. Este elemento subjetivo es diferente del ánimo de lucro que debe estar presente en todos los actos de apoderamiento para que sean constitutivos de hurto. Como ocasional es algo que sobreviene por una ocasión, se entiende que el sujeto vive frecuente o habitualmente del producto, ganancias o beneficios que le reporta la comisión de estos delitos. Esta reiteración delictiva debe suponerle al reo una fuente de ganancias, más no necesariamente una exclusiva fuente de ingresos por lo que puede ser compatible con el ejercicio contemporáneo de otra actividad lícita remunerada.

La comprobación de este requisito requerirá una exhaustiva investigación por parte de los órganos jurisdiccionales y en la respectiva sentencia condenatoria debe quedar debidamente fundamentado que el sujeto actúa con la finalidad de que una de

sus fuentes de ingresos sea la comisión de delitos de hurto, no bastando una mera presunción de ello en base al número de delitos cometidos o a la falta de ingresos lícitos del sujeto.

En cualquier caso, en nuestra opinión la introducción de esta cualificación es superflua y no exenta de críticas. No sólo porque bastaría aplicar el régimen previsto para el delito continuado, sino también porque puede interpretarse que este precepto evoca la idea de un «Derecho penal de autor», al margen de suponer, como bien afirma el profesor MUÑOZ CONDE, con relación al delito habitual de hurto, una «reacción punitiva desproporcionada y el reforzamiento de la criminalización de la pobreza»⁸¹. Téngase en cuenta que, según la legislación vigente, el delito habitual de hurto se castiga con la pena de prisión de tres a dieciocho meses y la falta reiterada de hurto con la pena de localización permanente de cuatro a doce días, mientras que el Anteproyecto prevé penas de prisión de uno a tres años que en los casos más graves pueden llegar hasta los cuatro años de prisión.

La pluralidad de estos actos de apoderamiento puede configurar, de reunir todos los requisitos, un delito continuado de hurto, por lo que la delimitación de la cualificación por profesionalidad delictiva del delito continuado se presenta muy problemática. Si el sujeto comete cuatro o más actos de apoderamiento y el monto total de lo sustraído no supera 1.000€ y es de escasa gravedad, puede considerarse, en principio, como un delito continuado de hurto leve, que de acuerdo con lo previsto en el art. 74.1 ACP deberá castigarse con una pena superior a la pena mínima que habría sido impuesta en el caso concreto para la infracción más grave y que no exceda de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. En este caso al sujeto se le podrá imponer como máximo una pena de multa de hasta tres meses. Si por el contrario, el monto total de los hurtos supera los 1.000€ o uno de estos es constitutivo del tipo básico del hurto, seguiríamos ante un delito continuado, pero en este supuesto, en aplicación de la práctica jurisprudencial, se produce un salto de tipo, pudiéndose castigar por un delito continuado de hurto, tipo básico, con la pena de prisión de hasta 18 meses.

⁸¹ Así, MUÑOZ CONDE, «El Nuevo Derecho Penal Autoritario», en LOSANO/MUÑOZ CONDE (cords.), *El derecho ante la globalización y el terrorismo: "Cedant arma togae": actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003*, pp. 174 y ss.

La cuestión es si el clásico ejemplo del cajero de la empresa que durante un largo periodo de tiempo se apodera diariamente de una pequeña cantidad de dinero, que le supone una fuente de ingresos «extra» a su salario, seguirá siendo considerado como un solo delito continuado de hurto, tipo básico o tipo privilegiado, o si por el contrario será constitutivo de un delito de hurto cualificado por la profesionalidad castigado con penas de hasta tres años de prisión.

En cualquier caso, esta cualificación no tiene por qué aplicarse sólo a los supuestos de hurto cometidos por sujetos condenados a la marginación del desempleo, en tanto que como ya advertía el profesor LANDROVE, «esgrimir la amenaza penal para reprimir aquello que el sistema no es capaz de resolver por cauces democráticos y de justicia es una de las notas más características de los regímenes autoritarios»⁸². Precisamente por ello, en nuestra opinión, esta circunstancia debería desaparecer de forma que todos los supuestos de reiteración delictiva deberían recibir tratamiento a través de la figura del delito continuado.

4.4. Cuando se utilice a menores de dieciséis años para la comisión del delito

La reforma de 2010 del Código Penal introduce una nueva circunstancia en el art. 235,5º aplicable cuando se «utilice a menores de catorce años para la comisión del delito». El Anteproyecto pretende elevar la edad de los menores utilizados de catorce a dieciséis años. La introducción de esta circunstancia obedece a que la realidad criminógena viene demostrando que cada vez son más los casos en los que grupos organizados o clanes familiares utilizan a menores de edad para cometer hurtos o robos.

La regulación vigente contempla un criterio basado en la utilización de terceros exentos de responsabilidad penal. Por lo que, de acuerdo con la doctrina, se trata de tipificar expresamente un supuesto de autoría mediata por utilización de menores de catorce años⁸³, en tanto que al no poder ser declarado responsable el menor, ni siquiera por la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, éste se considera como el instrumento del delito⁸⁴.

⁸² LANDROVE DÍAZ, *EPC*, 1983-1984, p. 277.

⁸³ En este sentido, FARALDO CABANA, *La Ley penal*, 2010, p. 3.

⁸⁴ Así, entre otros, GARCÍA ARÁN, *RJC*, 2011, p. 1008; MUÑOZ CONDE, *PE*, 18ª ed., p. 391.

La intervención en el hurto o robo con fuerza de los menores de dieciocho años y mayores de catorce años, que son responsables penalmente de acuerdo con la mencionada LO 5/2000, debe someterse a las reglas generales de intervención en el delito⁸⁵. Ahora bien, si este menor de edad es utilizado para la comisión del delito, de darse todos los requisitos, también podrá ser un supuesto de autoría mediata, pero en este caso el tipo aplicable no será el cualificado sino el tipo básico.

Al preverse elevar la edad del menor utilizado, de catorce a dieciséis años, la cuestión está en determinar el alcance de la conducta típica que ha sido descrita por el verbo «utilizar», lo que supone determinar el grado de intervención del menor en el hurto o robo con fuerza para aplicar este tipo cualificado. Con la regulación vigente, no hay problema en admitir que esta agravación es un supuesto de autoría mediata, que se basa en el aprovechamiento de la inimputabilidad ya existente en el instrumento o, dicho de otra forma, el instrumento actúa sin posibilidad de imputación personal por su minoría de edad.

Desde nuestro punto de vista, tanto en la regulación vigente como en la propuesta del Anteproyecto, el verbo utilizar debe ser interpretado en un sentido estricto, de modo que sólo se incluyan supuestos en los que el mayor de edad, como autor mediato, realiza el hecho utilizando al menor como instrumento. Así, los supuestos que deben dar lugar a la aplicación del tipo cualificado, además de la utilización del menor de catorce años, serán los casos de utilización de un menor de dieciséis años pero mayor de catorce que no actúa típicamente porque falta en él un elemento subjetivo que exija el tipo delictivo, si el mayor de edad ordena a un menor a que realice una sustracción sin saber el menor que la cosa es ajena, por ejemplo. La utilización del menor de entre catorce y dieciséis años que actúa en error de tipo, error de prohibición o miedo insuperable provocados por el mayor de dieciocho años.

Consecuentemente, si la intervención del menor en el delito puede ser calificada como autoría o participación, entonces no creo que deba aplicarse esta cualificación. Así, por ejemplo, no cabría aplicar esta agravante al joven de 19 años que realiza conjuntamente un delito de hurto con otro menor de 16 años que actúa de forma consciente y voluntariamente. Ni menos, en el mismo supuesto, cuando es el joven quien induce al menor a realizar el hurto.

⁸⁵ En este sentido, GARCÍA ARÁN, *RJC*, 2011, p. 1007.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo con relación al tipo cualificado del tráfico de drogas cuando se utilice a menores de 18 años o disminuidos psíquicos. El Acuerdo adoptado en el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2009, sobre el alcance del art. 370.1 del CP, establece que resulta de aplicación la cualificación por utilización de menores cuando el autor se sirve de un menor de edad (o de un disminuido psíquico) de modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaleciéndose de su situación de ascendencia o de cualquier forma de autoría mediata.

5. Tipos cualificados del art. 235 bis ACP

El nuevo art. 235 bis contiene dos circunstancias que, al igual que las cualificaciones previstas en el art. 235, son aplicables tanto al hurto como al robo con fuerza en las cosas; además, de conformidad con el art. 242.3 ACP, también cualifican a los delitos de robo con violencia o intimidación.

5.1. Cuando los intervinientes en el delito porten un arma u otro instrumento peligroso

Esta circunstancia que se pretende introducir ya estaba prevista en el art. 506 del Código Penal de 1973. Si bien este precepto contenía una serie de circunstancias agravantes que, en principio, parecían aplicables sólo al robo con fuerza en las cosas, la doctrina mayoritaria entendió que también podían aplicarse al robo con violencia o intimidación, pero para que esto sea o no posible dependía fundamentalmente de la naturaleza de cada circunstancia⁸⁶. En atención a este último aspecto, se consideraba que la agravante por llevar armas u otros objetos peligrosos, sólo era aplicable al robo con fuerza en las cosas, en tanto que pretender aplicarla también al robo con violencia o

⁸⁶ En este sentido, véanse, BAJO FERNÁNDEZ / PÉREZ MANZANO / SUÁREZ GONZÁLEZ, *PE*, 2ª ed., 1993, p. 164; RODRÍGUEZ DEVESA/ SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 16ª ed., 1993, p. 458; RUIZ ANTÓN, «Los robos con fuerza en las cosas», en COBO DEL ROSAL (dir.) *Comentarios a la legislación penal, La reforma del Código Penal de 1983, t. V, vol. 2º (Libros II y III del Código Penal)*, 1985, p. 1110.

intimidación supondría privar de trascendencia práctica a la agravante de uso de armas⁸⁷.

A pesar que los Proyectos de Código Penal de 1980 y 1992, también contemplan esta circunstancia, desapareció tras la aprobación del Código Penal de 1995. En el primero de ellos solo agravaba a los delitos de robo con fuerza o violencia o intimidación⁸⁸; mientras que, según el segundo Proyecto, sólo era aplicable al robo con fuerza en las cosas⁸⁹ y al hurto⁹⁰.

De conformidad con el art. 235 bis 1.1ª del Anteproyecto de 2012, el hurto se cualifica cuando el autor u otro de los partícipes en el delito porte un arma u otros instrumentos peligrosos, en «consideración a la peligrosidad potencial de quien da inicio a la ejecución de un delito patrimonial llevando consigo un arma que podría llegar a utilizar», según se justifica en la Exposición de motivos.

Así, el fundamento de esta cualificación estaría en el riesgo o peligro para la vida e integridad física de las personas que supone el llevar armas u otros instrumentos peligrosos en el momento de la comisión del hurto o robo con fuerza en las cosas, por parte de cualquiera de los intervinientes en éste, sean autores o partícipes⁹¹.

Al respecto cabe hacer la siguiente puntualización. Si ese riesgo no existe o el peligro no es real, entonces no podrá aplicarse la cualificación. Puede faltar este presupuesto porque no exista ninguna proximidad espacial entre el autor y la víctima o sujeto pasivo, sea el hecho constitutivo de un delito de hurto o de robo con fuerza en las cosas. Así, por ejemplo, un sujeto que regresando a su casa a altas horas de la madrugada observa un coche que tiene la ventanilla delantera abierta, se acerca y percibe que en el asiento delantero hay un móvil valorado en 200€ y con ánimo de lucro

⁸⁷ Así, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ / PÉREZ MANZANO / SUÁREZ GONZÁLEZ, *PE*, 2ª ed., 1993, p. 165; RODRÍGUEZ DEVESA/ SERRANO GÓMEZ, *PE*, 16ª ed., 1993, p. 459. De otra opinión, RUIZ ANTÓN, quien considera que esta circunstancia es aplicable tanto al robo con fuerza en las cosas como al robo con violencia o intimidación, en caso de que se porte el arma pero no se use contra las personas como medio que posibilite o asegure el apoderamiento, en COBO DEL ROSAL (dir.) *Comentarios a la legislación penal, La reforma del Código Penal de 1983, t. V, vol. 2º (Libros II y III del Código Penal)*, 1985, p. 1113.

⁸⁸ El art 246.3º disponía que son «circunstancias agravantes en los delitos de robo», ejecutarlos portando armas.

⁸⁹ El art. 244.1, prevé que «se impondrá la pena de prisión de tres a seis años si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el artículo 238»

⁹⁰ El art. 238 dispone que el hurto será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años: «5. Cuando se cometiere llevando armas u otros medios igualmente peligrosos, sin hacer de ellos alarde o exhibición, y siempre que no hayan causado intimidación.

⁹¹ Así, MATA Y MARTÍN, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, 1995, pp. 139 y ss.; SORIANO SORIANO, *Las agravantes específicas comunes al robo y hurto (Legislación vigente y Proyecto de 1992)*, 1993, pp. 97 y ss.

se apodera de él. En el momento de los hechos el sujeto portaba una navaja de 8 cms. de hoja que en ningún momento llega a utilizar. O porque el instrumento no sea peligroso, por ejemplo, el porte de una pistola de juguete o de un cuchillo de plástico⁹² cuando se cometa el hurto o robo con fuerza en las cosas.

También hay que tener en cuenta que algunas modalidades de fuerza en las cosas requieren el esfuerzo humano aplicado directamente, como puede ser el caso del escalamiento, pero otras requieren el uso de un instrumento mecánico sobre los elementos donde están contenidas las cosas, y éste puede ser un arma o instrumento peligroso. Así, por ejemplo, el sujeto que pretenda forzar el cajetín de un teléfono público para sustraer el dinero que se contiene en su interior tendrá que hacerlo, por ejemplo, con un destornillador, un estilete, una tijera, una navaja, una barra de hierro, etc. Aunque estos objetos puedan tener la consideración de armas o instrumentos peligrosos, su porte y/o utilización no debe suponer automáticamente la aplicación de esta agravación porque el sujeto los lleva con la única finalidad de utilizarlos como un medio funcional para forzar los muebles o cerraduras, por ejemplo. Por lo que para aplicar esta cualificación, es necesario que el sujeto conozca el potencial lesivo o peligroso de estas armas o instrumentos, pero además debe portarlos no sólo con la intención y finalidad de utilizarlos como medio de fuerza sino también con la finalidad de utilizarlos, si fuera el caso, contra las personas que impidan o dificulten el apoderamiento.

En cualquier caso, es discutible que esta mera posibilidad, que esperemos no se convierta en mera sospecha, de la existencia del riesgo o peligro para la vida o la integridad de las personas sirva para fundamentar tanto rigor punitivo⁹³. Así, teniendo en cuenta que supuestos de hurto de escasa entidad actualmente constituyen una falta de hurto a castigar con pena de multa de hasta dos meses, ese mismo hecho, si el autor porta un arma constituirá un hurto cualificado a castigar con pena de prisión de hasta cuatro años. Por otro lado, teniendo el porte de armas un menor desvalor de resultado que muchas de las circunstancias contenidas en el art. 235 ACP, cuya concurrencia, recordemos, determina la imposición de la pena de prisión de uno a tres años, éste se castiga en los casos de hurto con la pena de prisión de dos a cuatro años; y cuando

⁹² Armas o instrumentos que si se utilizan para atemorizar a la víctima y conseguir el apoderamiento pueden dar lugar a un delito de robo con intimidación.

⁹³ Precisamente por ello, el Informe del Consejo Fiscal, considera necesario hacer alguna matización en el supuesto aplicativo de esta agravación, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto*, 2012, p. 210.

cualifican al robo con fuerza en las cosas, con la pena de dos a cinco años, o de dos a seis años cuando el robo revista una especial gravedad.

Al margen de ello, la pena prevista para esta cualificación supone una vulneración del principio de proporcionalidad con relación a los casos en los que el sujeto no se limita al porte del arma o instrumento peligroso sino los utiliza como medio para conseguir el apoderamiento de la cosa⁹⁴. Al respecto cabe resaltar que, por un lado, el robo con violencia o intimidación tiene prevista una pena de dos a cinco años, pena que debe ser impuesta en su mitad superior si el sujeto hiciere uso de armas u otros instrumentos igualmente peligrosos. Por otro lado, se prevé la posibilidad de imponer la pena inferior en grado en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercida y valorando las restantes circunstancias del hecho. Este tipo privilegiado, de conformidad con el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 27 de febrero de 1998, es compatible con los delitos de robo con intimidación cometidos con uso de armas o instrumentos peligrosos «por entenderse, que en determinados casos, permite una adecuación más equitativa de la pena a la gravedad del hecho delictivo». En estos supuestos los tribunales, en la determinación de la pena el orden a seguir es: sobre la pena del tipo básico, es decir, prisión de dos a cinco años debe aplicarse primero la pena prevista para el tipo privilegiado, y sobre este resultado, prisión de un año a un año once meses y un día, la pena del tipo cualificado, es decir, la pena en su mitad superior, esto es entre un año cinco meses y veintinueve días a dos años. Si se compara con la pena prevista para el hurto cualificado por porte de armas, prisión de dos a cuatro años, la pena es considerablemente desproporcional, al igual que si realizamos la comparación con el robo con fuerza en las cosas cualificado por la misma circunstancia, prisión de dos a cinco años. Por lo que en nuestra opinión, no sólo por los problemas interpretativos que hemos resaltado anteriormente sino por la desproporcionalidad que suponen sus marcos penales, esta circunstancia debería desaparecer del Anteproyecto.

⁹⁴ Un detallado análisis sobre la desproporcionalidad de esta cualificación puede encontrarse en CGPJ, *Informe al Anteproyecto*, pp. 188 y ss.

5.2. Cuando se trate de un miembro de una organización constituida para la comisión continuada de delitos contra la propiedad, y otro de sus integrantes participe en la comisión del delito

Informes del Ministerio del Interior y de la Fiscalía General del Estado dan cuenta de que en los últimos años se viene apreciando un notable incremento del número de delitos contra el patrimonio cometidos por sujetos que actúan de forma organizada. Estos sujetos agrupados en la mayoría de casos en función de su nacionalidad vienen «especializándose» en la comisión de una determinada modalidad de delito contra la propiedad «al extremo de poder establecerse cierta correspondencia entre el origen nacional de los integrantes de los grupos y el tipo de actividad delictiva a la que éstos se dedican»⁹⁵. Así, por ejemplo, se da cuenta de organizaciones o grupos especializados en la comisión de robo con fuerza en establecimientos de hostelería, robo de gasoil de camiones estacionados en las áreas de servicio o descanso de las principales carreteras, así como de empresas que cuentan con flotas de camiones o maquinaria pesada, apoderamiento de vehículos de alta gama para después venderlos en otros países, sustracción a gran escala del tendido de cobre de las líneas de alta tensión auxiliares o en estado operativo, robo con fuerza o con violencia o intimidación en domicilios, perpetración reiterada de delitos o faltas de hurto en los andenes del metro o en estaciones de tren, en comercios, o lugares turísticos, entre otros.

Las diversas formas de integración o participación en asociaciones, organizaciones o grupos delictivos se castigan en el Código Penal, entre otros, a través de los delitos de asociación ilícita de los arts. 515 a 521 CP, de los delitos de organización o grupo criminal de los arts. 570 bis a 570 quáter CP, además de la configuración de tipos cualificados que se fundamentan en la pertenencia del autor a una asociación u organización criminal.

Según el art. 515.1º CP son punibles las asociaciones ilícitas que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada. Antes de la reforma de 2003 del Código Penal, la finalidad, previa o posterior resolución de cometer una o varias infracciones penales, se limitaba a las constitutivas de delitos, por lo que, de acuerdo con un sector doctrinal,

⁹⁵ FGE, Circular 2/2011 sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales.

resultaban atípicas las asociaciones que tenían como finalidad cometer faltas⁹⁶. Esta puede ser la razón por la que el legislador decide modificar el art. 515.1 CP para añadir como una finalidad más de la asociación la comisión de faltas⁹⁷. A pesar que en la Exposición de motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, no se da una explicación al respecto, podemos entender que, tal como lo hemos visto anteriormente con relación a la cualificación por profesionalidad, era un mecanismo más para dar respuesta a los sujetos «que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada».

Al igual que con otros aspectos de la mencionada reforma, la doctrina se mostró crítica con la ampliación de este delito a los supuestos de comisión reiterada de faltas⁹⁸, fundamentalmente porque supone una violación al principio de proporcionalidad⁹⁹. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo al considerar que el principio de proporcionalidad «no solamente descarta las asociaciones dedicadas a la comisión de faltas, sino a los grupos de personas (copartícipes) que puedan dedicarse a cometer delitos para cuya consumación no sea necesaria la utilización de estructuras asociativas»¹⁰⁰.

A pesar que importantes sectores de la doctrina vienen poniendo de manifiesto la falta o nula aplicación de este tipo delictivo por parte de los tribunales, pueden encontrarse sentencias del Tribunal Supremo ratificando condenas por asociación delictiva con la finalidad de cometer delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas¹⁰¹ o

⁹⁶ Así, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Voz asociación ilícita», en LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, 2002, p. 108; TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 1996, p. 1448.

⁹⁷ Ya que tal como lo pone de manifiesto JIMÉNEZ DÍAZ «no se sabe a ciencia cierta si con anterioridad a la LO 11/2003 las asociaciones que tuvieran como finalidad cometer faltas se subsumía en el número 1º del art. 515», en *Seguridad ciudadana y Derecho penal*, 2006, p. 148.

⁹⁸ Así, por ejemplo, REBOLLO VARGAS, quien duda de la constitucionalidad del precepto, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. II, 2004, p. 2447.

⁹⁹ Así, entre otros, TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II, 6ª ed., 2011, p. 1540.

¹⁰⁰ En este sentido, STS, 1ª, 23-10-2006 (ID Cendoj: 28079120012006101082; MP: José Antonio Martín Pallín) que casa la sentencia de la SAP de las Islas Baleares de 16-12-2005 (JUR 2006\42026), que había condenado por asociación ilícita la formada por un grupo cuatro mujeres conocidas como «descuideras» que se habían puesto de acuerdo para cometer hurtos por el «procedimiento del clavel» a turistas que transitaban por el centro de la capital balear. Véanse también, STS, 1, 10-04-2003 (Id Cendoj: 28079120012003102825; MP: Juan Saavedra Ruiz), en la que se declara la no concurrencia de una asociación ilícita sino un supuesto de codeincuencia por la falta de una estructura organizativa estable; y STS, 1, 28-06-2010 (Id Cendoj: 28079120012010100539; MP: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez).

¹⁰¹ STS, 1, 03-05-2001 (Id Cendoj: 28079120012001103848; MP: Adolfo Prego de Oliver Tolivar); STS, 1º, 25-11-2008 (Id Cendoj: 28079120012008100752; MP Juan Ramón Berdugo Gómez

robos con violencia o intimidación¹⁰². Supuestos en los que se ha podido comprobar la concurrencia de los siguientes requisitos¹⁰³: «a) una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) la existencia de una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) la consistencia o permanencia de la misma en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio y d) el fin de la asociación, cuando se trata del caso del artículo 515.1, inciso 1º, CP, ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar». No precisándose, por tanto, más que «una cierta consistencia, lejos de lo meramente esporádico, y por supuesto dentro de una cierta organización jerárquica». De lo anterior se deduce que lo fundamental en la asociación, además de la pluralidad de personas que se ponen de acuerdo para delinquir, éstas deben actuar de forma organizada y duradera. Es la concurrencia de estos elementos que deben servir para distinguir el delito de asociación ilícita de los supuestos de codeincuencia y de la propia conspiración para delinquir, «radicando la diferencia precisamente en la inestabilidad de su existencia y concreción del delito a realizar cuando se trata de éstas y las notas de estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa, además de una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar en el caso del tipo de la asociación ilícita propiamente dicha»¹⁰⁴.

Otra de las tantas reformas operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, al Código Penal ha sido la introducción de un nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, para tipificar autónomamente las «organizaciones y grupos criminales». En la Exposición de motivos de la mencionada LO 5/2010 se declara que «el devenir de los pronunciamientos jurisprudenciales ha demostrado la incapacidad del actual delito de

De La Torre); STS, 1, 17-06-2009 (Id Cendoj: 28079120012009100707; MP: José Antonio Martín Pallín); STS, 1ª 25-05-2010 (Id Cendoj: 28079120012010100439; MP: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez); STS, 1ª, 28-05-2010 (Id Cendoj: 28079120012010100429; MP: José Manuel Maza Martín); STS, 1, 06-07-2010 (Id Cendoj: 28079120012010100682; MP: Carlos Granados Pérez).

¹⁰² STS, 1, 23-03-2005 (Id Cendoj: 28079120012005100486; MP: Andrés Martínez Arrieta); STS, 1, 29-10-2010 (Id Cendoj: 28079120012010101027; MP: Joaquín Giménez García); STS, 1ª, 12-11-2012 (Id Cendoj: 28079120012012100857; MP: José Manuel Maza Martín); STS, 1, 12-12-2012 (Id Cendoj: 28079120012011101326; MP: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro).

¹⁰³ Así, expresamente, STS, 1ª, 28-05-2010 (Id Cendoj: 28079120012010100429; MP: José Manuel Maza Martín). Véanse también, entre otras, STS, 1, 23-03-2005 (Id Cendoj: 28079120012005100486; MP: Andrés Martínez Arrieta); STS, 1ª, 25-11-2008 (Id Cendoj: 28079120012008100752; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre); STS, 1ª 25-05-2010 (Id Cendoj: 28079120012010100439; MP: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez); STS, 1, 4-10-2011, (Id Cendoj: 28079120012011100996; MP: José Ramón Soriano Soriano); STS, 1ª, 12-11-2012 (Id Cendoj: 28079120012012100857; MP: José Manuel Maza Martín).

¹⁰⁴ STS, 1, 10-04-2003 (Id Cendoj: 28079120012003102825; MP: Juan Saavedra Ruiz).

asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales. En primer lugar –y de ello da prueba la escasa aplicación del vigente artículo 515 del Código Penal, fuera de los casos de bandas armadas u organizaciones terroristas– la configuración de dicho delito como una manifestación de ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación que consagra el artículo 22 de la Constitución, no responde ni a la letra ni al espíritu de esta norma».

Al margen de las consideraciones sobre la necesidad o no de incorporar estos nuevos tipos delictivos¹⁰⁵, lo importante a resaltar es que por primera vez, el Código Penal da una definición de lo que debe entenderse por organización o grupo criminal. Hasta ese momento, a falta de un concepto de asociación ilícita, de organización o grupo criminal, han sido doctrina y jurisprudencia, no sin considerables opiniones discrepantes, quienes han dotado de contenido a estos términos. Así, según el art. 570 bis 1 CP se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas, con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas. Mientras que, de acuerdo con el art. 570 ter CP, se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas¹⁰⁶. Este último precepto se caracteriza como un tipo residual o subsidiario a aplicar cuando la pertenencia no pueda incardinarse en una organización.

A pesar de haber introducido estas nuevas figuras delictivas y de mantener el contenido de los delitos de asociación ilícita sin modificaciones, salvo la supresión como tales de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas que pasan a

¹⁰⁵ Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, no comparte la justificación dada en la Exposición de motivos de la mencionada LO para incorporar estos tipos delictivos ya que en su opinión el delito de asociación delictiva tiene una excesiva amplitud por lo que carece de sentido que se siga manteniendo el delito de asociación ilícita junto con el de organización criminal, en *PE*, 18ª ed., 2010, p. 911. Mientras que, en opinión de GARCÍA RIVAS, la restrictiva aplicación del delito de asociación ilícita por parte de los tribunales, «ha generado la proliferación de subtipos agravados consistentes -precisamente- en la pertenencia del autor a una organización criminal» en «Organización y grupos criminales», en ÁLVAREZ GARCÍA/ GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, p. 505). En el mismo sentido, GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II, 6ª ed., p. 1701; MAGALDI PATERNOSTRO, «Organizaciones y grupos criminales: una regulación penal desafortunada», *RJC*, nº 4, 2011, p. 67; TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II, 6ª ed., 2011, p. 1538.

¹⁰⁶ Véanse al respecto, MUÑOZ CONDE, *PE*, 18ª ed., 2010, pp. 909 y ss.; MAGALDI PATERNOSTRO, *RJC*, 2011, pp. 960 y ss.

regularse en un Capítulo independiente, la reforma de 2010 mantiene los tipos cualificados basados en la pertenencia del autor a una organización criminal, y en la misma línea, el Anteproyecto propone la incorporación de esta circunstancia para un considerable número de delitos contra el patrimonio, dentro de los que se incluye el hurto.

Por lo general, cuando el legislador decide agravar determinados delitos por la pertenencia del sujeto activo a una asociación u organización no da una definición clara de lo que debe entender por tales. Como hemos visto *supra*, han sido doctrina y jurisprudencia, que guiados por algunos elementos que el legislador incluye en estos tipos, quienes han dotado de contenido a estos conceptos. La misma técnica ha sido utilizada para configurar esta cualificación en los hurtos, el art. 235 bis.2º ACP sólo se refiere a que el sujeto debe ser miembro de una organización constituida para la comisión continuada de delitos contra la propiedad y otro de sus integrantes participe en la comisión del delito.

De lo anterior se desprende que los presupuestos que deben estar presentes para apreciar esta circunstancia son: (i) la existencia de una organización, y (ii) que en la comisión del delito intervengan al menos dos miembros de dicha organización. Con relación al primer presupuesto, el concepto de organización a que se refiere este precepto debe ser interpretado de acuerdo con lo previsto en el art. 570 bis ACP. Es decir, debe tratarse de una agrupación formada por más de dos personas que tenga carácter estable o por tiempo indefinido. Con relación a esta última característica, si la organización debe constituirse para la comisión «continuada» de delitos contra la propiedad, entonces debe entenderse que ésta debe tener un carácter estable, con una cierta perdurabilidad en el tiempo, de forma que no puede tenerse en cuenta la organización constituida de forma casual o esporádica. También deben excluirse las organizaciones transitorias, porque si esa fuera la intención del prelegislador lo hubiese previsto expresamente, tal como sucede en los tipos cualificados de los delitos contenidos, por ejemplo, en los arts. 162, 177 bis, 187.4, 189.3, 262.2, 271, 276, 318 bis y 386 CP. Además, debe darse un reparto de tareas o funciones de manera concertada o coordinada con la finalidad de cometer «delitos contra la propiedad». Dos aspectos a resaltar sobre esto último. El primero de ellos, es que la exigencia de la comisión de delitos, en plural, excluye la posibilidad de aplicar esta circunstancia cuando los sujetos pertenecen a una organización conformada para perpetrar sólo un delito de hurto, lo que

resulta coherente con la exigencia de la comisión continuada de estos hechos. El segundo, si bien la cualificación se aplica cuando la organización tiene como finalidad cometer delitos contra el patrimonio, no tiene por qué excluirse supuestos en los que los sujetos pertenecen a una organización que, además, tiene entre sus fines cometer secuestros o blanqueo de capitales, por ejemplo. Una interpretación distinta supondría limitar el ámbito de aplicación del tipo en tanto que, aunque los informes sobre este tipo de criminalidad apuntan a una mayor especialización de las organizaciones, ello no supone una dedicación exclusiva a una determinada tipología delictiva. Con relación al segundo presupuesto, sólo resaltar que a diferencia de otros tipos cualificados por la pertenencia a una organización, cuando se trate del hurto, se exige que en su comisión intervengan al menos dos miembros de la organización. De forma que si, por ejemplo, en el hecho interviene sólo un miembro de la organización a éste no podrá aplicársele esta cualificación.

La relación entre este tipo cualificado y el art. 570 bis es de concurso de leyes a resolver, en principio, de acuerdo con lo previsto en numeral segundo del art. 570 quater CP en el que se prevé que «en todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.ª del artículo 8». Es decir, este concurso de leyes se resolvería por aplicación del principio de alternatividad a favor del precepto penal que tenga prevista mayor pena.

Sin embargo, los problemas de solapamiento entre esta circunstancia y los delitos de asociación ilícita que, como hemos visto, es la figura que los tribunales vienen aplicando en la actualidad, no quedan resueltos en el Anteproyecto. Tampoco los relacionados con la pertenencia a un grupo criminal, que como hemos visto se configura como un tipo residual al de organización criminal, y los supuestos de codelincuencia¹⁰⁷. Por estos motivos, de acuerdo con el CGPJ¹⁰⁸ y la FGE¹⁰⁹, dado que el hecho de formar parte de un grupo u organización criminal se sanciona de forma autónoma, parece excesivo agravar la comisión del hurto por el simple hecho de actuar conforme a los fines de la organización para delinquir, por lo que en nuestra opinión esta cualificación también debería suprimirse.

¹⁰⁷ Véase ampliamente al respecto, MUÑOZ CONDE, *PE*, 18ª ed., 2010, pp. 910 y s.

¹⁰⁸ CGPJ, *Informe al Anteproyecto*, 2013, p. 190.

¹⁰⁹ FGE, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto*, 2012, p. 211.

5.3. Cualificación por la concurrencia de dos o más circunstancias

El texto refundido del Código Penal de 1973 mantenía un sistema de hiperagravación, basado en la concurrencia de dos o más circunstancias o una muy cualificada. Así, tras la reforma de 1983, el último párrafo del art. 515 disponía que en caso de concurrencia de dos o más circunstancias contenidas en el art. 516 o una muy cualificada se impondrá la pena de prisión menor.

La aprobación del Código Penal de 1995 supuso la supresión de este sistema de hiperagravación¹¹⁰, de forma que en caso de concurrencia de dos o más circunstancias la pena es siempre única, prisión de uno a tres años, tal como se dispone en el art. 235 CP. Ahora bien, en opinión de algunos autores, en caso de concurrencia de dos o más circunstancias, una de ellas debe servir para determinar la cualificación y la otra funcionar como agravante genérica y seguir el régimen general del art. 66 CP¹¹¹.

El art. 235 bis.2 ACP dispone que la pena señalada en el apartado primero -dos a cuatro años de prisión- se impondrá en su mitad superior cuando concurrieran las circunstancias expresadas en los apartados 1º y 2º del mismo, es decir, el sujeto porte un arma o instrumento peligroso y sea miembro de una organización dedicada a la comisión de delitos patrimoniales, o cuando este último cometa el hurto concurriendo alguna de las circunstancias reguladas en el artículo 235.

La penalidad prevista es excesiva, la mitad superior de la prisión de dos a cuatro años, supone una pena de prisión de tres años un día a cuatro años, más del doble de duración que la señalada al tipo básico, prisión de seis a dieciocho meses. El carácter preceptivo de la pena -se impondrá- puede conllevar a que los tribunales, tal como viene sucediendo con el delito de asociación ilícita para cometer faltas, sean renuentes a aplicar esta agravación por suponer una violación al principio de proporcionalidad.

¹¹⁰ Supresión que fue considerada como positiva dada la gravedad de la pena con que se castigaba el hurto cualificado, en este sentido, SALINERO ALONSO, "Sobre la nueva regulación del hurto y robo. Reflexiones en torno a las consecuencias de la desaparición de las penas privativas de libertad de corta duración en estos delitos", *AP* nº 27, 1999, p. 526

¹¹¹ Así, entre otros, MUÑOZ CONDE, *PE*, 18ª ed., 2010, p. 388. De otra opinión, SALINERO ALONSO, ya que desde su punto de vista, «las circunstancias específicas no pueden transformarse en genéricas y mucho menos a efectos de agravar la pena» en *AP*, 1999, p. 527.

6. Hurto de posesión o *furtum possessionis*: art. 236 ACP

Con la finalidad de adecuar la regulación del *furtum possessionis* a la nueva clasificación de las infracciones penales, se suprime la referencia al valor de la cosa que se contiene en el numeral 1 del art. 236. Además, se añade un numeral 2, para regular la modalidad de escasa gravedad, en términos muy parecidos al hurto como delito leve a cuyo análisis nos remitimos.

7. La libertad vigilada para los condenados por hurto: art. 236 bis ACP

Según reza el art. 236 bis ACP: «A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada».

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introduce la medida de seguridad de libertad vigilada, en la que se engloban muchas de las medidas de seguridad no privativas de libertad que ya se encontraban previstas en el Código Penal con anterioridad a esta reforma.

En función de los sujetos destinatarios de esta medida de seguridad ésta puede ser ordinaria o postpenitenciaria. Cuando se trata de la libertad vigilada ordinaria, los destinatarios serán los sujetos inimputables o semiimputables y se aplica de forma autónoma o conjuntamente con otra medida de seguridad o con una pena de prisión de acuerdo al principio vicarial. Mientras que, los destinatarios de la modalidad postpenitenciaria son los sujetos imputables condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y los relativos al terrorismo.

En general la libertad vigilada como una medida de seguridad aplicable a sujetos inimputables o semiimputables no presenta una especial problemática porque en su aplicación debe observarse los principios generales o presupuestos previstos para cualquier otra medida de seguridad, dentro de los que se encuentra el pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos previsto en el art. 95.1.2ª CP. El problema se centra en la libertad vigilada

postpenitenciaria que está prevista como una consecuencia jurídica más que puede imponerse a los sujetos plenamente imputables.

En la regulación actual la imposición de la libertad vigilada postpenitenciaria está condicionada a la concurrencia de los siguientes requisitos: (i) que el hecho cometido por el sujeto sea constitutivo de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales del Título VIII o de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII; (ii) que el sujeto haya sido condenado a pena de prisión por cualquiera de los delitos mencionados anteriormente; y (iii) se impone en la respectiva sentencia condenatoria para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad. El contenido de la libertad vigilada se determina al menos dos meses antes de la extinción de la pena de prisión para que una vez cumplida ésta, el condenado a ella, deba, si procede, empezar a cumplir la medida cuya duración puede ser de hasta diez años. En principio, la imposición de la libertad vigilada es preceptiva cuando el sujeto ha sido condenado a pena de prisión por un delito grave, o por más de un delito, siendo estos graves o menos graves. Sin embargo, su imposición es facultativa si se trata de un solo delito cometido por un delincuente primario.

La limitación de la libertad vigilada a los imputables condenados por delitos sexuales y delitos de terrorismo ha sido criticada por parte de la doctrina al entender que la utilización de un sistema de *numerus clausus* o cerrado deja fuera otros supuestos en los que también podría ser conveniente la aplicación de la libertad vigilada¹¹² como, por ejemplo, los supuestos de criminalidad violenta, a los delincuentes reincidentes o habituales¹¹³, los psicópatas¹¹⁴, o para los delitos relacionados con la violencia de género¹¹⁵.

¹¹² Así, GARCÍA ALBERO cuestiona que la reforma excluya del sistema de gestión de riesgos otros delincuentes con probada inclinación del delito por el hecho de no ser delincuentes sexuales, en «La nueva medida de seguridad de libertad vigilada», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 6/2010, p. 6. En este sentido también, BOLDOVA PASAMAR, aunque con relación al Proyecto de 2008, en «Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada», *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV*, 2009, p. 312.

¹¹³ SANZ MORÁN considera criticable la desvinculación de la libertad vigilada del problema de la habitualidad criminal y su tratamiento, haciendo hincapié en que tanto el derecho comparado como algunas propuestas doctrinales previas abogan por que esta medida se aplique en supuestos de criminalidad habitual violenta y grave contra bienes jurídicos personales, en «La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal», en *Un derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz*, 2011, p. 1019. Así, también REBOLLO VARGAS cuestiona el por qué no se han incluido otros delitos graves como el narcotráfico o la criminalidad organizada, o a los reincidentes habituales, tal como se prevé en el Proyecto de 2007, «ya que la criminalidad patrimonial de carácter leve es una de las que genera mayores percepciones de inseguridad ciudadana», en «De las medidas de seguridad», en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte general*, 2011, p. 853.

Y a este reclamo parece responder la propuesta de reforma de la Libertad vigilada en el Anteproyecto de 2012. Como era de esperar se mantiene la libertad vigilada para los sujetos imputables y aunque se trata de un sistema de *numerus clausus*, éste es tan amplio que lo más probable sea que en el futuro termine siendo un sistema completamente abierto, de forma que pueda imponerse al autor de cualquier delito sea de la naturaleza que sea¹¹⁶.

Si bien resulta positivo el hecho que en el Anteproyecto la libertad vigilada postpenitenciaria sea en todos los casos para los que esté prevista de imposición facultativa, condicionada a la concurrencia de determinados requisitos que veremos a continuación, la técnica empleada es bastante discutible y adolece de graves deficiencias que son contrarias al principio de legalidad y seguridad jurídica. Así, por ejemplo, aunque la libertad vigilada mantiene su naturaleza de medida de seguridad en la que seguirán englobándose determinadas medidas no privativas de libertad, el Anteproyecto suprime su definición legal contenida en el vigente art. 106.1 CP.

Los requisitos que, según el Anteproyecto, deben concurrir para imponer la libertad vigilada postpenitenciaria son: (i) que esté prevista expresamente para el delito cometido (art. 104.1.a ACP). (ii) Que se haya impuesto al sujeto una pena de más de un año de prisión (art. 104.1.b ACP). Obsérvese que se dispone que el sujeto debe haber sido condenado a una pena de más de un año de prisión, no que el delito cometido tenga previsto esa pena. Así, por ejemplo, si tras la determinación de la pena, a un sujeto condenado por un delito de hurto, tipo básico del art. 234.1, el Tribunal le impone una pena de once meses de prisión, no procederá la aplicación, además, de la medida de libertad vigilada. (iii) Pronóstico de peligrosidad futura, lo que supone que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos (art.

¹¹⁴ En opinión de FEIJOO SÁNCHEZ, no tiene sentido que a sujetos idóneos para este tipo de medidas como pueden ser los que padecen una psicopatía no se les pueda aplicar la medida de libertad vigilada si cometen un asesinato, pero sí en cambio si cometen un abuso sexual, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dirs.), 2011, pp. 234 y s.

¹¹⁵ Informe del Grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan, enero de 2011, pp. 13 y s.; MIR PUIG, Derecho penal, parte general, 9ª edición, a cargo de GÓMEZ MARTÍN, 2011, p. 799.

¹¹⁶ Sin embargo, sorprende que la libertad vigilada esté prevista para el delito de lesiones leves o maltrato de obra a mujer víctima de violencia de género (art. 153.5 Cp) y no para el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar del art. 173 Cp.

95.1.2 ACP). Y, (iv) que sea necesaria (art. 95.1.2 ACP). Es decir, que la imposición de la libertad vigilada resulte necesaria para compensar, al menos parcialmente, la peligrosidad del sujeto.

A diferencia de la regulación vigente, el catálogo de prohibiciones y obligaciones que vendrán a concretar el contenido de la libertad vigilada, es abierto. Si bien el art. 104 contiene un extenso número de obligaciones y prohibiciones (15 en total) que el sujeto debe cumplir durante todo el tiempo de duración de la libertad vigilada o durante un periodo determinado, el Juez puede imponer el cumplimiento de otras obligaciones y «condiciones», especialmente aquellas que se refieran a la formación, ocio, o desarrollo de su actividad habitual (art. 104 bis.4 ACP). También se prevé la posibilidad de imponer el cumplimiento de otros «deberes» que se estime conveniente para la rehabilitación social del condenado, previa conformidad de éste (Art. 104 bis, 1.16^a).

A pesar de no preverse expresamente, la imposición de algunas de las medidas contenidas en el catálogo deberán contar con el consentimiento del sujeto condenado al suponer una grave injerencia en la libre determinación del sometido a la misma, como por ejemplo, el deber de someterse al control del consumo de alcohol, drogas tóxicas, sustancias estupefacientes o sustancias psicotrópicas (art. 104 bis, 1.11^a ACP) o el someterse a tratamiento ambulatorio. En cualquier caso, la imposición de las obligaciones y prohibiciones, está condicionado en primer lugar, a que no atenten contra la dignidad del sometido a las mismas y, en segundo lugar, a que no resulten excesivas o desproporcionadas con las circunstancias del caso.

Nada dice el Anteproyecto sobre el momento en el que la libertad vigilada debe imponerse o sobre el procedimiento a seguir para la determinación de su contenido en el caso concreto, ni menos se prevé la revisión periódica de su ejecución. En cuanto al plazo de duración, el Anteproyecto prevé un mínimo de tres años y máximo de cinco años, un límite temporal aparentemente menor a los previstos en la regulación vigente, un año a cinco años cuando se trata de delitos menos graves, y cinco años a diez años cuando se trata de delitos graves. Decimos un plazo aparentemente inferior porque éste puede prorrogarse por plazos sucesivos de una duración máxima de cinco años cada uno de ellos, sin establecer un límite en el número de prórrogas, lo que, de acuerdo con lo

denunciado en el informe del CGPJ «de facto podría llevar a una libertad vigilada de por vida, lo que resulta inaceptable en cuanto se opone al mandato del art. 25 CE»¹¹⁷.

En cualquier caso, y sin pretender hacer demagogia con la grave situación que vive España como consecuencia de la corrupción política cabe cuestionarse si no tendría más sentido prever la libertad vigilada para sujetos que por su situación de poder, ricos, poderosos, políticos, entre otros, cometen delitos especialmente dañosos para la sociedad en general, que para aquellas personas que cometen pequeños hurtos para la subsistencia de ellos o de su familia.

8. Bibliografía

- AGUADO LÓPEZ, *La mutirreincidencia y la conversión de faltas en delito: Problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.
- ALONSO ALAMO, «Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia», en Octavio de Toledo y Ubieto/ Gurdiel Sierra/Cortés Bechiarelli (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2003.
- ASÚA BATARRITA, *La reincidencia. Su evolución legal, doctrina y jurisprudencial en los Códigos españoles del siglo XIX*, Universidad de Deusto, 1982.
- BAJO FERNÁNDEZ / PÉREZ MANZANO / SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª ed., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.
- BOLDOVA PASAMAR, «Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada», *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV*, 2009, pp. 290-315 (<http://www.uv.es/recrim>; última visita 19 de febrero de 2013).
- DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Algunas consideraciones sobre el tipo de apoderamiento de determinados objetos destinados al servicio público. (Art. 249, 2.º, CP. A propósito de la línea jurisprudencial que arranca de la STS 8-11-1988)», *Revista del Poder Judicial*, nº 16, 1989, págs. 177-225.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Voz asociación ilícita», en Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Ed. Comares, Granada, 2002.
- DÍEZ RIPOLLES, «Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992», *Jueces para la Democracia*, nº 16-17, 1992, págs. 90-97.

¹¹⁷ CGPJ, Informe al Anteproyecto, 2013, p. 140.

- FARALDO CABANA, «Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010», *La Ley Penal*, nº 81, 2011, 23 págs. (laleypenal.laley.es/; última visita: 15 de febrero de 2013).
- FEIJOO SÁNCHEZ, «La libertad vigilada en el Derecho penal de adultos», en *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Díaz-Maroto y Villarejo (dir.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.
- GARCÍA ALBERO, «La nueva medida de seguridad de libertad vigilada», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2010.
- GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II (Artículos 234 a DF 7ª), 6ª ed., Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2011.
- GARCÍA ARÁN, *Criterios de determinación de la pena en el Derecho penal español*, Publicaciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1982.
- GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- GARCÍA ARÁN, «De los hurtos» en Córdoba Roda/García Arán (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. I, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- GARCÍA ARÁN, «La delincuencia patrimonial clásica en la reforma penal de 2010: hurto, robo y estafa», *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2011, págs. 1001-1016.
- GARCÍA RIVAS, «Organización y grupos criminales», en Álvarez García/ González Cussac (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2010.
- GONZÁLEZ RUS, «La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio: consideraciones críticas», *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 16, 1993-1994, págs. 127-190.
- GONZÁLEZ RUS, «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (II). El hurto», en Cobo del Rosal (coord.), *Derecho penal español: parte especial*, Ed., Dykinson, Madrid, 2005.
- GUARDIOLA GARCÍA, «Corrección de errores en el BOE y principio de legalidad en materia penal», *La Ley Penal*, nº 10, 2004, págs. 51-58 (laleypenal.laley.es/; última visita: 13 de febrero de 2013).
- GUARDIOLA LAGO, «La reforma penal en el delito y falta de hurto (arts. 234, 235 y 623.1º)», en Álvarez García/ González Cussac (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2010.
- GUISASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, Ed. tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- JIMÉNEZ DÍAZ, «Los nuevos tipos de "habitualidad" en las lesiones, hurto y robo y hurto de uso», en Carbonell Mateu (coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.
- JIMÉNEZ DÍAZ, *Seguridad ciudadana y Derecho penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.
- LANDROVE DÍAZ, «Marginación y delincuencia patrimonial», *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 8, 1983-1984, págs. 257-278.

- LLOBLET ANGLI, «Robo y hurto», en Ortiz de Urbina Gimeno (dir.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, Madrid, 2010.
- MAGALDI PATERNOSTRO, «Organizaciones y grupos criminales: una regulación penal desafortunada», *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2011, págs. 63-83.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Ed. Comares, Granada, 1999.
- MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di diritto penale: parte generale*, 4ª ed., Ed. Giuffrè, Milano, 2012.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Las reformas penales de la L.O. 15/2003 en el ámbito patrimonial y socioeconómico», *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 25, 2004, págs. 217-282.
- MATA Y MARTÍN, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1995.
- MIR PUIG, *La reincidencia en el Código Penal: Análisis de los artículos 10.14, 10.15, 61.6 y 516.3º*, Ed. Bosch, Barcelona, 1974.
- MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, 9ª edición, a cargo de Gómez Martín, Ed. Reppertor, Barcelona, 2011.
- MUÑOZ CONDE, en Quintero Olivares/ Muñoz Conde, *La reforma penal de 1983*, Ed. Destino, Madrid, 1983.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 9ª edición, revisada y puesta al día, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1993.
- MUÑOZ CONDE, «El Nuevo Derecho Penal Autoritario», en Losano/Muñoz Conde (cords.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo: "Cedant arma togae": actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 18ª edición, revisada y puesta al día, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2010.
- PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Ed. Edersa, Madrid, 1995.
- QUINTERO OLIVARES, *Introducción al Derecho penal. Parte General*, Ed. Barcanova, Barcelona, 1981.
- QUINTERO OLIVARES, «El hurto», en Cobo del Rosal (dir.) *Comentarios a la legislación penal, La reforma del Código Penal de 1983*, t. V, vol. 2º (Libros II y III del Código Penal), Ed. Edersa, Madrid, 1985.
- QUINTERO OLIVARES, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II (Artículos 234 a DF 7ª), 6ª ed., Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2011.
- REBOLLO VARGAS, «Reflexiones y propuestas sobre el tratamiento penal y procesal de la pequeña delincuencia patrimonial», *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 31, 2011, págs. 553-583.

- REBOLLO VARGAS, «De las medidas de seguridad», en Córdoba Roda/García Arán (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Ed., Marcial Pons, Madrid, 2011.
- REBOLLO VARGAS, en Córdoba Roda/García Arán (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. II, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- RODRÍGUEZ DEVESA/ SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 16ª ed., Ed. Dikinson, Madrid, 1993.
- RODRÍGUEZ DEVESA/ SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, 16ª ed., Ed. Dikinson, Madrid, 1993.
- RUIZ ANTÓN, «Los robos con fuerza en las cosas», en Cobo del Rosal (dir.) *Comentarios a la legislación penal, La reforma del Código Penal de 1983*, t. V, vol. 2º (Libros II y III del Código Penal), Ed. Edersa, Madrid, 1985.
- SALINERO ALONSO, «Sobre la nueva regulación del hurto y robo. Reflexiones en torno a las consecuencias de la desaparición de las penas privativas de libertad de corta duración en estos delitos», *Actualidad Penal*, nº 27, 1999.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en Gómez Tomillo (dir.) *Comentarios al Código Penal. Adaptado a la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010, con entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010*, 2ª ed., Ed. Lex Nova, Madrid, 2011.
- SANZ MORÁN, «El delito patrimonial continuado y su sinuosa interpretación jurisprudencial», *La Ley penal*, nº 67, 2010, 13 págs. (laleypenal.laley.es/; última visita, 10 de diciembre de 2012)
- SANZ MORÁN, «La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal», en *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, «Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión», *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 25, 2004, págs. 331-360.
- SORIANO SORIANO, *Las agravantes específicas comunes al robo y hurto (Legislación vigente y Proyecto de 1992)*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1993.
- TAMARIT SUMALLA, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 1996.
- TAMARIT SUMALLA, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II (Artículos 234 a DF 7ª), 6ª ed., Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2011.
- TASENDE CALVO, «Los hurto cualificados», en Tasende Calvo (dir.), *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

9. Tabla de jurisprudencia citada

9.1. Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 1º, 23.05.1987	Cendoj: 28079120011987101044	Luis Vivas Marzal
STS, 1ª, 13.02.1988	Cendoj: 28079120011998102263	Carlos Granados Pérez
STS, 1ª 08.11.1988	Cendoj: 28079120011988100811	José Hermenegildo Moyna Menguez
STS, 1ª, 18.01.1989	Cendoj: 28079120011989105869	Eduardo Moner Muñoz
STS, 1ª, 21.02.1989	Cendoj: 28079120011989104971	Luis Vivas Marzal
STS, 1ª, 17.03.1989	Cendoj: 28079120021989100604	Fernando Díaz Palos
STS, 1ª, 22.03.1990	Cendoj: 28079120011990105177	José Hermenegildo Moyna Menguez
STS, 1ª, 26.03.1990	Cendoj: 28079120011990107739	Enrique Bacigalupo Zapater
STS, 1ª, 17.04.1990	Cendoj: 28079120011990108654	Siro Francisco García Pérez
STS, 1ª, 31.01.1991	Cendoj: 28079120011991107010	Francisco Soto Nieto
STS, 1ª, 20.11.1991	Cendoj: 28079120011991108654	Fernando Díaz Palos
STS, 1ª, 19.01.1993	Cendoj: 28079120011993109015	Joaquín Delgado García
STS, 1ª, 03.05.2001	Cendoj: 28079120012001103848	Adolfo Prego de Oliver Tolivar
STS, 1ª, 10.04.2003	Cendoj: 28079120012003102825	Juan Saavedra Ruiz
STS, 1ª, 20.06.2004	Cendoj: 28079120012004100772	José Manuel Maza Martín
STS, 1ª, 23.03.2005	Cendoj: 28079120012005100486	Andrés Martínez Arrieta
STS, 1ª, 23.10.2006	Cendoj: 28079120012006101082	José Antonio Martín Pallín
STS, 1ª, 25.11.2008	Cendoj: 28079120012008100752	Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre
STS, 1ª, 17.06.2009	Cendoj: 28079120012009100707	José Antonio Martín Pallín
STS, 1ª, 25.05.2010	Cendoj: 28079120012010100439	Perfecto Agustín Andrés Ibáñez
STS, 1ª, 28.05.2010	Cendoj: 28079120012010100429	José Manuel Maza Martín
STS, 1ª, 28.06.2010	Cendoj: 28079120012010100539	Perfecto Agustín Andrés Ibáñez
STS, 1ª, 06.07.2010	Cendoj: 28079120012010100682	Carlos Granados Pérez

STS, 1ª, 29.10.2010	Cendoj: 28079120012010101027	Joaquín Giménez García
STS 1ª, 4.10.2011	Cendoj: 28079120012011100996	José Ramón Soriano Soriano
STS, 1ª, 12.11.2012	Cendoj: 28079120012012100857	José Manuel Maza Martín
STS, 1ª, 12.12.2012	Cendoj: 28079120012011101326	Alberto Gumersindo Jorge Barreiro

9.2. Audiencias Provinciales

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP Mallorca, Penal Sec. 2ª, 28.07.1998	Cendoj: 07040370021998100252	Antonio Martínez Sánchez
SAP Madrid, Penal Sec. 7ª 24.10.2005	Cendoj: 28079370172005100594	Jacobo Vigil Levi
SAP Zaragoza, Penal Sec. 6ª, 17.06.2008	Cendoj: 50297370062008100058	Carlos Lasala Albasini
SAP Zaragoza, Penal Sec. 1ª, 28.07.2008	Cendoj: 50297370012008100431	Antonio Eloy López Millán
SAP Las Palmas de Gran Canarias, Penal Sec. 2ª, 17.09.2009	Cendoj: 35016370022009100588	María del Pilar Verastegui Hernández
SAP Burgos, Penal Sec. 1ª, 25.11.2010	Cendoj: 09059370012010100587	Francisco Manuel Marín Ibáñez
SAP Burgos, Penal Sec. 1ª, 15.12.2010	Cendoj: 09059370012010100625	Francisco Manuel Marín Ibáñez
SAP Barcelona, Penal Sec. 5ª, 14.02.2011	Cendoj: 08019370052011100083	María Magdalena Jiménez Jiménez
SAP Almería, Penal Sec. 3ª, 25.03.2011	Cendoj: 04013370032011100145	Tarsila Martínez Ruiz
SAP Huelva, Penal Sec. 3ª, 09.06.2011	Cendoj: 21041370032011100286	Luis Guillermo García- Valdecasas y García- Valdecasas
SAP Jaén, Penal Sec. 2ª, 12.12.2011	Cendoj: 23050370022011100461	Rafael Morales Ortega
SAP Madrid, Penal Sec. 4, 01.01.2012	Cendoj: 28079370042012100108	Eduardo Jiménez-Clavería Iglesias
SAP Valencia, Penal Sec. 3ª, Cendoj:		Lucía Sanz Díaz

10.01.2012	46250370032012100004	
SAP Sevilla, Penal Sec. 3ª, 19.01.2012	Cendoj: 41091370032012100018	Luis Gonzaga De Oro- Pulido Sanz
SAP Cádiz, Penal Sec. 4ª, 23.01.2012	Cendoj: 11012370042012100041	María Inmaculada Montesinos Pidal
SAP Zaragoza, Penal Sec. 6ª, 29.05.2012	Cendoj: 50297370062012100276	Carlos Lasala Albasini
SAP Las Palmas de Gran Canarias, Penal, Sección 1ª, 28.06.2012	Cendoj: 35016370012012100305	Inocencia Eugenia Cabello Díaz
SAP Madrid, Penal Sec. 7ª, 09.07.2012	Cendoj: 28079370072012100562	María Luisa Aparicio Carril
SAP Madrid, Penal Sec. 30ª, 28.07.2012	Cendoj: 28079370302012100353	Ignacio José Fernández Soto
SAP Burgos, Penal Sec. 1ª, 10.09.2012	Cendoj: 09059370012012100398	Francisco Manuel Marín Ibáñez

CONSTITUCIÓN Y SANCIÓN PENAL*

Eduardo Demetrio Crespo
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: El artículo versa sobre la influencia de la Constitución sobre el Derecho penal y, más particularmente, sobre las condiciones que de aquélla resultan para la legitimación de la sanción penal.

Palabras clave: Constitución; Derechos Fundamentales; Derecho penal; sanción penal; principio de legalidad; principio de proporcionalidad; principio de culpabilidad; principio de resocialización.

Abstract: The article focuses on the influence of the Constitution on Criminal Law and, more particularly, on the conditions of the former in order to legitimate criminal sanction.

Key words: Constitution; Fundamental Rights; Criminal Law; Criminal punishment; principle of legality; principle of proportionality; principle of guilt; principle of rehabilitation.

Sumario: I. Constitución y Derecho penal; 1. Hacia una hermenéutica constitucional penal: la interpretación constitucional de las normas penales; 1.1 El “programa penal de la Constitución”: algo más que una vieja aspiración; 1.2 El control constitucional “a secas” de las leyes penales; 2. Los fines del Derecho penal en el marco constitucional: el Derecho penal contemplado desde sus límites; 2.1 Los “principios constitucionales” como límites y como fines del Derecho penal; 2.2 Expansión del Derecho penal y principios constitucionales; 3. Derechos fundamentales como límite al Derecho penal; 3.1 El conflicto entre normas de diferente rango; 3.2 El límite al legislador y al juez penal; II. Principios constitucionales y sanción penal; 1. El principio de legalidad; 1.1 Fundamentación del principio; 1.2 Principio de legalidad y sanción penal; 2. El principio de proporcionalidad; 2.1 Fundamentación del principio; 2.2 Principio de proporcionalidad y sanción penal; 2.3 “Efecto desaliento” y principio de proporcionalidad como

* Dedicado a mis queridos colegas, Prof. Dr. FERNANDO VELÁSQUEZ y Prof. Dr. Dr. h. c. DIEGO M. LUZÓN PEÑA, con mi agradecimiento por sus respectivas invitaciones para participar en el VII Congreso Internacional de Derecho Penal. Derecho penal y Constitución (Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 02-03/10/2012) y en el XVI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal (Universidad de Alcalá de Henares, 06-07/06/2013).

límite; 3. El principio de culpabilidad; 3.1 Fundamentación del principio; 3.2 Principio de culpabilidad y sanción penal; 4. Principio de resocialización; 4.1 Fundamentación del principio; 4.2 Principio de resocialización y sanción penal; III. Conclusión; IV. Bibliografía.

“Para que cada pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano privado, debe ser esencialmente pública, rápida, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes”

(Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, 1764)

I. Constitución y Derecho penal

1. Hacia una hermenéutica constitucional penal: la interpretación constitucional de las normas penales

1.1. El “programa penal de la Constitución”: algo más que una vieja aspiración

El tema de la relación entre la Constitución y el Derecho penal tiene una importancia capital, basada en que seguramente el Derecho penal es la rama del ordenamiento jurídico más estrechamente ligada con la Constitución, puesto que su función consiste justamente en la tutela de valores e intereses con relevancia constitucional (CARBONELL, 1998, 83). Se trata de un ámbito al que ha dedicado especial atención la doctrina italiana (PALAZZO, 1998, pp. 49 y ss.) como consecuencia de la patente herencia de FRANCO BRICOLA (al respecto, DONINI, 2011, pp. 43 y ss.), pero en cualquier caso insuficientemente estudiado hasta el momento¹.

KLAUS TIEDEMANN (1991, p.147), ya advertía que desde la época de Weimar los manuales y comentarios de Derecho penal se limitan a mencionar los preceptos de los textos constitucionales que hacen referencia a las relaciones entre el Derecho penal y la Constitución, olvidándose de la cuestión más amplia de en qué medida el Derecho

¹ Vid., últimamente, DÍEZ PICAZO/NIETO MARTÍN (Dir.), 2010; MIR/QUERALT (Dir.), 2010; MIR/CORCOY (Dir.) 2012a, MIR/CORCOY (Dir.) 2012b.

constitucional influye sobre el Ordenamiento penal². Efectivamente, la búsqueda de una nueva fisonomía constitucional del Derecho penal debe ser concebida hoy como una tarea incesante y abierta (CASCAJO, 1996, p. 1645), desde el convencimiento de que "todo jurista debe comenzar la reflexión sobre su parcela partiendo de la Constitución" (QUINTERO, 1998, p. 41; Ib. 1976, *passim*).

Las constituciones modernas se erigen tras la Segunda Guerra Mundial en el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, que tiene que ser interpretado y aplicado de conformidad con las mismas (BARBERO, 2000, p.14). Para evitar una lectura fraccionada del texto constitucional, los principios generales que consagra y su espíritu han de servir para configurar lo que ARROYO (1987, pp. 97 ss.) denominó "programa penal de la Constitución". Este último es concebido como marco en el que tendría que inspirarse tanto la labor del legislador -que deberá ser coherente con los valores e intereses de naturaleza constitucional que dotan de cohesión al ordenamiento jurídico (TERRADILLOS, 1986, p. 656)- como la de los Jueces a la hora de interpretar y aplicar las leyes.

Esta "vieja" aspiración sigue siendo actual y es a mi juicio no sólo reivindicable, sino necesaria, en el contexto actual de ausencia del mínimo de racionalidad legislativa al que el estado constitucional debe aspirar de manera permanente (MARCILLA, 2012, pp.67 y ss.). Esto no implica en modo alguno partir de una visión estática de la sociedad y menos aún "ignorar la complejidad y mutabilidad de las actuales sociedades", propugnar un "modelo rígido de sociedad" o "sometido al arbitrio de las interpretaciones judiciales", en el sentido expuesto por JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS (2003) en su (probablemente injusta) crítica a las tesis constitucionalistas en general (p. 182).

Normativamente este "Derecho penal constitucional" estaría integrado por: a) determinados principios constitucionales de relevancia penal como la libertad, igualdad, pluralismo y justicia (art. 1 CE), así como racionalidad, proporcionalidad y promoción de la libertad y la igualdad (art. 9 CE)-; b) preceptos constitucionales sobre mandatos, prohibiciones y regulaciones que directamente afectan al Derecho penal (significativamente los arts. 15, 17, 24 y 25 CE); c) preceptos que consagran los derechos fundamentales y que delimitan el *ius puniendi* tanto en el ámbito legislativo como judicial; d) preceptos que de modo expreso regulan conceptos del sistema penal (arts. 71, 117, 120, 125, 126 CE); e) cláusula general de cierre consistente en el

² Vid, no obstante, LAGODNY (1996), STÄCHELIN (1998), APPEL (1998).

principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento penal vigente (art. 5.1 LOPJ) (BERDUGO et al., 2010, p.46)³.

1.2. *El control constitucional “a secas” de las leyes penales*

A) Estado Constitucional y Estado de Derecho

El Estado Constitucional aparece hoy como la formulación más acabada del Estado de Derecho, una en la que el sometimiento del poder al Derecho comprende también al poder legislativo, que se ve limitado *ab initio* por la *norma normarum*.

Se han dado pasos significativos en el contexto del llamado “neoconstitucionalismo” (por todos, M. CARBONELL, 2003; BARBERIS, 2012), bien que esté muy poco claro a qué se refiere exactamente el término. LUIS PRIETO (2003) cree que esta corriente es el resultado de dos tradiciones separadas que ahora parecen converger: la tradición norteamericana originaria que concibe la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, y aquella proveniente de la Revolución Francesa que la entiende como encarnación de un proyecto político programático (pp. 124-125). Este autor resume el resultado de esta confluencia entre la primera concepción, más procedimental, y la segunda, más ambiciosa desde el punto de vista de la orientación de la acción política, pero menos vigorosa desde la perspectiva de la garantía jurisdiccional, del siguiente modo: “una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces” (p. 127)⁴.

Ahora bien, hacer alusión a este debate no implica asumirlo, ni decantarse por su significado en uno u otro sentido, que por lo demás permanece en la más absoluta ambigüedad en la teoría del Derecho. Como puso claramente de relieve el Profesor VELÁSQUEZ en su estupenda conferencia pronunciada en las Jornadas que motivaron la redacción inicial de este artículo, no hay que perder de vista el contexto jurídico-político

³ En la medida en que se trata básicamente de materializar el vínculo del Derecho penal con el modelo de estado consagrado en la Constitución a través de los derechos fundamentales, no se entiende bien dónde radica el abismo conducente a la subversión de la división de poderes al que se refiere GONZÁLEZ CUSSAC (2007, p. 363) respecto a la misma idea condensada en un programa.

⁴ Vid., entre otras referencias, ALEXY, 1978, 1986; ZAGREBELSKY, 2000; GARCÍA FIGUEROA, 2009; ATIENZA/GARCÍA AMADO, 2012.

y social⁵. Esto mismo ha sido destacado por MANUEL ATIENZA (2012) en un reciente trabajo del que me permito citar el siguiente pasaje: “El constitucionalismo como realidad jurídico-política se caracteriza por una serie de rasgos que son graduables (la existencia de constituciones que incorporan derechos fundamentales expresados en enunciados de principio, la fuerza vinculante de la constitución, la garantía jurisdiccional de la constitución, su grado de rigidez, la interpretación conforme a la Constitución de las leyes y del resto de las normas del ordenamiento jurídico, etc.), de manera que puede haber (hay) sistemas jurídicos en los que el fenómeno de la constitucionalización de los Derechos es más acusado que en otros” (p. 21).

B) Estado Constitucional y Derecho penal

La referida posibilidad de jueces y tribunales de “moldear” el contenido y los límites del Derecho, a partir del carácter valorativo y el margen de discrecionalidad que comporta el juicio de ponderación, se deja ver en el Derecho penal.

KUHLEN (2012) muestra, por ejemplo, cómo ha ido acuñándose en Alemania una dogmática del “Derecho penal constitucional” tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional, como por la del Tribunal Supremo, del aquel país. La evolución pone de relieve no sólo la concreción de algunas técnicas hermenéuticas focalizadas, sino además una tendencia hacia una cierta capacidad de “rectificación” al legislador en determinados casos. Estas técnicas parten de la distinción entre “interpretación conforme a la Constitución” cuando existen varias posibilidades interpretativas, de las cuales al menos una conduce a la conformidad de la norma a la Constitución (p. 24), e “interpretación orientada a la Constitución”. Esta última, en cambio, significa que hay que moverse en la “arenas movedizas” de la ponderación a la que nos referíamos más arriba. Mientras que la primera tiene la estructura de una regla, que obliga a rechazar todas las posibilidades interpretativas diferentes a aquella “conforme a la Constitución”,

⁵ Véase al respecto la siguiente reflexión de FERNANDO VELÁSQUEZ (2009) referida a Colombia: “En otras palabras: pese a que no cabe duda en el sentido de que el Código Penal de 2000 y la Carta Política de 1991 consagran el marco ideal para desarrollar una legislación punitiva a tono con los postulados del Estado social y democrático de Derecho, también es cierto que ello no es suficiente para que el modelo de derecho penal que se levante a partir de ese diseño, pueda ser efectivamente llevado a la realidad, pues ello sólo será posible en la medida en que el programa de trabajo que ellos conforman sea desarrollado por el legislador, los jueces y los estudiosos” (p. 80).

la segunda hace las veces de un principio (p. 25)⁶. Claro que la cuestión se vuelve muy compleja debido “al monopolio de rechazo” de las leyes por motivos de constitucionalidad que se atribuye a los tribunales constitucionales en la mayoría de países europeos (*in extenso* FERRERES, 2011), y la dificultad de delimitar entre la mera interpretación de las leyes y su reconstrucción, ya que “sería contrario a la lógica profunda del sistema centralizado de control de constitucionalidad que también los jueces ordinarios pudieran «reconstruir» la ley, a través de una lectura que fuera más allá del círculo de las interpretaciones posibles” (FERRERES, 2012, p. 113).

Pero más allá de las concretas técnicas hermenéuticas conducentes a la progresiva configuración de un Derecho penal conforme a la Constitución, lo que importa resaltar es que, en todo caso, *aquellas han de estar al servicio de esta finalidad última*. Se parte aquí, como en trabajos anteriores (DEMETRIO, 1999, 2004), del *garantismo*, cuyo máximo exponente es el pensamiento de LUIGI FERRAJOLI (1995, 2006, 2011)⁷. Como ha explicado con lucidez LUIS PRIETO (2011) este modelo de entender el Derecho penal es a la vez una *filosofía política o teoría de la justicia* -cuyos postulados esenciales son la separación entre Derecho y moral y la concepción contractualista del Estado y de las instituciones- y un *modelo de ciencia del Derecho y de dogmática jurídica* que sólo puede prosperar en el marco jurídico-político que proporciona el constitucionalismo, cuyo principal mérito es, por cierto, haber unido la filosofía de la Ilustración⁸ con el positivismo jurídico (pp. 20 y ss.)⁹.

⁶ Sobre la diferenciación entre reglas y principios véase ALEXY, 1986, pp. 71 y ss., quien aclara que el punto decisivo de dicha diferenciación es que los principios son normas que imponen que algo se realice en la mayor medida posible con relación a las posibilidades jurídicas y fácticas, de modo que quedan definidos como “mandatos de optimización” (p. 75). Por el contrario, las reglas son normas respecto de las cuales sólo caben dos opciones, o bien se cumplen o no se cumplen, de modo que cuando rige una regla resulta obligado hacer exactamente aquello que la misma exige, ni más, ni menos. A diferencia de los principios, las reglas contienen una suerte de *fijaciones* en el espacio de lo fáctica y jurídicamente posible. La consecuencia de todo ello es que la diferenciación entre reglas y principios tiene carácter cualitativo y no de grado, de tal suerte que toda norma o bien es una regla o bien un principio (p. 77).

⁷ Con razón advierte VIVES ANTÓN (2013) que ya en *Derecho y Razón* se pueden distinguir dos niveles de discurso: un alegato en defensa de las garantías penales y, por otro lado, la formulación a partir del garantismo penal, de una teoría general del garantismo. Resulta muy instructivo leer las reflexiones críticas que lleva a cabo el autor mencionado acerca de cuestiones básicas de la teoría del Derecho en el pensamiento de FERRAJOLI tales como la idea de verdad, la separación entre Derecho y moral, o la delimitación del papel de la teoría frente a la dogmática (pp. 284 y ss.).

⁸ Sobre el pensamiento penal de esa época vid. PRIETO SANCHÍS (2003c) y LLOBET RODRÍGUEZ (2012).

⁹ El propio LUIGI FERRAJOLI (1995) entiende por “garantismo”, según una primera acepción, un *modelo normativo de Derecho*, caracterizado en el plano epistemológico como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia (y maximizar la libertad), y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En una segunda acepción “garantismo”

De todos modos, por mucho que la perspectiva constitucionalista en el Derecho penal presuponga un juez muy valorativo, esa facultad de controlar e interpretar las leyes a la luz de principios superiores de carácter constitucional, se mueve en los límites marcados por el principio de división de poderes, lo que la convierte en una capacidad potencialmente abstracta (DONINI, 2003, p. 81). Esto no significa, sin embargo, que el control constitucional de las leyes deba ser uno “deferente” -entendiendo la “deferencia” como algo positivo en el sentido de evitar los inconvenientes, a los que se refiere JUAN ANTONIO LASCURAÍN (2012, p.25), que puede conllevar la anulación de una norma penal- sino que debe tratarse, en mi opinión, de un control constitucional “a secas”, o si prefiere, de uno que efectivamente sea tal, para el que las cortes o tribunales constitucionales están perfectamente legitimados. No faltan ejemplos en la historia reciente, como el del *Bundesverfassungsgericht* a propósito de la custodia de seguridad, en los que el exceso de condescendencia se ha revelado a la larga como una indeseable falta de verdadero control. Esta tensión “irreductible” entre las competencias del legislador y las del órgano al que se confía su control es justamente una característica del estado constitucional (LOPERA, 2006, p. 76).

2. Los fines del Derecho penal en el marco constitucional: el Derecho penal contemplado desde sus límites

2.1. Los “principios constitucionales” como límites y como fines del Derecho penal

A) Fin del Derecho penal en el marco constitucional

La cuestión más importante es, a mi juicio, preguntarse por el fin del Derecho penal en el marco constitucional, ya que este último no puede consistir únicamente en la prevención de los delitos, sino también en la prevención de reacciones informales públicas o privadas frente al delincuente como máxima misión garantista del Derecho

designaría una *teoría jurídica de la validez y de la efectividad*, como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto a la existencia o vigencia de las normas. Por último, la tercera acepción del “garantismo” sería una *filosofía política* que impone al Derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye la finalidad de ambos (pp. 851 y ss.).

penal (FERRAJOLI, 1995, p. 332; SILVA, 1992, p. 181). En palabras de ROXIN (1997) “un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal” (p. 137). Es así como la reflexión acerca del fin del Derecho penal en el marco constitucional conduce al análisis de los principios que limitan la potestad punitiva del Estado, y que extraemos justamente de la Constitución. No puede ser de otro modo teniendo en cuenta que “el Derecho penal es la rama del ordenamiento más irracional, violenta y autoritaria” (DONINI, 2010, p. 2).

En definitiva, la relación entre Derecho penal y Constitución hace referencia de modo esencial a la legitimidad y a los límites del *ius puniendi* (ARROYO, 1998, p. 1). Este objeto de estudio se corresponde con lo que tradicionalmente se ha llamado “Derecho penal subjetivo”, y su análisis, como señala GIMBERNAT (1999), ha tenido como efecto beneficioso justamente poner de manifiesto, con especial vigor, los límites y exigencias que a dicho Derecho imponen los principios de política criminal y los del Estado de Derecho (p. 26).

No hay que perder de vista que la consideración como límites de determinados principios, ámbito en el que de forma más clara, pero no de modo exclusivo, se refleja la relevancia de la Constitución para el Derecho penal (CUELLO, 1996, pp. 54 y ss.) puede conducir, desde una perspectiva reduccionista, a la “degradación” de dichos principios, que en verdad son algo más que límites, ya que constituyen, a su vez, auténticos fines del Derecho penal (SILVA, 1992, pp. 187, 210, 242). Entiendo que este reduccionismo podría evitarse desde una perspectiva dinámica y abierta del texto constitucional a partir de un conjunto de postulados político-criminales que no sólo limitan el ejercicio de la potestad punitiva sino que aspiran a su configuración de acuerdo con el esquema de valores que aquél consagra. Este “programa” está llamado a ser el eje de una elaboración científica que ejerza la función de “contrapoder crítico” frente a la irracionalidad inmanente al sistema penal (DONINI, 2010, p. 4). La idea clave, que recientemente ha recordado MIR PUIG (2011b), es en definitiva que “un Estado social y democrático de Derecho no sólo ha de cumplir su función de protección frente al delito, sino que ha de hacerlo sin desbordar los límites que impone la Constitución al ejercicio del poder” (p. 14).

B) El reto permanente del Derecho penal en el Estado Constitucional

No cabe duda que el reto permanente del Derecho penal en el Estado constitucional es encauzar adecuadamente el conflicto entre la libertad del individuo concebida por el Estado y la limitación de dicha libertad para la protección de la generalidad. Se trata, por tanto, en último término, de la restricción de la libertad con la finalidad de su preservación (APPEL, 1998, p. 18).

En este sentido, por lo que aquí interesa, es evidente que el legislador no es totalmente libre en la elección o modulación del sistema de sanciones destinado a cumplir su función protectora, sino que se encuentra limitado por el conjunto de reglas y principios configuradores del Estado constitucional de Derecho. La perspectiva de los derechos fundamentales consagrados en la norma que se sitúa en la cúspide del ordenamiento jurídico le obliga formal y materialmente a no perder de vista la libertad del individuo al que se impone la sanción. Sólo aquellas sanciones que respeten ciertos criterios de adecuación constitucional relativos con carácter general a la pertinencia, idoneidad y necesidad en orden a la meta propuesta, podrán ser admitidas (APPEL, 1998, pp. 163 ss.). A partir de estas premisas resultaría posible, por ejemplo, razonar la inconstitucionalidad de la fórmula “culpabilidad + peligrosidad: inocuidad” subyacente a los sistemas de sanciones que introducen fórmulas al estilo de la *Sicherungsverwahrung* alemana (o “custodia de seguridad”) sobre la que ya se ha pronunciado en sentido correctivo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) (con detalle, BORJA, 2012, pp. 25 y ss.; GAZEAS, 2013; ZIFFER, 2013, pp. 1087-1090).

En España, por añadidura, y dado que el texto constitucional prevé en su articulado (Art. 25.2 CE) expresamente la finalidad de la reeducación y reinserción social, las limitaciones constitucionales son aun más amplias. Si la libertad vigilada posterior al cumplimiento de la pena para delincuentes imputables (introducida mediante reforma del CP del año 2010) presenta ya dudas de constitucionalidad (GARCÍA RIVAS, 2012, p. 23; MARCO, 2012, p. 59), la regulación de la custodia de seguridad que preveía el Anteproyecto de Reforma del Código Penal del año 2012 era claramente inadmisibles desde la perspectiva de los derechos fundamentales¹⁰. Por su parte, la de la cadena perpetua o “prisión permanente revisable”, que contemplaba el

¹⁰ Vid. al respecto la motivación de la propuesta de supresión de dicha regulación efectuada por un grupo de autores, entre los que me encuentro, en ACALE et al. (2013, pp. 386 y ss.).

anteproyecto mencionado y mantiene el del año 2013, no lo es menos (ACALE, 2013, pp. 181 y ss., p. 189). Curiosamente la propia Exposición de Motivos del anteproyecto viene a reconocer la inhumanidad del sistema legal vigente hasta la fecha, que no prevé una revisión judicial periódica de la situación personal del penado “ni para las penas máximas de veinticinco, treinta o cuarenta años de prisión, ni para las acumulaciones de condena que pueden llegar a fijar límites incluso superiores” (p. 3), cifrando dicha inhumanidad de la pena en “la falta de un horizonte de libertad”. Sin embargo, la previsión de un sistema de revisión judicial de una pena de esta naturaleza, si bien resulta imprescindible, no basta en mi opinión para salvaguardar la constitucionalidad de una pena que queda definida *ab initio* como una sanción de duración indeterminada. La imparable evolución del “populismo punitivo”, sin embargo, está detrás de los fenómenos legislativos a los que hago referencia, cuya justificación pasa paradójicamente por “acabar con el Derecho penal, sustituyéndolo por un instrumento de control que está libre de las premisas de partida de aquél” (ACALE, 2010, p. 330).

2.2. *Expansión del Derecho penal y principios constitucionales*

Justamente por esto el planteamiento que se acaba de exponer quedaría convertido en una mera declaración de principios sin someterlo a una labor de contraste con la evolución del Derecho penal en las últimas décadas, sobre todo aquella referente al permanente proceso de expansión experimentado y la crisis del papel de los principios constitucionales en este terreno (Vid., p.e, MIR, 2010, pp. 8 y ss.; CORCOY, 2012, pp. 153 y ss.; WEIGEND, 2013, pp. 22 y ss.).

A) Relajación de garantías en la aplicación jurisprudencial

En este sentido resulta evidente que el proceso de expansión del Derecho penal, ya abundantemente denunciado por la doctrina, y la relajación de las garantías asociado al mismo (por todos, SILVA, 2011), cuya expresión más grosera ha quedado simbolizada en el fatídico “Derecho penal del enemigo” (por todos, CANCIO/GÓMEZ-JARA, 2006), no ha dejado inalterada la aplicación jurisprudencial del Derecho penal.

Más bien al contrario, en el caso español, se detectan excesos claros en materia de prisión provisional, cumplimiento de la pena y criminalización de actos de expresión,

entre otros (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 2009, pp. 1660 ss.). Especialmente significativa resulta en este sentido la llamada *Doctrina Parot*, en virtud de la cual se hizo posible “sortear la prohibición de retroactividad desfavorable” (MUÑOZ CLARES, 2012, p. 5) respecto a las consecuencias prácticas que instauró la LO 7/2003 de 30 de junio, que endureció enormemente las condiciones para acordar beneficios penitenciarios, permisos de salida, la clasificación en tercer grado y la libertad condicional, muestra ciertamente de todo un “programa maximalista” (DEMETRIO, 2004, p. 92). Así en la STS 197/2006, el Tribunal Supremo español, modificando su doctrina anterior, procede a reinterpretar el sentido del límite de 30 años establecido en el art. 70.2 del CP 1973 en los casos de acumulación de condenas¹¹. Dicho límite no sería ya la nueva pena de la que había que partir para calcular los plazos correspondientes a los efectos antes mencionados, sino que el sujeto tendría que cumplir las penas impuestas en los distintos procesos de forma sucesiva, computándose los beneficios penitenciarios respecto de cada una de ellas individualmente (MUÑOZ CLARES, 2012, p. 1 y ss.; RODRÍGUEZ YAGÜE, 2013, pp. 126 y ss.).

Frente a esta tendencia hay que recordar permanentemente que los límites a cualquier interpretación o/y justificación de la actuación del legislador se encuentran en el catálogo de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas consagrados en la Carta Magna, en virtud de los cuales habría que enfatizar que no cualquier Derecho penal es posible desde la perspectiva de la legitimidad constitucional. No otra cosa ha recordado el TEDH en la sentencia de 10.07.2012 en el asunto del Río Prada contra España¹², en la que se establece la violación de los artículos 5.1 y 7 del Convenio (MUÑOZ CLARES,

¹¹ Significativo resulta el voto particular formulado por los Magistrados D. José Antonio Martín Pallín, D. Joaquín Giménez García y D. Perfecto Andrés Ibáñez que sostienen que “lo que se propone como una mera interpretación innovadora de la regla 2ª del artículo 70 del Código Penal de 1973, es, en realidad, una alteración drástica del sentido de la norma y de su contexto prescriptivo” (primero) y al tiempo que resalta que la irretroactividad de la ley penal desfavorable es un dogma intangible del Estado de Derecho consagrado como tal en el art. 9.3 CE, sostiene que en realidad se procede a una verdadera reescritura del texto del art. 70.2ª CP 1973, “que equivale, lisa y llanamente, a aplicar de manera táctica -y retroactiva en perjuicio del reo- el art. 78 del Código Penal de 1995, en su actual redacción debida a la LO 7/2003” (séptimo).

¹² El TEDH subraya que “el principio de la legalidad de los delitos y de las penas, contenido en el artículo 7 del convenio, prohíbe que la legislación penal se interprete extensivamente en detrimento del acusado” (57) y, basándose en la legislación española en su conjunto, “considera que el nuevo modo de cálculo de la remisión de penas aplicables, en base al giro jurisprudencial del Tribunal Supremo, no concernía sólo a la ejecución de la pena impuesta a la demandante” (59). Muy al contrario, “se trató de una medida que tuvo igualmente un impacto decisivo sobre el alcance de la “pena” impuesta a la demandante, llevando en la práctica a prolongar en casi nueve años la condena a cumplir” (59). Además añade que, si bien el Tribunal acepta que los Estados son libres de cambiar su política criminal reforzando, en su caso, la represión de los crímenes y delitos, “considera que *los tribunales internos no podrían aplicar retroactivamente y en perjuicio del interesado el espíritu de los cambios legislativos producidos después de la comisión del delito*” (62) (la cursiva es mía).

2012, pp. 6 y ss.). Mientras que en la STC 40/2012 de 29 de marzo no se concedió el amparo¹³, en la STC 57/2012 de 29 de marzo se estima en cambio que “en aplicación del marco legal existente en el momento de comisión del hecho delictivo y computando la redención de penas por el trabajo conforme al criterio firme e intangible establecido por el propio órgano judicial encargado de la ejecución, el recurrente había cumplido ya con la pena que le fue impuesta” (FJ 8), por lo que se declara vulnerado el derecho fundamental a la libertad consagrado en el art. 17.1 CE. Además añade correctamente que “en un Estado de Derecho no cabe prolongar la privación de libertad de una persona que ha cumplido ya la condena que se le impuso en su día” (FJ 8 *in fine*). Dicha vulneración se hace derivar de una previa, la del derecho a la tutela judicial efectiva del art.24.1 CE, dado que, en el caso en cuestión, el criterio de cómputo sí se había incorporado a una decisión judicial firme (el Auto de 23 de marzo de 1998) de forma decisiva para sustentar el sentido del fallo en el que se acuerda que no procede la revisión de las penas tras la entrada en vigor del CP de 1995 (FJ 7).

B) Protección de bienes jurídicos versus protección de la vigencia de las normas en el debate científico

Pero, por otro lado, el análisis sería incompleto sin referirse al creciente debate producido en las últimas décadas en el plano científico acerca de la verdadera función del Derecho penal. El postulado tradicional acerca de la protección de bienes jurídicos en el marco constitucional, del que se parte en este trabajo, ha sido objeto de notables ataques cuyo foco proviene del funcionalismo (Hormazábal, 1991, pp. 7 y ss). Este enfoque arrastra consigo prácticamente la demolición del “constructo” teórico al que nos hemos referido más arriba al analizar el Derecho penal, no desde la perspectiva de sus límites, sino más bien, de su funcionalidad en un sistema autopoietico (DEMETRIO, 2010, pp. 13 ss; DONINI, 2010, p. 20, esp. nota 45).

¹³ De nuevo aquí es preciso destacar que el voto particular del Magistrado D. Eugeni Gay Montalvo, que manifiesta su convencimiento sobre la vulneración de los arts.17 y 25.1 CE, así como el de la Magistrada D^a Adela Asua Batarrita. Esta última considera que se trata “de un cambio de las “reglas de juego” en la contabilización del cumplimiento de la condena que difícilmente podrá superar el test de previsibilidad sobre el alcance de las consecuencias punitivas previstas en la ley en relación a un elemento tan importante como la efectiva duración de la privación de libertad que comporta la condena” (1). Además destaca la paradoja que resulta de que “la aplicación de la norma antigua, al reformularse conforme a la interpretación realizada en la STS 197/2006, desemboque en una situación comparativamente peor para el afectado que la derivada de una aplicación retroactiva del Código Penal de 1995”, con el argumento de que en éste la exclusión de los beneficios penitenciarios tiene carácter facultativo y se limita a casos especialmente graves (5).

Siendo lo anterior básicamente cierto, en la medida en que no se puede negar que el funcionalismo no parte de la idea de protección de bienes jurídicos (Jakobs, 2012), sino de la de preservar la configuración normativa de una sociedad, esto no quiere decir que se “idealice” la teoría del bien jurídico hasta el punto de otorgarle un “excesivo” rendimiento fiscalizador de la legitimidad constitucional de las normas penales. En este sentido no les falta razón a quienes advierten que el concepto de bien jurídico se encuentra con serias dificultades para servir como criterio delimitador *a priori* del Derecho penal, criterio que debería buscarse más bien en la extensión de la legitimación estatal de la pena, lo que no implica, sin embargo, que no ejerza una importante función inmanente al sistema dentro del Derecho positivo (HIRSCH, 2001, p. 386).

Esto es así porque en realidad ni esa ni ninguna otra teoría es capaz por sí misma de garantizar una política criminal legítima en el Estado constitucional de Derecho, sino que, se opera en sentido inverso. Es decir, es el sistema constitucional y los principios filosófico-políticos que lo vertebran los que confieren un significado u otro a las teorías. En este sentido no tendría problemas en admitir que el potencial crítico de la teoría del bien jurídico no deriva del propio concepto de bien jurídico o bien jurídico-penal en sí mismo, sino de su interpretación en el contexto “externo” de los baremos normativos y de legitimidad política aplicables (como afirma FEIJOO, 2010, p. 226), *pero esto no la convierte, a mi juicio, en un instrumento vacío de contenido, sino sólo en uno manipulable*. Afirmar lo contrario podría conducir a incurrir en algo parecido a lo que denuncia ENRIQUE GIMBERNAT (2003) cuando tacha de “injusticia histórica”, por ejemplo, “negar la decisiva influencia del Proyecto Alternativo alemán sobre delitos sexuales -que fundamentaba la reforma que proponía en la teoría del bien jurídico- en la despenalización de la homosexualidad, en particular, y en la radical modificación de los delitos contra la «honestidad» en general, y atribuir todas esas reformas exclusivamente a un supuesto e inexistente «cambio de percepción social sobre la sexualidad» que presuntamente se habría producido ya en el periodo 1969-1973” (p. 13).

Por supuesto, no se trata sólo de una observación histórica, sino que la teoría del bien jurídico sigue manteniendo hoy en día un notable potencial crítico limitador de la legislación penal, bien que se trate sólo de un primer paso necesario en el proceso argumentativo que conduce a afirmar la necesidad de la intervención del Derecho penal en el Estado constitucional (ALONSO, 2011, p. 13; Ib., 2009a, p. 69; Ib., 2009b, p. 115;

ROXIN, 2013, pp. 6 y ss.). Esta función de limitación no sólo desempeña su papel en un sentido axiológico (o de legitimación externa) en la “elección” de intereses dignos de protección, sino que adquiere igualmente mucha importancia en el nivel de validez interno a través de la estructuración de la teoría del delito (FERNÁNDEZ, 2004, *passim*). En efecto, una noción del delito como lesión de bienes jurídicos presenta, entre otras, la indudable ventaja de ofrecer un criterio fundamental para la valoración del hecho punible y consiguiente graduación de lo injusto, así como para el establecimiento del grado mínimo de lesividad en virtud del cual se considera una conducta merecedora de pena, cual es el del peligro para el bien jurídico (ALCÁCER, 2003, pp. 116-119). Más allá va SCHÜNEMANN (2007) al afirmar que la negación de la teoría penal del bien jurídico implica a su vez la negación de los fundamentos del Estado de Derecho democrático liberal (p. 257).

3. Derechos Fundamentales como límite al Derecho penal

3.1. El conflicto entre normas de diferente rango

Dado que, como es obvio, el Derecho penal no aparece aislado en el conjunto del ordenamiento jurídico, sino que se halla vinculado a normas superiores como la Constitución y los tratados internacionales suscritos por el Estado que protegen derechos fundamentales a los que aquél por su propia naturaleza afecta¹⁴, puede asimismo entrar en conflicto con ellas.

En este sentido advierte PAREDES CASTAÑÓN (2013) que se produce una interferencia necesaria (y no meramente contingente, como la que se produce en los conflictos entre normas penales del mismo rango) entre cada una de las normas penales sancionadoras de la Parte Especial del CP con aquellas relativas a los derechos fundamentales o los derechos humanos que proclaman el derecho que se ve restringido (cap.3). Esto sucedería, desde luego, genéricamente, tanto de modo directo por las prohibiciones penales, como por las sanciones que éstas prevén, sean éstas penas o

¹⁴Al mismo tiempo es claro que hoy en día el Derecho penal debe situarse en correlación con los principios y derechos fundamentales reconocidos a nivel internacional (MIR, 2010, p. 5; NIETO MARTÍN, 2012, pp. 83 y ss.).

medidas de seguridad, pero también, aunque no con carácter necesario en este caso, cuando se trata del *nivel mínimo de protección* que debe proporcionar el Derecho penal cuando se trata de tutelar un interés asimismo consagrado como un derecho fundamental (cap.3)¹⁵.

3.2. El límite al legislador y al juez penal

Según la propia doctrina del Tribunal Constitucional español (en adelante TC) el contenido de los Derechos Fundamentales delimita la habilitación legal para sancionar imponiendo una condena penal (STC 110/2000, de 05 de mayo, FJ 5¹⁶, entre otras). *Los Derechos Fundamentales limitan tanto al legislador penal, como al juez penal*. Sin embargo, es preciso anotar, como contrapunto, que tanto la Jurisprudencia de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos como la del TEDH, han sostenido por vía interpretativa la existencia de obligaciones de tutela penal de algunos derechos fundamentales, tanto en el sentido de criminalización de las conductas correspondientes, como de efectiva persecución y castigo a los autores, que plantea enormes dudas tanto

¹⁵ Agradezco al autor que me haya permitido consultar y citar el texto antes de su publicación.

¹⁶ STC 110/2000, de 05 de mayo FJ 5 (las cursivas son mías): "Este Tribunal ha reiterado que cuando un órgano judicial aplica una norma penal como la analizada, que se refiere a conductas en las que se halla implicado el ejercicio de un derecho fundamental (en nuestro caso, del reconocido por el art. 20.1 CE), ha de tener presente el *contenido constitucional del derecho de que se trate*, es decir, el haz de garantías y posibilidades de actuación o resistencia que otorga. De modo que, en este caso, ni puede incluir entre los supuestos sancionables aquéllos que son ejercicio de la libertad de expresión o información, ni puede interpretar la norma penal de forma extensiva, comprendiendo en la misma conductas distintas de las expresamente previstas, pues en virtud de su conexión con el derecho fundamental la garantía constitucional de taxatividad ex art. 25.1 CE deviene aún más reforzada. Al margen de las prohibiciones anteriores *tampoco puede el Juez, al aplicar la norma penal (como no puede el legislador al definirla), reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal*. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir "por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto ... *disuasorio desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada*" (sobre tal "efecto desaliento": STC [136/1999](#), de 20 de julio, FJ 20; y STEDH, de 22 de febrero de 1989, § 29 [Barfod c. Noruega]; respecto a la exigencia de proporcionalidad: STC [85/1992](#), de 8 de junio, FJ 4, y SSTEDH de 13 de julio de 1995, §§ 52 a 55 [Tolstoy Milovslasky c. Reino Unido], de 25 de noviembre de 1999, § 53 [Nilsen y Johnsen c. Noruega], y de 29 de febrero de 2000, §§ 49 y 50 [Fuentes Bobo c. España]). Como ha señalado nuestra jurisprudencia, la interpretación de los tipos penales en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión impone "la necesidad de que ... se deje un amplio espacio" (STC [121/1989](#), de 3 de julio, FJ 2), es decir, un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor. De ahí que no disuadir la diligente, y por ello legítima, transmisión de información constituya un límite constitucional esencial que el art. 20 CE impone a la actividad legislativa y judicial (STC [190/1996](#), de 25 de noviembre, FJ 3, letra a).

desde el punto de vista de la dogmática de los derechos fundamentales como de la teoría del delito (VIGANÒ, 2012, pp. 311 ss., 322 ss.).

En cuanto al primero, una amplia doctrina constitucional ha ido definiendo en España una serie de criterios que han de ser tenidos en cuenta, de tal suerte que parece haberse asentado al menos una idea clara: la libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial de los Derechos Fundamentales. Esto significa, por ejemplo, en materia de libertad de expresión, que “nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trata de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge nuestra Constitución y, por ende, de nuestro sistema político” (STC 235/2007, de 07 de noviembre, FJ 6º)¹⁷.

Por lo demás es evidente que, más allá de las repercusiones concretas en este ámbito de los grandes principios constitucionales, pero sobre todo, del principio de proporcionalidad, de las que me ocuparé más adelante, una de las claves que debería tener efectos aquí de manera más inmediata es la naturaleza secundaria de las leyes penales y su conexión con los principios de *ultima ratio* y subsidiariedad en la propia

¹⁷ STC 235/2007, de 07 de noviembre, FJ 6 (las cursivas son mías): “Aceptando, como no podía ser de otro modo, el carácter especialmente odioso del genocidio, que constituye uno de los peores delitos imaginables contra el ser humano, *lo cierto es que las conductas descritas en el precepto cuestionado consisten en la mera transmisión de opiniones, por más deleznable que resulten desde el punto de vista de los valores que fundamentan nuestra Constitución.* La literalidad del ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que hace al odio racial o antisemita se refiere, en el delito previsto en el art. 510 CP, castigado con penas superiores. Las conductas descritas tampoco implican necesariamente el ensalzamiento de los genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas. Lejos de ello, *la literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por las libertades científica [art. 20.1 b)] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través (STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 5), constituye un límite infranqueable para el legislador penal.* En tal sentido, no estamos ante un supuesto de limitación de la libertad de expresión por parte del Código penal, sino que éste interfiere en el ámbito propio de la delimitación misma del Derecho constitucional. Más allá del riesgo, indeseable en el Estado democrático, de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, del que hemos advertido en otras ocasiones (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 y 8; 287/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; STEDH caso Castells, de 23 de abril de 1992, § 46), *a las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales.* La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, por lo que ahora interesa, nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político”.

motivación de las leyes penales (DONINI, 2010, p. 18). En todo caso, un “control de constitucionalidad mínimo”, como afirma PAREDES CASTAÑÓN (2013), debería encargarse de excluir del sistema penal tanto aquellas normas que son claramente incompatibles con el tenor literal de algún precepto constitucional o de un tratado internacional relativo a un derecho fundamental, como aquellas que, desde el punto de vista teleológico o valorativo, resulten claramente inadmisibles, bien sea por razones de justificación o racionalidad moral como meramente instrumental, por contravenir criterios elementales como la adecuación a la información empírica existente, consistencia y generalidad (Cap. 3).

En segundo lugar, en el marco del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional ha ejercido y ejerce un control de la conformidad constitucional acerca de la interpretación y aplicación de las leyes penales por los tribunales. También aquí parecen haberse alcanzado algunas conclusiones en torno a la invalidez de interpretaciones contrarias a los Derechos Fundamentales y la imposibilidad de valorar los hechos probados al mismo tiempo como actos de ejercicio de un Derecho Fundamental y conductas constitutivas de delito (SSTC 108/2008, de 22 de septiembre, FJ3¹⁸, entre otras). Más concretamente en la STC 110/2000, de 05 de mayo¹⁹ pueden extraerse varios *criterios de incompatibilidad* tales como el desconocimiento del contenido -o haz

¹⁸ STC 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3 (las cursivas son mías): “Para abordar esta cuestión conviene recordar que es doctrina de este Tribunal que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico, impone a los órganos judiciales al aplicar una norma penal la obligación de tener presente el contenido constitucional de los derechos fundamentales, impidiendo reacciones punitivas que supongan un sacrificio innecesario o desproporcionado de los mismos o tengan un efecto disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales (SSTC [2/2001](#), de 15 de enero, FJ 3; [196/2002](#), de 28 de octubre, FJ 6). Por ello, si los órganos judiciales prescinden de la circunstancia de que está en juego un derecho fundamental e incluyen entre los supuestos sancionables por aplicación de un tipo penal conductas que inequívocamente han de ser calificadas como pertenecientes al ámbito objetivo del ejercicio del mismo, vulneran éste, pues, aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera posible conforme a su tenor literal, hemos afirmado reiteradamente que “los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales” (SSTC [110/2000](#), de 5 de mayo, FJ 4; [297/2000](#), de 11 de diciembre, FJ 4), y que “los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito” (STC [185/2003](#), de 27 de octubre, FJ 5). Es más, la falta del examen preliminar de la eventual concurrencia en el caso concreto de la circunstancia de que los hechos a considerar no sean sino manifestaciones concretas del ejercicio legítimo de derechos o libertades constitucionalmente amparables, o la carencia manifiesta de fundamento de dicho examen, han de ser consideradas de por sí lesivas y dar lugar a la estimación del recurso de amparo y a la anulación de la resolución judicial impugnada a través de él (STC [2/2001](#), de 15 de enero, FJ 2). Bien entendido que nuestro control en tales casos no se ha de limitar a enjuiciar externamente la actuación de los órganos judiciales, examinando la razonabilidad de la motivación de las sentencias objeto de impugnación, sino que hemos de comprobar si se ha realizado en éstas una ponderación adecuada que “respeta la posición constitucional de los derechos en juego” (SSTC [20/2002](#), de 28 de enero, FJ 3; [174/2006](#), de 5 de junio, FJ 2).

¹⁹ Vid. supra extracto de la sentencia citado en la nota 8.

de garantías- constitucionalmente protegido, falta de habilitación legal para la restricción del derecho por interpretación extensiva de la norma, y reacción desproporcionada frente al acto ilícito (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 2009, p. 1667).

II. Principios constitucionales y sanción penal

1. El principio de legalidad

1.1. Fundamentación del principio

Se trata, sin duda, de un principio revestido de una singular importancia, y por ello encuentra expresión no sólo en el Código Penal (Arts. 1-4), sino además en la propia Constitución de forma expresa como Derecho Fundamental (art. 25.1), así como en el art. 7 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, y en el art.11 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la ONU, suscritas por España. Además, el Art. 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea también recoge los principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y de las penas (SCHUHR, 2012, p. 395), si bien se presentan en este ámbito problemas específicos de legitimidad democrática que se asocian a una débil “legalidad comunitaria” (MUÑOZ DE MORALES, 2011, p. 444; ampliamente, BERNARDI, 2011, p. 15 y ss.; Ib., 2012, pp. 39 ss.).

Se ha dicho que el principio de legalidad tiene, sintéticamente, un doble fundamento: democrático-representativo y político-criminal (ARROYO, 1983, pp. 12 ss.). El primero conecta con el principio de la división de poderes, núcleo del contenido garantista de la legalidad penal, que implica una doble exigencia: *la garantía de legitimación y la garantía de seguridad*, y el segundo, específicamente penal, se refiere a la *función de motivación* que el principio de legalidad está llamado a cumplir sobre los ciudadanos (GARCÍA RIVAS, 1996, p. 69). También se distingue entre los dos mencionados anteriormente y un tercero específicamente referido a *la tutela del ciudadano frente al poder del Estado* (DE VICENTE, 2004, p. 31). Por su parte ROXIN

(1997) diferencia entre una justificación jurídico-política y una jurídico-penal, dividiendo ambas en dos componentes distintos de legitimación: el liberalismo político y la democracia y división de poderes, por un lado, la prevención general y el principio de culpabilidad, por otro lado (pp.144 y ss.).

El principio de legalidad es la “quintaesencia” de los límites derivados del fundamento político del Derecho penal (MIR, 1976, pp. 141 ss.), que entronca directamente con el Estado de Derecho, y en particular con la teoría de la Ilustración sobre el contrato social (JESCHECK/WEIGEND, 2002, p.140), viniendo a significar la imposición de la ideología liberal procedente de la Revolución Francesa en el continente europeo frente a los postulados del Antiguo Régimen (OCTAVIO, 1981, pp. 316 ss.). No sólo se trata de una suerte de monopolio normativo de la ley estatal, sino que implica una imagen de ejercicio del poder en el que la ley no sólo es el vehículo de la voluntad del soberano, sino su límite (LAMARCA, 1987, p. 100).

Por otro lado, es significativo que la expresión formal del principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) provenga de Feuerbach (1847, p. 23), formulado coherentemente con su teoría de la coacción psicológica –origen de la prevención general negativa-, ya que la pena sólo puede cumplir la *función coactiva* que se le asigna si la ley indica previamente los comportamientos delictivos y las penas con que se amenaza su realización (vid. GRECO, 2009, *passim*). Además, y por la misma razón, sólo si el sujeto tiene posibilidad de conocer la materia de prohibición, puede motivar su conducta en el sentido indicado por la norma, y por consiguiente, el principio de legalidad sirve igualmente para determinar la culpabilidad del delincuente (MUÑOZ CONDE, 1975, p. 87). JOACHIM HRUSCHKA (2012) ha destacado recientemente que FEUERBACH no hizo sino seguir la senda marcada por KANT en el sentido de que sólo es posible castigar a alguien cuando ha cometido un delito, lo que significa “que las definiciones del delito se derivan de la ley penal y que una persona sólo puede ser sancionada cuando ha realizado el tipo de una ley penal” (p. 93).

El peso que se conceda a los valores que fundamentan el principio de legalidad no es indiferente al alcance que se confiere a las garantías que derivan del mismo, sino que aquél puede hacerse depender en alguna medida de la gravedad de la sanción prevista. Para ALCÁCER (2010), si se pone el acento en la seguridad jurídica, tanto la garantía de taxatividad o *lex certa* -dirigida al legislador- como la de tipicidad o *lex stricta* -dirigida al juez- deberán exigirse con idéntico rigor con independencia de la

magnitud de la consecuencia jurídica. Sin embargo, si se atiende al fundamento de la libertad, cabría pensar en introducir un margen para la ponderación, en atención al grado de afectación a la libertad que conlleve la consecuencia jurídica (p. 56).

Por lo que se refiere a la *garantía dirigida al legislador*, ámbito espinoso de las llamadas sentencias interpretativas o reconstructivas, caracterizado por la falta de claridad (DÍAZ REVORIO, 2001, *passim*), tras una primera fase de absentismo, no faltan ejemplos de una cuasi subrogación del TC en la función del legislador cuando aquél marca una línea a partir de la cual el precepto es conforme a la Constitución que de alguna manera afecta al sentido literal del tipo penal. Así sucedió en la STC 24/2004, de 24 de febrero²⁰, que resuelve una cuestión de constitucionalidad sobre el delito de

²⁰ STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 7 (las cursivas son mías): “Descartada la anterior interpretación, existen otras posibilidades interpretativas, apuntadas en la aplicación judicial del precepto cuestionado que, desde el respeto al tenor literal del mismo y a partir de los criterios interpretativos al uso en la comunidad científica y de los principios limitadores del ejercicio del ius puniendi (pautas que, conforme a nuestra jurisprudencia, han de presidir la interpretación conforme a la Constitución de toda norma penal; por todas, SSTC [137/1997](#), de 21 de julio, FJ 7; [189/1998](#), de 28 de septiembre, FJ 7; [42/1999](#), de 22 de marzo, FJ 4; [170/2002](#), de 30 de septiembre, FJ 12; [13/2003](#), de 28 de enero, FJ 3) permiten restringir su ámbito de aplicación, diferenciándolo del ilícito administrativo y haciéndolo compatible con las exigencias derivadas del principio de legalidad (art. 25.1 CE). Ciertamente, es deseable que el legislador trace de forma más precisa esa delimitación; ahora bien, las carencias detectadas en el precepto resultan superables de acuerdo con las pautas que a continuación se establecen. La interpretación constitucionalmente conforme ha de partir de que el art. 563 CP en su primer inciso no consagra una remisión ciega a la normativa administrativa, cualquiera que sea el contenido de ésta, sino que el ámbito de la tipicidad penal es distinto y más estrecho que el de las prohibiciones administrativas. Tal reducción del tipo se alcanza, en primer lugar, en el plano de la interpretación literal o gramatical, a partir del concepto de armas, excluyendo del ámbito de lo punible todos aquellos instrumentos u objetos que no lo sean (aunque su tenencia esté reglamentariamente prohibida) y que no tengan inequívocamente tal carácter en el caso concreto. Y, según el Diccionario de la Real Academia, son armas aquellos "instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o a defenderse", por lo que en ningún caso será punible la tenencia de instrumentos que, aunque en abstracto y con carácter general puedan estar incluidos en los catálogos de prohibiciones administrativas, en el caso concreto no se configuren como instrumentos de ataque o defensa, sino otros, como el uso en actividades domésticas o profesionales o el coleccionismo. En segundo lugar, y acudiendo ahora a los principios generales limitadores del ejercicio del ius puniendi, la prohibición penal de tener armas no puede suponer la creación de un ilícito meramente formal que penalice el incumplimiento de una prohibición administrativa, sino que ha de atender a la protección de un bien jurídico (la seguridad ciudadana y mediatamente la vida y la integridad de las personas, como anteriormente señalamos) frente a conductas que revelen una especial potencialidad lesiva para el mismo. Y además, la delimitación del ámbito de lo punible no puede prescindir del hecho de que la infracción penal coexiste con una serie de infracciones administrativas que ya otorgan esa protección, por lo que, en virtud del carácter de ultima ratio que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, sólo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas más graves e intolerables, debiendo acudir en los demás supuestos al Derecho administrativo sancionador, pues de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado. La concreción de tales criterios generales nos permite efectuar nuevas restricciones del objeto de la prohibición, afirmando que la intervención penal sólo resultará justificada en los supuestos en que el arma objeto de la tenencia posea una especial potencialidad lesiva y, además, la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias tales que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana. Esa especial peligrosidad del arma y de las circunstancias de su tenencia deben valorarse con criterios objetivos y en atención a las múltiples circunstancias concurrentes en cada caso, sin que corresponda a este Tribunal su especificación. Esta pauta interpretativa resulta acorde, por lo demás, con la línea que, generalmente, viene siguiendo el Tribunal Supremo en la aplicación del precepto en cuestión”.

tenencia ilícita de armas, en el que había una evidente desproporción de la sanción (pena privativa de libertad de hasta tres años) con relación a las posibles conductas, *sin que fuera posible establecer elementos diferenciales entre el ilícito penal y el administrativo* (ALCÁCER, 2010, p. 37).

En cuanto a la *garantía sobre la aplicación de la ley penal* el TC español ha ido elaborando varios criterios de enjuiciamiento que van desde la previsibilidad semántica (que proscribía la analogía y la interpretación extensiva), pasando por la previsibilidad metodológica (que impide incurrir en quiebras lógicas o hacer uso de criterios extravagantes), hasta la previsibilidad axiológica (que excluye interpretaciones contrarias a la Constitución) (ALCÁCER, 2010, pp. 48 y ss.).

1.2. Principio de legalidad y sanción penal

Además de las garantías genéricas a las que antes hemos hecho referencia, tradicionalmente se hace derivar del principio de legalidad un límite con especial significación en el sistema de sanciones, el llamado *ne bis in idem*. Esta garantía presenta diversas manifestaciones, siendo la más significativa la *prohibición de la doble sanción* que impide castigar más de una vez el mismo hecho (por ejemplo con una pena criminal y una sanción administrativa), siendo otras, por ejemplo, la imposición de más de una pena a un mismo delito, la incoación de un nuevo proceso por un mismo hecho cuando el anterior concluyó con una absolución, etc. (ARROYO, 1983, p. 19, nota 31).

Pese a lo declarado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 2/1981, de 30 de enero²¹, en el sentido de que este principio se halla íntimamente vinculado a los

²¹ STC 2/1981, de 30 de enero, FJ4 (las cursivas son mías): “El principio general del derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, *que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc....- que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración. Como veremos más tarde, no hubo en el caso examinado infracción del principio de referencia y ello nos releva de entrar en su consideración a la luz de la Constitución. No obstante, podemos señalar que, si bien no se encuentra recogido expresamente en los arts. 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (art. 53.2 de la Constitución y art. 41 de la LOTC) no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, *va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución*. Por otro lado, es de señalar que la tendencia de la legislación española reciente, en contra de la legislación anterior, es la de recoger expresamente el principio de referencia”.*

principios de legalidad y tipicidad principalmente recogidos en el artículo 25 CE, la doctrina ha señalado que esta garantía es más bien consecuencia de la exigencia de racionalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, impidiendo la aplicación de sanciones desproporcionadas, postulados en los que encuentra su más directo fundamento (ARROYO, 1983, p. 19). En la mencionada sentencia el Tribunal Constitucional se limita, en cualquier caso, a prohibir la duplicidad sancionadora cuando exista “duplicidad de sujeto, hecho y fundamento, de lo que se deduce claramente que no en todo caso el *ne bis in idem* impide la doble sanción de unos mismos hechos por autoridades de diferente orden, toda vez que los contemplan desde diferentes perspectivas.

Por lo que aquí interesa, según una línea jurisprudencial del TC, que pondría en cuestión la actual regulación de la libertad vigilada, *tanto la imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal, como la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad son contrarias al principio de legalidad*. Así lo declara el FJ 1 de la STC 23/1986, de 14 de febrero:

“La imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que por un lado no cabe otra condena -y la medida de seguridad lo es- que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y por otro lado, no es posible sin quebrantar el principio ‘*non bis in idem*’, íntimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la «culpabilidad» y en el otro la «peligrosidad»”.

De esta doctrina puede deducirse que la imposición cumulativa/consecutiva de penas y medidas de seguridad a la misma persona por los mismos hechos puede considerarse violatoria del principio “*non bis in idem*”. Obsérvese que no se trata aquí, como en el sistema vicarial previsto para casos de semi-imputabilidad, del cumplimiento de una medida, que se abona para el de la pena, con posibilidad de suspender la ejecución de la pena si con ello se ponen en peligro los efectos conseguidos a través de aquella (arts. 99 y 104 CP). La presunta variación del

fundamento en los casos de cumplimiento post-penitenciario para los llamados “delincuentes imputables peligrosos” puede convertirse en un simple “fraude de etiquetas”²².

2. El Principio de proporcionalidad

2.1. Fundamentación del principio

El origen del principio de proporcionalidad se remonta a la Antigüedad, de lo que nos advierte FERRAJOLI recordándonos que la exigencia de que la pena sea proporcional a la gravedad del delito fue expresada ya por PLATÓN (*Las leyes*, IX, 857 b, pp. 220-22), si bien, señala este mismo autor, sólo pudo afirmarse en la época de la Ilustración, cuando llegaron a madurar todos los demás presupuestos del Derecho penal moderno, como la legalidad, la certeza, la igualdad, y sobre todo, la mensurabilidad y el cálculo de las penas (FERRAJOLI, 1995, p. 398). Prueba de ello es la famosa reflexión, citada al comienzo, con la que BECCARIA (1976, p. 188) concluye su famoso escrito *De los delitos y de las penas*.

El principio constitucional de proporcionalidad ha experimentado un auge extraordinario al que ha contribuido en España el TC al haberse pronunciado (SSTC de 28 de marzo de 1996 y 2 de octubre de 1997, entre otras) sobre su formulación, contenido y consagración constitucional (AGUADO, 1999, p. 25), corrigiendo con ello la deficiente definición anterior acerca de sus bases normativas y precisión de su alcance, como había venido denunciado la doctrina (GONZÁLEZ-CUÉLLAR, 1990, p. 51).

GLORIA LOPERA (2006) ha detallado cuáles son los principales argumentos que sirven de fundamento a este principio en el control de constitucionalidad de las leyes. Por un lado, su *apoyo en el modelo de Estado constitucional* como mecanismo para hacer frente a la tensión entre democracia y derechos, y en segundo lugar, su *inserción coherente en el marco de una teoría de los derechos fundamentales*, que ofrecería la posibilidad de una adecuada reconstrucción de su estructura normativa (p. 71). Son

²² Sobre ello vid. más arriba las observaciones acerca de la inconstitucionalidad de la fórmula “culpabilidad + peligrosidad = inocuización” efectuadas en el Punto I.2.1.b)

varias las vías que, a juicio de esta autora, se abren para su fundamentación jurídico-positiva en el ordenamiento jurídico español: a) adscripción al art. 1.1 CE como contenido del *valor justicia y del principio de Estado de Derecho*; b) vínculo con la *interdicción de la arbitrariedad* recogida en el art. 9.3 CE; c) vínculo con la cláusula de reserva de ley establecida en el art. 53.1 CE, entendiéndola como “reserva de ley proporcionada”; d) carácter jurídico de los derechos fundamentales, a partir de una línea argumental que los concibe como mandatos de optimización, cuyo contenido concreto debe establecerse en cada caso a partir de sus sub-principios (pp. 72 y ss.).

2.2. Principio de proporcionalidad y sanción penal

Como se deduce fácilmente, del principio de proporcionalidad derivan una serie de elementos limitadores que afectan directamente al sistema de sanciones. Veámoslo a partir de sus principales (y generalmente admitidos) sub-principios:

a) La “idoneidad”

El “criterio de la idoneidad” aparece reflejado en el Manual de Parte General de M. E. MAYER (1923) para argumentar el carácter jurídico-penal de un bien jurídico. Las proposiciones jurídico-penales desarrollarían su función de garantía mediante la salvaguardia de determinados intereses: aquéllos que aparecen a ojos del Estado como merecedores (*schutzwürdig*) y necesitados (*schutzbedürftig*) de protección penal hasta el punto de estimar que la vulneración de los mismos se debe, se puede y se tiene que mantener a raya y penalizar con el medio de protección más enérgico cual es la pena (p. 21). El merecimiento de protección (*Schutzwürdigkeit*) de un bien se determinaría según el valor que una cultura determinada le atribuye (p. 23). Su necesidad de protección (*Schutzbedürftigkeit*) guardaría relación con el grado de “vulnerabilidad” (*Angreifbarkeit*) (p. 23). Y, por último, el legislador tendría que comprobar si el bien es susceptible de ser protegido por vía penal (*Schutzfähigkeit*), ya que no se puede forzar el cumplimiento de cualquier deber (p. 23). Según esta premisa pudiera incluso suceder que la intervención penal no sólo no sea apta para prevenir las conductas que vulneran el bien jurídico, sino llegar a resultar contraproducente (GIMBERNAT, 1999, pp. 26-27).

Es un principio que conecta con el Estado social de Derecho, puesto que un Derecho penal que se mostrara inútil para proteger a la sociedad perdería sin duda una de sus bases legitimadoras. Hay que tener en cuenta que el principio de proporcionalidad opera esencialmente como límite, pero es discutible, *sensu contrario*, que obligue a penar más gravemente, al menos desde la perspectiva de la norma penal como norma de sanción (LASCURAÍN, 2012, p. 8). Ciertamente, puede decirse en este sentido que en el Derecho penal constitucional existe una relación entre legitimidad y efectividad, de modo que un instrumento total o parcialmente inefectivo pierde su legitimidad. Esto no quiere decir, en cualquier caso, que la validez pueda derivarse de la eficacia, puesto que, como es sabido, este último es un binomio conceptual con un significado y alcance totalmente distinto (KELSEN, 1993, pp. 217 y ss.).

La idoneidad se proyecta tanto sobre la norma de conducta, como sobre la norma de sanción. Según GLORIA LOPERA (2010) básicamente implicaría comprobar respecto de la primera si la conducta descrita en el tipo penal es susceptible de afectar al bien jurídico que se pretende proteger, exigiendo verificar en cuanto a la segunda que la conminación penal representa un medio apto para prevenir la realización de la conducta prohibida (p. 114).

b) *La necesidad*

De entre todos los aspectos esenciales vinculados a la necesidad de la sanción penal en virtud de su pretendida capacidad de proteger bienes jurídicos (“*principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*”) a través de su función preventivo general, entre los cuales se hallan en primer lugar el propio concepto de bien jurídico y el sometimiento a verificación empírica de dicho mecanismo (ROBINSON, 2012, pp. 54 y ss.), existen algunos elementos que son especialmente destacables.

El primero de ellos es el papel que ha de jugar, si es que todavía desempeña alguno²³, el sub-principio de intervención mínima sobre la base de la subsidiariedad y la fragmentariedad. MUÑOZ CONDE (1975) definió en su día el “principio de intervención mínima” como aquel en cuya virtud “el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes” (p. 51), constituyendo los postulados de subsidiariedad (o *ultima ratio*) y fragmentariedad parte del mismo. A su vez, la intervención mínima impone políticas criminales de descriminalización, no

²³ Vid. HORDER (2012), quien se pregunta expresamente si alguien cree realmente en el minimalismo (pp. 85 y ss.).

sólo de delincuencia de bagatela, sino de todo tipo de injustos meramente formales, desobediencias e irregularidades, “a las que puede poner eficaz coto el Derecho privado o administrativo-sancionador” (TERRADILLOS, 2003, pp. 355 y ss.).

Hasta ahora hemos afirmado que sólo son merecedores de tutela penal aquellos bienes imprescindibles para preservar un modelo de convivencia social basado en los valores y principios consagrados en la Constitución, frente a comportamientos especialmente graves que los lesionan o ponen en peligro, pero ello no significa que el legislador esté obligado necesariamente a protegerlos penalmente, salvo en aquellos casos en que la Constitución prevé expresamente dicha protección.

En su proyección sobre la norma de conducta, en virtud de la fragmentariedad, el Derecho penal no debe proteger los bienes jurídico-penales frente a cualquier tipo de ataque, sino exclusivamente frente a los que resulten más graves o peligrosos, bien por razones objetivas o subjetivas. Este aspecto del modo de protección jurídico-penal de los bienes jurídicos, que en su día fuera criticado por BINDING (1902, pp. 20 y ss.) desde una lógica retribucionista, es considerado hoy una característica fundamental de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho (MAIWALD, 1972, p. 12; PRITTWITZ, 2000, pp. 427 y ss.; VORNBAUM, 2012, pp. 660 y ss.).

En su proyección sobre la norma de sanción, en virtud de la subsidiariedad, tan sólo están necesitados de protección penal aquellos bienes jurídicos merecedores de la misma que no pueden ser tutelados por otros medios menos lesivos. Como señala ROXIN (1997) “supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico” (p. 66).

c) Proporcionalidad en sentido estricto

El principio de proporcionalidad se formula como la expresión de la necesidad de que la gravedad de la pena sea proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, exigencia que debe verse satisfecha mediante un juicio de ponderación entre ambas, teniendo a la vista el objeto de tutela y la consecuencia jurídica. En términos del análisis económico del Derecho, se trataría de “no aplicar un precio excesivo para obtener un beneficio inferior”, es decir, “si se trata de obtener el máximo de libertad, no podrán preverse penas que resulten desproporcionadas con la gravedad de la conducta”

(CARBONELL, 1999, p. 210). Este argumento se fundamenta no sólo en razones de equidad, sino también de la propia eficacia preventiva y la racionalidad del sistema penal en su conjunto.

Todo ello pasa por un diseño racional de la política-criminal que respete la medida de pena que corresponde en función de la gravedad de la conducta y no se deje llevar por la influencia de “factores sociales que fomentan el predominio de programas de acción no expertos” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, pp. 40-41). Cuando estas “reglas de juego” derivadas del principio de proporcionalidad se rompen, se vulnera el necesario equilibrio valorativo del sistema penal de acuerdo con el marco constitucional, y es entonces cuando la elevada aspiración de legitimidad del Estado democrático de Derecho quiebra y se impone la hermenéutica del deber frente a la hermenéutica de la libertad que debería presidirlo.

En el juicio de proporcionalidad en sentido estricto entran en juego diferentes vectores, que van desde el grado de afectación / satisfacción de los derechos afectados, pasando por su peso abstracto (o importancia material de los derechos fundamentales afectados y los bienes jurídicos protegidos), hasta la seguridad de las premisas empíricas que sustentan los argumentos a favor y en contra (LOPERA, 2010, p. 117). En este sentido, parece que el principio de proporcionalidad entra a valorar sobre todo si la pena resulta excesiva con relación a la conducta y el fin de la norma, aunque también se ha planteado en términos de si se precisa un aumento de pena para conseguir un mayor efecto preventivo desde la perspectiva de la norma de protección²⁴. LASCURAÍN (2012) advierte, no obstante, que esto último sólo acontecería cuando la eficacia de la norma no ha alcanzado aun el nivel de lo razonable arrojando un balance positivo (p. 9).

Por lo demás, el TC ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de casos en los que estaba en cuestión la proporcionalidad de la pena, o más exactamente, la proporcionalidad de los efectos ablativos de la pena respecto a los derechos fundamentales que vulnera: *insumisión a la prestación social sustitutoria* (STC 55/1996, de 28 de marzo), *negativa a sometimiento a las pruebas de alcoholemia* (STC 161/1997, de 02 de octubre) y *colaboración con banda armada* (STC 136/1999, de 20 de julio). Sólo este último fue declarado inconstitucional por desproporcionado, lo que probablemente explica que algún destacado autor como DÍEZ RIPOLLÉS (2008), a pesar

²⁴ Sobre la llamada prohibición de infraprotección (“*Untermassverbot*”), véase, p.e, STÄCHELIN (2000, pp. 289 y ss.).

de reconocer que es prácticamente el único instrumento operativo del que se dispone actualmente, crea que el principio de proporcionalidad no está capacitado para integrar “los mínimos contenidos de la racionalidad legislativa penal por los que debería velar la jurisdicción constitucional” (p. 258), otorgándole, en cambio, una mayor potencialidad al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos a estos efectos (de otra opinión, LASCURAÍN, 2012, p. 14, nota 31).

La doctrina del TC sobre control de las leyes penales ha pecado de ser estricta en la formulación de los principios, pero deferente en la aplicación de los mismos (LASCURAÍN, 2012, pp.12 y ss.), lo que ha tenido su reflejo en este ámbito considerado inicialmente competencia del legislador, salvo que se tratara de “una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia y la dignidad de la persona humana” (STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 6). Sin embargo, la segunda doctrina sobre la proporcionalidad, afirma que el control constitucional no puede dejar fuera de control material a la pena (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6²⁵), y parte correctamente de la premisa según la cual toda actividad pública restrictiva de derechos fundamentales ha de ser proporcionada en un cuádruple sentido: orientada a un fin legítimo, útil a tal fin, mínima en su restricción o necesaria y ventajosa o estrictamente proporcionada (LASCURAÍN, 2012, p. 15). Con todo, advierte LASCURAÍN

²⁵ STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6 (las cursivas son mías): “La posición constitucional del legislador a la que antes aludíamos obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes. Como acabamos de recordar, este Tribunal ha reiterado que el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que ésta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas. *En efecto, a diferencia de lo que sucede respecto de los órganos que tienen encomendada la tarea de interpretar y aplicar las leyes, el legislador, al establecer las penas, carece, obviamente, de la guía de una tabla precisa que relacione unívocamente medios y objetivos, y ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos: a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma - intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.- y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena. En definitiva, en relación con la proporcionalidad de una determinada pena, este Tribunal no puede, para establecerla, tomar como referencia una pena exacta, que aparezca como la única concreción posible de la proporción constitucionalmente exigida, pues la Norma suprema no contiene criterios de los que pueda inferirse esa medida; pero, tampoco le es posible renunciar a todo control material sobre la pena ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento. Como afirmábamos en la STC 53/1985, el legislador ‘ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento’ (fundamento jurídico 9º)”.*

(2012), parece claro que “la línea roja de intolerabilidad de desapego al principio” se sitúa en un punto bastante bajo, tanto en lo referente al criterio de la necesidad, como a la proporcionalidad estricta (p. 16), puesto que se trataría de comprobar “si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario” (FJ8), o si existe “un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma” (FJ 9) respectivamente.

2.3. “Efecto desaliento” y principio de proporcionalidad como límite

Asimismo, la idea de la proporcionalidad de la reacción penal, vinculada a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y el llamado “efecto desaliento” de su ejercicio (entre otras, STC 110/2000, de 05 de mayo, FJ 5^{o26}), han ido creando cierto consenso en torno a la idea de la “inadmisibilidad”, desde el punto de vista de la hermenéutica constitucional penal, de sancionar conductas que vengan a criminalizar el ejercicio de aquéllos.

CUERDA RIEZU (2002) ha advertido, con relación a la STC 136/1999, de 20 de julio, que no se trata de un efecto predicable de la pena o sanción impuestas por una conducta relacionada con un derecho fundamental de manera global, sino que se vincula únicamente a la parte o fragmento de la pena que resulta desproporcionada (p. 253). El propósito de esta matización es poner al descubierto *las diferencias entre fines de la pena y efecto desaliento*, ya que, si bien la imposición de la pena en abstracto resultaría legitimada al no estar amparada la conducta por un derecho fundamental que opere como causa de justificación, el exceso en la concreta cantidad de pena carecería, sin embargo, de tal legitimación (p. 253). Mientras que la pena produciría sus característicos efectos preventivos respecto de *futuros delitos*, la desproporción de la pena estaría en la base del llamado efecto disuasivo o de desaliento respecto al *futuro ejercicio de derechos fundamentales* (p. 253).

Desde otra perspectiva resultaría que no sólo no cabe sanción penal en los casos de ejercicio legítimo de un derecho, que se resuelven sin más en sede antijuridicidad mediante la correspondiente causa de justificación, sino que a la luz de una línea jurisprudencial que parte de *diferenciar entre los límites del ejercicio del derecho y el*

²⁶ Vid. supra extracto de la sentencia citado en la nota 8.

ámbito previo de delimitación de su contenido frente a conductas totalmente ajenas a éste último, se podría ir más allá (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2²⁷, entre otras). De acuerdo a dicha distinción la reacción penal puede considerarse desproporcionada aun cuando se produzcan excesos en el ejercicio del derecho, debido justamente al carácter desalentador de su ejercicio que representa la sanción penal (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 2009, pp. 1669-1671)²⁸. Se trataría de casos en los que el exceso puede convertir la conducta en antijurídica, aunque no alcance a legitimar una sanción penal (ATC 377/2004, de 07 de octubre, FJ 1)²⁹.

²⁷ STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2 (las cursivas son mías): “Planteada la cuestión en estos términos, conviene que precisemos la perspectiva constitucional del enjuiciamiento y, muy especialmente, la relación existente entre el análisis de la vulneración relativa al derecho a la huelga y el referido a la legalidad penal. En efecto, para enjuiciar la doble queja formulada por el recurrente debemos determinar, en primer lugar, *si la actuación del actor que resultó sancionada como falta de coacciones está integrada en el ámbito del derecho de huelga*. De ser así, ninguna sanción penal puede derivarse de la misma. Por el contrario, si dicha actuación no pudiera considerarse fruto de un ejercicio legítimo de ese derecho, nuestro enjuiciamiento debería limitarse a analizar si, por otras razones, la aplicación de esa sanción ha conculcado el principio de legalidad penal ex art. 25.1 C.E. Es cierto que, como se declaró en la STC [111/1993](#), los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales. Sin embargo, para poder determinar si esa aplicación vulnera los referidos derechos, es necesario precisar previamente si la conducta objeto de sanción pertenece al ámbito propio del derecho fundamental invocado y, en consecuencia, está amparado por el mismo. No estamos en el ámbito de los límites al ejercicio del derecho sino en el previo de la delimitación de su contenido”

²⁸ Véanse las sentencias citadas por TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, a saber, SSTC 88/2003, de 19 de mayo; 185/2003, de 27 de octubre; así como el ATC 377/2004, de 07 de octubre.

²⁹ ATC 377/2004, de 07 de octubre, FJ 1 (las cursivas son mías): Con carácter previo al análisis de las circunstancias del caso, en relación con la pretendida vulneración del art. 20.1 a) y d) es preciso recordar algunas premisas que tendrán relevancia para la presente resolución. Como se sabe, *no resulta constitucionalmente admisible la aplicación de un tipo penal a conductas que constituyan actos de ejercicio de un derecho fundamental*. La anterior afirmación no necesita mayor apoyatura en los supuestos de ejercicio legítimo de un derecho fundamental, esto es, cuando la conducta penalmente reprochada se sitúa inequívocamente en el ámbito del contenido del derecho y, además, respeta los límites establecidos para su ejercicio. En tales casos, la conducta no puede ser objeto de sanción penal ni de ningún otro tipo de sanción (STC [185/2003](#), de 27 de octubre, FJ 5). Más allá de lo anterior, teniendo en cuenta los principios de *ultima ratio e intervención mínima* que han de orientar la intervención penal en un Estado social y democrático de Derecho, como el consagrado por nuestra Constitución, el límite a la posibilidad de intervención penal no puede establecerse sin embargo en función del respeto estricto a los límites del ejercicio del derecho fundamental. *En efecto no sería constitucionalmente acogible la aplicación de una sanción penal en aquellos supuestos en que el ejercicio no pueda calificarse de legítimo (por haber incurrido en alguna extralimitación), pero en los que la conducta se enmarque inequívocamente en el ámbito objetivo del ejercicio del derecho fundamental, en el haz de garantías y posibilidades de actuación o resistencia que otorga, en atención al contenido y finalidad del acto enjuiciado y a los medios empleados. En esos supuestos, el exceso puede convertir la conducta en antijurídica (y merecedora, en su caso, de algún tipo de sanción civil, laboral o administrativa, en función del tipo de derecho ejercitado o del ámbito donde se perfeccione), aunque no alcance a legitimar una sanción penal*. En efecto, hemos afirmado reiteradamente que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico, impone a los órganos judiciales, al aplicar una norma penal, la obligación de tener presente el contenido constitucional de tales derechos, impidiendo reacciones que, por su severidad, supongan un sacrificio innecesario o desproporcionado de los mismos o tengan un efecto disuasor o desalentador de su ejercicio (SSTC [85/1992](#), de 8 de junio, FJ 4; [136/1999](#), de 20 de julio, FJ 20; [110/2000](#), de 5 de mayo, FJ 5; [2/2001](#), de 15 de enero, FJ 3 y [196/2002](#), de 28 de octubre, FJ 6). De otro modo existirían sólo dos terrenos, el de lo constitucionalmente protegido y el de lo punible, lo que no puede admitirse. Por ello, como decía nuestra STC [185/2003](#), antes citada, si los órganos judiciales prescinden de la circunstancia de que está en juego

Lo anterior viene a ejemplificar de alguna manera la distinta dimensión de los juicios de validez constitucional (interno) y el de legitimidad externa que recaen sobre las normas penales. Ambos juicios no son equivalentes, pero se parecen en la medida en que comparten la estructura de argumentación que suministra el principio de proporcionalidad. Esta similitud, recalca LOPERA (2010), no es algo extraño al Estado constitucional en el que ambos planos se superponen, bien que entre ambas dimensiones siga mediando la distancia característica que separa al discurso jurídico del discurso práctico general (p. 118).

3. El Principio de culpabilidad

3.1. Fundamentación del principio

En sentido amplio, el principio de culpabilidad expresa el conjunto de presupuestos que permiten “culpar” a alguien por el evento que motiva la pena, lo cual afecta a todos los requisitos del concepto de delito; y, en sentido estricto, se refiere sólo a una parte de tales presupuestos del delito, aquellos que condicionan la posibilidad de atribuir un hecho antijurídico a su autor (MIR PUIG, 2011a, pp. 123 y ss.; DEMETRIO, 2011b, pp. 299 y ss.).

En sus orígenes el *principio de culpabilidad*, que se elabora en el siglo XIX vinculado al principio de legalidad, tuvo fundamentalmente el sentido de exclusión de la responsabilidad objetiva y de exclusión de la responsabilidad colectiva, plasmándose en nuestro Código Penal TR 1973, gracias a la reforma de 1983, en el artículo 1º.2 con la

un derecho fundamental e incluyen entre los supuestos sancionables por aplicación de un tipo penal conductas que han de ser calificadas como pertenecientes al ámbito objetivo de ejercicio del mismo, vulneran éste, pues aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera posible conforme a su tenor literal, hemos afirmado reiteradamente que «los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales» (SSTC [111/1993](#), de 25 de marzo, FFJJ 5 y 6; [137/1997](#), de 21 de julio, FJ 2; [110/2000](#), de 5 de mayo, FJ 4; [297/2000](#), de 11 de diciembre, FJ 4) y que “los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito” (STC [2/2001](#), de 15 de enero, FJ 2). *En consecuencia, para que el recurso al instrumento penal resulte constitucionalmente lícito es preciso que estemos sólo frente a un aparente ejercicio del derecho fundamental y que la conducta enjuiciada, por su contenido, por la finalidad a la que se orienta o por los medios empleados, lo desnaturaliza situándose objetivamente al margen del contenido propio del mismo y, por ello, en su caso, en el ámbito de lo potencialmente punible* (STC [185/2003](#)).

fórmula «No hay pena sin dolo o culpa», y posteriormente en el CP 1995 en el artículo 5º («No hay pena sin dolo o imprudencia»). Al mismo tiempo se ha venido entendiendo como exigencia de una pena justa, proporcionada a la culpabilidad personal del autor del delito, frente a penas excesivas o desproporcionadas respecto a la gravedad del hecho y/o el reproche moral que el autor del mismo merece (ARROYO, 1999, p. 6).

Sin embargo, el principio de culpabilidad sigue careciendo de un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico -ya que la exigencia de dolo o imprudencia, o principio de responsabilidad subjetiva no equivale dogmáticamente al principio de culpabilidad-, lo cual no implica en modo alguno que no se trate de un principio jurídico básico de interpretación de las normas penales (FEIJÓO, 1997, p. 52). Efectivamente, este principio puede, en primer lugar, ser deducido del conjunto de normas de imputación de la parte general del Código Penal; y en segundo lugar, aunque no está proclamado expresamente en la Constitución española, puede, no obstante, buscarse un fundamento al mismo bien en el propio art. 25 CE -implícito en el de legalidad-, bien en el art. 10 CE -como consecuencia necesaria de la dignidad de la persona humana como fundamento del orden político y de la paz social- (CEREZO MIR, 1997, p. 14), solución ésta última acogida por nuestros Tribunales Constitucional y Supremo (SSTC 65/1986, de 22 de mayo y 150/1991 de 4 de julio; SSTS de 6 de abril y 17 de julio de 1990, 5 de julio y 28 de octubre de 1991, entre otras).

3.2. Principio de culpabilidad y sanción penal

Al principio de culpabilidad se vinculan tradicionalmente algunas garantías o sub-principios, entre los que figuran significativamente los siguientes (MIR, 2011, pp. 123 y ss., 531 y ss.)³⁰.

A) Personalidad de las penas

Impide castigar a alguien por un hecho ajeno, excluyendo formas de responsabilidad colectiva. En este punto cabe preguntarse si el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que ha entrado en vigor recientemente en

³⁰ Sobre mi punto de vista acerca de los diferentes aspectos del concepto/principio de la culpabilidad y su estructuración dogmática en el sistema de la teoría del delito y la individualización judicial de la pena, Vid. DEMETRIO, 1999, pp. 215 y ss.; 2008, 2010, pp. 377 y ss., 2011c, pp. 689 y ss.

España es legítimo desde esta perspectiva, o, si se prefiere, si las sanciones previstas son verdaderamente penas, debate que no está ciertamente cerrado. Ya no se trata de si las personas jurídicas son capaces de acción, o de si se puede construir un concepto de culpabilidad adecuado a ellas, sino de si la responsabilidad (penal) que se les atribuye tiene verdaderamente naturaleza penal (en sentido negativo, ROBLES PLANAS, 2011, pp. 6 y ss.) o es más bien una atribución de responsabilidad penal que vulnera (al tratarse en esencia de responsabilidad objetiva) los límites del *ius puniendi* estatal³¹. Obviamente no es este el marco apropiado para el desarrollo de esta cuestión, que nos llevaría demasiado lejos. Por mi parte, ya he sostenido que “la discusión en este punto no se situaría ya en el terreno de si es posible la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues es claro que la persona jurídica no puede responder penalmente en el sentido de la persona física, sino en el terreno de su responsabilidad al margen de ésta última”, y ello con el doble objetivo de “evitar la extralimitación de las estructuras de imputación de la única y verdadera responsabilidad penal, la individual, y contribuir así a una auténtica delimitación de *esferas de responsabilidad* y de *sujetos responsables*” (DEMETRIO, 2009, pp. 53-54).

En otro terreno, que nada tiene que ver, el TC ha sostenido recientemente, a propósito de la pena de alejamiento, que el principio de personalidad no se ve comprometido por el hecho de que dicha pena afecte a la víctima del delito a la vez que al autor, ya que en ningún caso representa una manifestación del ejercicio del *ius puniendi* del Estado sobre el ofendido (STC 60/2010, de 07 de octubre, FJ 4).

B) Responsabilidad por el hecho

Es consecuencia del modelo un Derecho penal del hecho (al respecto, HIRSCH, 2002, pp. 253 y ss.; CUERDA, 2009, 157 y ss.; CUERDA, 2009, 211 y ss.) y se opone a la posibilidad de castigar por el carácter, el modo de ser, o la conducción de la vida. Éste es el caso del Derecho penal de autor del nacionalsocialismo, en el que se proponía creación de tipos de autor en vez de tipos de conductas delictivas (GÓMEZ MARTÍN, 2007, pp. 115 y ss.).

³¹ La bibliografía al respecto es inmensa, por lo que cito aquí sólo un extenso artículo de GÓMEZ MARTÍN (2012, pp. 331 y ss.) aparecido recientemente que plantea muy bien los términos del problema, en el que pueden consultarse multitud de referencias en las notas 2 y ss.

Es de nuevo, una exigencia de seguridad jurídica como fundamento del principio de legalidad en un Derecho penal de un Estado de Derecho, y además, un postulado derivado del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 10 CE. La responsabilidad por el hecho implica la tipificación previa de una conducta especialmente grave con auténtica capacidad lesiva de un bien jurídico penal (con todo lo que esto implica), lo cual significa asumir como punto de partida un postulado fundamental de la cultura jurídica contemporánea como es la *separación entre el Derecho y la moral*, por lo que no cabe considerar delictivas cuestiones relativas a la personalidad, la ideología, la orientación sexual, etc.

Hay un aspecto particular del sistema de determinación legal de la pena cuya legitimidad se ve comprometida a la luz de esta exigencia cual es la *circunstancia agravante de reincidencia* (DE VICENTE, 1997, pp. 177-178; DEMETRIO, 1999, p. 308) por mucho que el TC se pronunciara en su día a favor de la constitucionalidad apoyándose en argumentos poco consistentes tales como una genérica alusión a todo tipo de fines de la pena y una evasiva remisión a la competencia del legislador, por otro (STC 150/1991, de 04 de julio, FJ 4b)³².

³² STC 150/1991, de 04 de julio, FJ 4b (las cursivas son mías): “Tampoco la C.E. erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el art. 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos la prevención general, constituye, asimismo, una finalidad legítima de la pena, razón por la cual el mismo planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad (que estiman que la agravante no responde a fines preventivos ni resocializadores), en este concreto aspecto, aparece desprovisto de base. En primer término, *el art. 25.2 C.E. no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la C.E. ni, desde luego, de entre los posibles -prevención general; prevención especial; retribución, reinserción, etc.- ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal*. Como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, el art. 25.2 C.E. contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad (por todas, SSTC [19/1988](#) y [28/1988](#)), pero no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad. No cabe, por tanto, estimar inconstitucional la agravante de reincidencia por no ajustarse a los «fines constitucionales» de la pena. En segundo término, *el juicio de proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general en relación a un hecho punible, es competencia del legislador, en función de los objetivos de política criminal que adopte dentro del respeto a los derechos fundamentales de la persona en un Estado social y democrático de Derecho, como el que la C.E. consagra en su art. 1.1*. En efecto, el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella (STC [65/1986](#), antes citada); lo que no cabe extraer, en todo caso y necesariamente, de la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia, ya que ésta ha de ser tenida en cuenta por los Tribunales únicamente dentro de unos límites fijados por cada tipo penal concreto y su respectiva sanción: es decir, para determinar el grado de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena. Por tanto, no cabe apreciar, desde esta perspectiva, la inconstitucionalidad del art. 10.15 C.P”.

C) Responsabilidad subjetiva

Excluye del Derecho penal todo tipo de responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado, de modo que sólo cabe imputar responsabilidad penal por la causación de una lesión si ésta se produjo dolosamente o, al menos, por imprudencia. Además, conforme al sistema de *numerus clausus* en la regulación de la imprudencia de nuestro Código Penal actualmente, la responsabilidad por imprudencia sólo es exigible si expresamente el legislador ha incriminado la conducta por esta vía.

Es interesante citar aquí las reflexiones de FERRAJOLI (1995) al señalar los fundamentos políticos o externos del principio de culpabilidad, en cuya virtud queda sin justificación la responsabilidad objetiva, que a su juicio son esencialmente cuatro: a) la *reprobabilidad de la acción*, condición necesaria, aunque no suficiente, para justificar su prohibición, y en consecuencia, su punición; b) la *función utilitarista de la prevención general* propia del Derecho penal, pues la conminación penal sólo puede ejercer su función intimidante y preventiva respecto a comportamientos culpables; c) la *posibilidad de prever y planificar el rumbo futuro de la vida partiendo de la estructura coactiva del Derecho* (HART), porque esto asegura que incluso cuando se cometen errores o se producen accidentes, una persona que haya puesto lo mejor de su parte para respetar el Derecho, no será castigada; d) *Las acciones culpables son las únicas que pueden ser objeto de previsión, y por tanto, de prevención y reprobación*; son las únicas lógicas y sensatamente prohibidas (pp. 491-492).

Estas reflexiones enlazan con cuestiones de teoría de la norma de gran calado en el Derecho penal, y a su vez, con el problema filosófico por excelencia relativo al fundamento último de la responsabilidad, la cuestión del libre arbitrio o libertad de voluntad humana. Ciertamente podría pensarse que desde una consideración imperativista de la norma penal -o al menos no exclusivamente valorativa- basada en la función de motivación del Derecho penal, resulta obligado partir de la idea del hombre como ser libre, capaz por tanto de elegir entre la observación o incumplimiento de la norma, capaz en definitiva de autodeterminación de su comportamiento (RUDOLPHI, 1969, pp. 13 y ss.). Con relación a esta cuestión extraordinariamente compleja y enormemente actual, imposible de tratar en el marco de este artículo, cabe remitirse a unas reflexiones generales: a) Se ha dicho, no sin razón, que el Derecho penal moderno debe situar las condiciones para la imposición de una pena en un contexto comunicativo entre autor y norma, sin desconocer la existencia del libre albedrío humano como

fenómeno social, asentado en las estructuras elementales de nuestra comunicación social y con real presencia en ella (SCHÜNEMANN, 1991, pp. 152 y ss.); b) Por otro lado, HIRSCH (1995) apuntaba en su momento a la idea de que “aunque el libre albedrío no pueda probarse completamente, debemos tener en cuenta *a favor* del autor aquellos hechos que, conforme a la imagen indeterminista del hombre que rige en la sociedad y que es sentida por los individuos, *excluyen* su culpabilidad” (p. 44); c) En mi opinión, sin embargo, todo ello no resta validez a la argumentación acerca de la indemostrabilidad del libre arbitrio en tanto que presupuesto biofísico del que partía el Derecho penal retribucionista para formular la culpabilidad como un juicio de reproche por “no haber actuado de otro modo”, lo que se ve corroborado actualmente en gran medida por los resultados de la investigación sobre el cerebro³³.

D) Imputación personal del hecho

Aunque la cuestión es enormemente compleja, también aquí habría que remitirse a unas reflexiones generales. Por un lado es importante poner de relieve que, dado que las condiciones de imputación del hecho al sujeto sólo deben examinarse una vez constatada la concurrencia de un hecho antijurídico, esto implica que no se trata de una “culpabilidad moral”, sino de una “imputación jurídica” (MIR PUIG, 2009, p. 540). Coherentemente con ello y, según el único concepto de culpabilidad que me parece defendible en el Estado de Derecho, a saber, el de la “culpabilidad por el hecho” correspondiente al Derecho penal del hecho, entiendo que existe una interdependencia entre este último, la estructura de la culpabilidad con relación a lo injusto y su función con relación a los fines preventivos de la pena (DEMETRIO, 2008, pp. 59 y ss.; 2011c, pp. 693 y ss.).

En otro orden de cosas, cuando no sea posible castigar con pena al autor de un hecho antijurídico por no alcanzar determinadas condiciones psíquicas que según el modelo usual regla-excepción lo hacen posible, sin necesidad de entrar ahora en las diferentes teorías que buscan una explicación al fundamento material de la culpabilidad, debe recurrirse, en su caso, a la imposición de una medida de seguridad. Esta última deberá estar rodeada de una serie de garantías ineludibles en un Estado de Derecho, para

³³ Un desarrollo de mi posición sobre la libertad de voluntad y su cuestionamiento actual a través de las neurociencias puede verse en DEMETRIO, 2011a, pp. 1 y ss.; Ib. 2013, pp. 17 y ss. Además de la bibliografía allí citada véanse las diferentes contribuciones contenidas en las siguientes obras colectivas: FEJOO (ed.) (2012) y DEMETRIO (dir.)/ MAROTO (coord.) (2013).

lo cual son básicos, a mi modo de ver, tres principios: el carácter post-delictual de la medida, el criterio de la peligrosidad criminal (que no simplemente social) y la limitación temporal. Estos principios fueron acogidos con acierto en el Código Penal de 1995 (URRUELA, 2009, pp. 55 y ss.), si bien un sector doctrinal se ha manifestado tradicionalmente en contra del mencionado en último lugar. El Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2013 se suma a dicho sector, lo que puede verse ya en la Exposición de Motivos en la que se dice que “se abandona definitivamente la idea de que las medidas de seguridad no puedan resultar más graves que las penas aplicables al delito cometido” con la fundamentación de que “las medidas de seguridad deben ser proporcionadas, no sólo a la gravedad del hecho cometido, sino también a la de aquéllos que se prevea que pudiera llegar a cometer y, por tanto, a su peligrosidad”, sin que se llegue a advertir de qué modo se puede compensar algo que aun no se ha producido ni precisar la manera en la que se llevará a cabo dicho juicio de peligrosidad que, visto desde la perspectiva de hechos que aún no han tenido lugar, lo convierte en uno de carácter pre-delictual. Por otro lado, no se puede perder de vista que las medidas de seguridad no se diferencian sustancialmente de las penas en cuanto a su carga aflictiva (ZIFFER, 2013, p. 1080). Eliminar la limitación temporal no supone en todo caso “la definitiva consagración de un sistema dualista” sino que se trata más bien de una solución de carácter defensista.³⁴

Por otro lado, el *principio de igualdad* adquiere una especial relevancia en este ámbito pues implica tratar lo desigual de forma desigual (STC 24/1993, de 21 de enero, FJ 3), ya que, como ya señalara TORÍO (1985), la capacidad de responder al mandato o prohibición jurídica no le es dada de forma general al hombre, sino que depende de múltiples factores que hacen referencia al grado de socialización del autor (pp. 285 y ss.). Las consecuencias a las que conduce este planteamiento pueden ir mucho más lejos, puesto que parece claro que, en palabras de GARCÍA RIVAS (1996), “el sistema penal no puede “lavarse las manos” frente al analfabetismo funcional o la deficiente socialización del individuo que comete un hecho delictivo: el Estado democrático debe garantizar a ese sujeto al que no ha sido capaz de integrar socialmente por sus propias carencias y contradicciones que tampoco le va a exigir lo mismo cuando cometa un

³⁴ Sobre el problema del monismo y dualismo en el contexto actual, cfr. QUINTERO, 2013, pp. 651 y ss.; y ZIFFER (2013), que advierte que la piedra de toque de una diferenciación seria entre pena y medida se halla en la realidad de la ejecución, de modo que, desde esta perspectiva, la legitimación de un sistema de sanciones de doble vía estaría estrechamente relacionado con la multiplicación de las posibilidades de salir en libertad (p. 1083).

hecho delictivo en cuya ejecución se aprecie la influencia -directa o indirecta- de ese déficit de socialización. De otro modo se estaría vulnerando el principio de culpabilidad, que se cohonesta con el valor superior de la igualdad (art. 1.1 CE)” (p. 96).

4. Principio de resocialización

4.1. Fundamentación del principio

El artículo 25.2 CE dispone que *«las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y el desarrollo integral de su personalidad»*.

Este precepto se sitúa sistemáticamente en la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero, y esto significa que goza de unas especiales características como su aplicación directa (arts. 9.1 y 53.1 CE.), regulación por Ley Orgánica (arts. 53.1 y 81 CE.), tutela especial ante los Tribunales ordinarios, y en su caso, amparo ante el Tribunal Constitucional (arts. 53.2 y 161.1.b) CE.). Sin embargo, la virtualidad práctica de todo ello es escasa en lo que se refiere al primer inciso del precepto, debido a la ambigua expresión usada por el legislador, que es interpretada de forma diversa por la doctrina (SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, 2012, p. 20). De hecho el TC ha declarado que el principio de reeducación y reinserción social no contiene un derecho subjetivo, como tampoco un derecho fundamental susceptible de protección mediante recurso de amparo (STC 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2³⁵; ATC 252/2008, de 10 de noviembre, FJ 2)³⁶.

³⁵ STC 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2 (las cursivas son mías): “Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el art. 25.2 CE, en cuanto alude a la orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social, *no contiene un derecho subjetivo, ni menos aún un derecho fundamental, susceptible de protección en vía de amparo, sino tan sólo un mandato del constituyente al legislador y a la Administración penitenciaria para orientar la ejecución de las penas privativas de*

Se ha dicho además que concebir la reeducación y reinserción social como un derecho del condenado a pena privativa de libertad choca con la naturaleza del objeto de protección, ya que en realidad se trata de remover los obstáculos que impiden la plena integración social de los condenados a pena privativa de libertad, por lo que se integra mejor en los parámetros constitucionales del Estado social que del Estado de Derecho (PÉREZ MANZANO, 1986, p. 241). En opinión de CÓRDOBA RODA (1979) “el propósito al cual la referida norma parece responder, es de acoger el principio de humanidad que proscribe la imposición de sanciones inútiles, cuando no claramente perjudiciales para el condenado, por la injusticia y crueldad que supondría la aplicación de tal clase de males, y al deseo de adaptar así las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad a las exigencias actuales de las ciencias criminológica y penal” (p. 562).

La Constitución Española menciona expresamente el fin resocializador sin excluir expresamente otros fines. BERDUGO (1995) pone de relieve que “aunque el artículo 25.2 de la Constitución contenga un pronunciamiento expreso sobre la orientación de las penas y medidas de privación de libertad hacia la reinserción social del reo, su contenido no excluye ni la coexistencia con éste de otros fines, ni que otra clase de penas persigan éste u otros fines” (p. 68). Incluso se puede afirmar que la Constitución recoge tácitamente el fin de la prevención general al afirmar que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, pues la función de la pena depende de la del Estado, y éste debe cumplir una función intervencionista para la protección de bienes en la sociedad (C. MIR, 1986, p. 262). El TC se ha pronunciado en

libertad, de modo que todo lo relacionado con los permisos de salida es una cuestión situada esencialmente en el terreno de la aplicación de la legalidad ordinaria (por todas, STC [115/2003](#), de 16 de junio, FJ 3). Del mismo modo, hemos señalado que *el art. 25.2 CE no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad ni, por lo tanto, que haya de considerarse contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicha finalidad* (por todas, STC [167/2003](#), de 29 de septiembre, FJ 6)”.

³⁶ Véase ya en este sentido el Auto 25/1995 de 30 de enero, FJ 6, en el que el TC se pronuncia al respecto como respuesta a la alegación de un ciudadano juzgado transcurridos catorce años desde la realización de los hechos, y condenado a pena de privación de libertad pese a que, en ese tiempo, se había convertido en un ciudadano trabajador, asentado en un puesto de responsabilidad y estable. Entiendo, sin embargo, que la aplicación de las penas privativas de libertad en estos supuestos no sólo viola el sentir constitucional de la orientación de las mismas hacia la reeducación y reinserción social del reo, sino que igualmente es contraria a la prevención general positiva, en cuanto que el cumplimiento de dichas penas es valorado socialmente como algo “injusto” e “innecesario”. Creemos, por tanto, que el único fin que subsiste para poder fundamentarlas es la retribución. Junto a ello, no hay que olvidar que se está haciendo cargar al ciudadano con las consecuencias de una justicia lenta, y por tanto, ineficaz desde el punto de vista preventivo, lo que viola el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (DEMETRIO, 1999, p.71).

este mismo sentido en numerosas sentencias (SSTC 19/1988 de 16 de febrero, FJ 9³⁷; 75/1998, de 31 de marzo, FJ 2; 159/1999, de 04 de julio, FJ 4; entre otras).

4.2. Principio de resocialización y sanción penal

En la interpretación del artículo 25.2 CE caben diversas opciones: a) entender que el fin resocializador de las penas debe impregnar todo el proceso de determinación de las penas, desde la determinación legal, pasando por la individualización judicial, y la ejecución de la pena; b) entender que el fin resocializador abarca tanto la fase de ejecución como de imposición de la pena (GARCÍA ARÁN, 1982,p. 186, Ib.,1997, p.81); c) entender que dicha finalidad tiene una dimensión fundamentalmente penitenciaria (BOIX, 1979, pp. 131-132).

En mi opinión, la opción interpretativa más adecuada del precepto es la primera, ya que la finalidad resocializadora de la pena condiciona ya el contenido posible de los marcos penales típicos en sí, de donde se deriva la inconstitucionalidad de penas que eliminan por sí mismas cualquier posibilidad de resocialización, tales como la pena de muerte, o la cadena perpetua (CUERDA, 2011, *passim*). Por otro lado, no tiene sentido reservarla a la ejecución penal, en primer lugar porque dicha restricción no consta en modo alguno en el texto constitucional y, en segundo lugar, porque no serviría de nada intentar ejecutar una pena orientándose en el principio resocializador, si éste no ha sido previamente considerado en la individualización de la pena correspondiente. El propio contenido de la antigua regla 1ª del artículo 66 (hoy regla 6ª) viene a apoyar esta consideración, toda vez que introduce *las circunstancias personales del reo* como criterio de la individualización judicial de la pena (CHOCLÁN, 1996, p. 1518). Además,

³⁷ STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 9 (las cursivas son mías): “La reeducación y la resocialización -que no descartan, como hemos dicho, otros fines válidos de la norma punitiva- han de orientar el modo de cumplimiento de las privaciones penales de libertad en la medida en que éstas se presten, principalmente por su duración, a la consecución de aquellos objetivos, pues el mandato presente en el enunciado inicial de este art. 25.2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la Administración por él creada, según se desprende de una interpretación lógica y sistemática de la regla, y sin perjuicio de que la misma pueda resultar trascendente a otros efectos, de innecesaria consideración ahora. *No cabe, pues, en su virtud, descartar, sin más, como inconstitucionales todas cuantas medidas privativas de libertad -tengan o no el carácter de «pena»- puedan parecer inadecuadas, por su relativamente corta duración, para cumplir los fines allí impuestos a la Ley y a la Administración penitenciarias*”

existe amplia Jurisprudencia del TS en este sentido (STS 7162/1995, de 06 de abril, FD 4; 3735/2000, de 08 de mayo, FD2; entre otras)³⁸.

El precepto presenta, además, el problema interpretativo de saber por qué restringe la finalidad de reeducación y reinserción social exclusivamente a las penas privativas de libertad y a las medidas de seguridad, excluyendo el resto de las penas, tales como las privativas de derechos y la multa. A este respecto se ha dicho que la causa es que éstas son las penas adecuadas para lograr este fin lo que resulta improbable con otras penas (OCTAVIO, 1981, p. 281). Sin embargo me parece más correcto pensar que se debe al carácter de texto informador general que tiene la Constitución, lo cual explicaría que ésta haya tenido solamente en cuenta aquellas reacciones penales que pueden suponer una mayor lesión de los derechos fundamentales (GARCÍA ARÁN, 1982, p. 186)³⁹.

No debe perderse de vista, en cualquier caso, la posibilidad de que la prevención especial conduzca a lesionar los derechos inviolables del individuo: imposición de medidas indeterminadas para conseguir la eficacia del tratamiento, e incluso la propia concepción de éste último como un instrumento dirigido a alterar la personalidad del delincuente. La prevención especial, como la prevención general, encuentra sus límites normativos en la propia Constitución, y particularmente, en lo declarado en el artículo 10 de la misma, en el que *la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad se constituyen como el fundamento*

³⁸ STS 7162/1995, de 06 de abril, FJ 4 (las cursivas son mías): “Las anteriores consideraciones se realizan para poner de relieve cuál es el régimen sustantivo y procesal de la acumulación jurídica de penas (art. 70.2 del Código Penal y 988 de la LECr) y su trascendencia. La Constitución Española en su art. 25 establece el principio de que las penas privativas de libertad deben estar orientadas a la rehabilitación y a la reinserción social del que las sufre, y *como la Constitución no distingue esta finalidad esencial debe procurarse no solo en el momento legislativo de fijar en la ley la pena correspondiente a cada delito, o en el ejecutivo del cumplimiento de las penas dentro del sistema penitenciario, sino también en el judicial, a la hora de señalar en la Sentencia la pena correspondiente, o en determinar -en pleno uso de la jurisdicción- el límite punitivo que por aplicación de las normas legales, impida una exacerbación deshumanizada cuando en un mismo sujeto se acumulan las consecuencias punitivas de más de una Sentencia*”.

³⁹ Si bien en Italia, cuya Constitución recoge en el artículo 27.3 la orientación de las penas a la reeducación del condenado, la Corte Constitucional había defendido tradicionalmente también la teoría plurifuncional de la pena, en la sentencia nº 313 de 1990 pareció asumir una teoría de la medición de la pena exclusivamente encaminada al ideal reeducador (MANZZONI, 1996, p. 390). Destacó igualmente en esta dirección la sentencia de 25 de julio de 1994, que declaró inconstitucional la reclusión de seis meses como mínimo legal previsto para el delito de injurias. En opinión de CASCAJO CASTRO (1996) “este pronunciamiento judicial, lejos de considerar como letra muerta el mandato constitucional sobre la finalidad reeducativa de la pena, establece que ésta no se limita a la sola fase de ejecución, sino que constituye una de las cualidades esenciales y generales que caracterizan a la pena en su contenido ontológico y la acompañan desde cuando nace, en la abstracta previsión normativa, hasta cuando en concreto se extingue” (p.1647).

del orden político y de la paz social. Resulta, por tanto, enormemente coherente, comenzar la exposición de los límites materiales al *ius puniendi*, como hace FERNANDO VELÁSQUEZ (2009), partiendo del principio de dignidad de la persona humana (pp. 92 y ss). Se trata, en sus palabras, “del más importante límite material al ejercicio de la potestad punitiva en el seno del moderno Estado de Derecho social y democrático que, desde el punto de vista histórico, ha sido considerado como el motor que ha posibilitado la racionalización del Derecho penal y la evolución por él experimentada a través de los siglos...” (pp. 92-93)⁴⁰.

III. Conclusión

1. En general aceptamos la tesis conforme a la cual, el análisis de la legitimidad de la pena, y por ende del Derecho penal, tiene dos niveles. El primero se identifica con la necesidad de la misma para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más intolerables. El segundo tiene que ver con el esquema valorativo que ha de impregnar y limitar cualquier medio y/o fin que pretenda la consecución de aquella finalidad superior. El Derecho penal, tanto desde el punto de vista estrictamente jurídico -como conjunto de normas- como desde el punto de vista sociológico -como sistema de control social- ha de aspirar a responder al modelo de Estado constitucionalmente consagrado.

MIR PUIG (1994) ha mantenido la posición de que de los presupuestos del Estado social y democrático de Derecho recogidos en nuestra Constitución se deriva la consecuencia de que a la pena sólo pueden atribuírsele funciones preventivas (pp. 29 y ss.). PÉREZ MANZANO (1986) se ha expresado en el sentido de que “de la misma manera que las concepciones liberal y social del Estado por separado tienen deficiencias, las teorías absolutas y relativas de la pena son insuficientes e inadecuadas para explicar y legitimar la pena en el Estado social y democrático de Derecho” (pp. 236), y ha querido

⁴⁰ En un libro reciente PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ (2012) defiende que en la praxis político-criminal se identifican básicamente tres percepciones generalizadas sobre la persona que revisten el carácter de principios: a) el deber de asegurar los fundamentos de la vida social; b) el deber de respetar la libertad humana; y c) el respeto de la dignidad de la persona en los medios de protección (p. 87 y, sobre este último, pp. 110 y ss.).

interpretar la postura anteriormente mencionada de MIR PUIG en el sentido por ella propuesto, señalando que en realidad “también mantiene una teoría mixta porque defiende el mantenimiento de la culpabilidad como límite de la pena, aunque entendiéndola como normal motivabilidad” (p. 238, nota 80). Desde mi punto de vista hay que hacer una clara diferenciación entre lo que sería una legitimación del Derecho penal otorgando a la culpabilidad *carácter constitutivo* no sólo para el sí de la pena, sino además para el cuánto en el marco de la individualización judicial de la pena, y la aceptación de la culpabilidad *sólo como límite liberal o principio garantista*, que no es incompatible con los presupuestos de un Derecho penal que atribuya a la pena exclusivamente funciones preventivas (DEMETRIO, 1999, pp. 251 y ss.).

2. Este trabajo es, en varios sentidos, sólo una aproximación. En la primera parte se ha pretendido llevar a cabo una defensa de un *modelo de Derecho penal visto desde sus límites*. Como se ha podido comprobar, son muchos los aspectos básicos que conciernen a la legitimación del castigo que se ven afectados. Entre ellos ocupa un lugar preferente los ataques a los que se ha sometido una idea básica de la ciencia del Derecho penal durante mucho tiempo, aquella según la cual la sanción penal ha de servir para algo que trasciende el hecho mismo -tan atávico como violento- de castigar, esto es, pretende proteger bienes jurídicos y, de ese modo, hacer posible la convivencia.

El enfoque que parte de la Constitución, así como del conjunto de convenios y tratados internacionales que protegen los derechos humanos en el mundo contemporáneo, ofrece una fenomenal base para el desarrollo sistemático de este modelo mediante la profundización en los límites que resultan de algunos principios constitucionales básicos que han sido objeto de análisis de la segunda parte del trabajo⁴¹. No sólo se logra por esta vía evitar un indeseable aislamiento del Derecho penal del resto del ordenamiento jurídico, sino que, poniendo al ser humano y sus derechos en el centro, se establecen las vías para contrarrestar la tendencia inmanente al autoritarismo que caracteriza al Derecho penal. Nada más lejos de un programa de este tipo que una visión clausurada de la sociedad o anclada en el tiempo. Se trata más bien de no perder de vista la imagen del hombre en tanto que sujeto como punto arquimédico del Estado constitucional, entendiendo por tal aquél que nos permite alejarnos del presente para poder observarlo, y que es fruto de un largo proceso que no finaliza ni

⁴¹ Véase el magnífico y detallado análisis de los límites materiales y formales que lleva a cabo FERNANDO VELÁSQUEZ en el Capítulo Segundo de su Tratado (2009, pp. 79 y ss.); también BERDUGO et al. (2010), pp. 43 y ss., y LUZÓN PEÑA (2012), pp. 23 y ss.

permanece estático en el momento de su consagración en la Carta Magna (HÄBERLE, 1988, p. 19). El pensamiento jurídico se mueve, con todo, en el difícil balance que resulta entre ciertas contraposiciones filosófico-jurídicas elementales tales como, por un lado, la facticidad y la validez (HABERMAS, 1998, *passim*), así como, por otro lado, la que se da entre las condiciones de validez interna y las de legitimidad externa. Una concepción progresista, dinámica y transformadora del texto constitucional, no puede olvidar ninguna de estas vertientes por mucho que se produzcan en último término superposiciones entre ellas.

IV. Bibliografía

- AA.VV. (2000), *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada: Comares.
- ACALE SÁNCHEZ, M. (2010), *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- ACALE SÁNCHEZ, M. (2013), “Prisión permanente revisable: Arts. 31 (3 y 4), 70.4, 76.1, 78 bis, 92, 136 y concordantes en la Parte Especial”, en Álvarez García, F.J. (Dir.)/Dopico Gómez-Aller, J. (Coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 181-202.
- ACALE SÁNCHEZ, M. et al. (2013), “Custodia de seguridad: Arts. 96.2, 101, 102.3 y 103.2 CP”, en Álvarez García, F.J. (Dir.)/Dopico Gómez-Aller, J. (Coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 395-402.
- AGUADO CORREA, T. (1999), *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Madrid: EDERSA.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2003), *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Barcelona: Atelier.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2010), “El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional”, en Mir Puig, S./Queralt Jiménez, J.J. (Dir.)/Fernández Bautista, S. (Coord.), *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 15-66.
- ALEXY, R. (1978), *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationale Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- ALEXY, R. (1986), *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- ALONSO ÁLAMO, M. (2009a), “Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos”, *EPC*, Vol. XXIX, pp. 61-105.

- ALONSO ÁLAMO, M. (2009b), “Bien jurídico material y bien jurídico procedimental... y discursivo”, en Carbonell Mateu/González Cussac/Orts Berenguer (Dir.)/Cuerda Arnau (Coord.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 91-121.
- ALONSO ÁLAMO, M. (2011), “Fundamentación pre-positiva de los bienes jurídico-penales y Derecho penal mínimo de los derechos humanos”, *RGDP*, nº 15, pp. 1-33.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (1991), “Bien jurídico y Constitución”, *CPC*, 1991, pp. 5-44.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2001), *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada: Comares.
- AMELUNG, Knut. (1972), *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Athenäum.
- APPEL, I. (1998), *Verfassung und Strafe*, Berlin: Duncker & Humblot.
- ARROYO ZAPATERO, L. (1980), “Prohibición del aborto y Constitución”, *RFDUCM*, nº 3, monográfico *La reforma del Derecho Penal*, pp. 195-222.
- ARROYO ZAPATERO, L. (1983), “Principio de legalidad y reserva de Ley en materia penal”, *REDC*, pp. 5-10.
- ARROYO ZAPATERO, L. (1987), “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, *RJCL*, nº1, 1987, pp. 97-110.
- ARROYO ZAPATERO, L. (1998), “Derecho Penal económico y Constitución”, *RP*, nº 1, pp. 1-15.
- ARROYO ZAPATERO, L. (1999), “El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea”, *RP*, nº 3, pp. 5-10.
- ATIENZA, M. (2012), “Constitucionalismo y Derecho penal”, en Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. (Dirs.)/Hortal Ibarra, JC. (Coord.), *Constitución y sistema penal*, Madrid et al.: Marcial Pons, 2012, pp. 19-39.
- ATIENZA, M./GARCÍA AMADO, J.A. (2012), *Un debate sobre ponderación*, Lima&Bogotá: Palestra&Temis.
- BARBERIS, M. (2012), *Stato Costituzionale*, Modena: Mucchi.
- BARBERO SANTOS, M. (2000), “Estado constitucional de Derecho y sistema penal”, *Direito e Cidadania*, Año IV, nº 10-11, pp. 13-24.
- BECCARIA, C. (1976), *De los delitos y de las penas*, (Introducción, notas y traducción de F. Tomás y Valiente), Madrid: Aguilar.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (1995), “El Proyecto de Código Penal de 1992. Cuestiones de Parte General”, en *RFC*, nº 87, pp.70-76.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2012), *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Madrid: Iustel.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al. (2010), *Curso de Derecho penal. Parte General*, 2ª ed (coord. Demetrio Crespo/Rodríguez Yagüe), Barcelona: Experiencia.

- BERNARDI, A. (2011), “La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas”, *RP*, nº 27, pp.15-40.
- BERNARDI, A. (2012), “I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo”, Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. (Dir.)/Gómez Martín, V. (Coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid et al.: Marcial Pons, 2012, pp. 39-79.
- BINDING, K. (1902), *Lehrbuch gemeinen deutschen Strafrecht. Besonderer Teil I*, Leipzig: Engelmann.
- BOIX REIG, J. (1979), “Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución”, en *Escritos Penales*, Valencia: Universidad de Valencia, pp.107-145.
- BORJA JIMÉNEZ, E. (2012), “Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites”, *RGDP* 18, pp. 1-57.
- CALLIES, R.P. (1974), *Theorie der Strafe im demokratischen und sozial Rechtsstaat*, Frankfurt am Main: Fischer.
- CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (Ed.) (2006), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Vol. I y II), Madrid et al.: Edisofer & BdeF.
- CARBONELL, M. (Ed.) (2003), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta.
- CARBONELL MATEU, JC. (1999), *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª ed, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CASCAJO CASTRO, JL. (1996), “Los fines de la pena en el orden constitucional”, en *La Ley*, pp. 1645-1648.
- CEREZO MIR, J. (1997), *Derecho Penal. Parte General (lecciones 26-40)*, Madrid: UNED.
- CHOCLÁN MONTALVO, JM. (1996), “La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad”, en *LL*, nº 6, pp. 1514-1524.
- CORCOY BIDASOLO, M. (2012), “Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales”, en Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. (Dir.)/Hortal Ibarra, JC. (Coord.), *Constitución y sistema penal*, Madrid et al.: Marcial Pons, 2012, pp. 153-173.
- CÓRDOBA RODA, J. (1980), “La pena y sus fines en la Constitución española de 1978”, *Revista de Sociología*, nº 13, pp. 129-140.
- CUELLO CONTRERAS, J. (1996), *Derecho Penal español. Curso de iniciación. Parte General. Teoría del delito 1*, 2ª ed, Madrid: Civitas.
- CUERDA RIEZU, A. (2002), “Proporcionalidad, efecto, desaliento y algunos silencios en la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna”, en Díez Ripollés et al. (ed.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, pp. 237-256.
- CUERDA RIEZU, A. (2009), “El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio: manifestaciones cualitativas”, *ADPCP*, Tomo 62, Fas. 1, pp.

157-209.

CUERDA RIEZU, A. (2009), "El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio: manifestaciones cuantitativas", *ADPCP*, Tomo 62, Fas. 1, pp. 211-252.

CUERDA RIEZU, A. (2011), *Cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Barcelona: Atelier.

DE LEÓN VILLALBA, F.J. (1998), *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, Barcelona: Bosch.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (1997), "La reincidencia en el Código Penal de 1995", *ADPCP*, Tomo 50, Fasc. 1-3, pp.169-184.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2004), *El principio de legalidad penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

DEMETRIO CRESPO, E. (1999), *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca: Universidad de Salamanca.

DEMETRIO CRESPO, E. (2004), "Del Derecho penal liberal al Derecho penal del enemigo", *RDPC*, nº 14, pp. 87-115.

DEMETRIO CRESPO, E. (2008), *Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*, Presentación de Carlos Caro Coria, Lima: Grijley.

DEMETRIO CRESPO, E. (2009), *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Madrid: Iustel.

DEMETRIO CRESPO, E. (2010), "Crítica al funcionalismo normativista", en *RDPC*, nº 3, pp. 13-26.

DEMETRIO CRESPO, E. (2011a), "Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal", *InDret*, nº 2, pp. 1-38.

DEMETRIO CRESPO, E. (coord.) (2011b), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Vol. II. Teoría del delito*, Madrid: Iustel.

DEMETRIO CRESPO, E. (2011c), "Shuld und Strafzwecke", en Heinrich/Jäger et al. (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, 2011, pp. 689-703.

DEMETRIO CRESPO, E. (2013), "Compatibilismo humanista. Una propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho penal", en Demetrio Crespo, E. (Dir.)/Maroto Calatayud, M. (Coord.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Buenos Aires et al.: BdeF & Edisofer, pp. 17-42.

DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.)/MAROTO CALATAYUD, M. (Coord.) (2013), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Buenos Aires et al.: BdeF & Edisofer.

DÍAZ REVORIO, FJ. (2001), *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efectos y legitimidad*, Valladolid: Lex Nova.

DÍEZ PICAZO/NIETO MARTÍN (coord.) (2010), *Los Derechos Fundamentales en el*

- Derecho penal europeo*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JL. (2003), *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*, Madrid: Trotta.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JL. (2008), “El control de constitucionalidad de las leyes penales”, en García Valdés et al. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid: EDISOFER, pp. 221-262.
- DONINI, M. (2001), “Un Derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites”, *RP*, nº 8, pp. 24-38.
- DONINI, M. (2003), “La relación entre Derecho penal y política: método democrático y método científico”, en Arroyo Zapatero, L./Neumann, U./Nieto Martín, A. (coord.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca: UCLM, pp. 69-97.
- DONINI, M. (2010), “Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa”, en *RGDP*, nº 13, pp. 1-20.
- DONINI, M. (2011), “La herencia de Bricola y el constitucionalismo penal como método. Raíces nacionales y desarrollos supranacionales”, *NFP*, nº 77, pp. 43-83.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B. (1997), *El injusto penal y su prevención ante el Nuevo Código Penal de 1995*, Madrid: Colex.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2010), “Funcionalismo y teoría del bien jurídico”, en Mir Puig, S./Queralt Jiménez, J. (Dir)/Fernández Bautista, S. (Coord.), *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 163-230.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (Ed.) (2012), *Derecho penal de la culpabilidad y Neurociencias*, Cizur Menor (Navarra): Civitas.
- FERNÁNDEZ, G. (2004), *Bien jurídico y teoría del delito: un ensayo de fundamentación dogmática*, Montevideo: BdeF.
- FERRAJOLI, L. (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2006), *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y democracia*, Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2011), *Principia iuris: teoría del Derecho y de la democracia*, Madrid: Trotta.
- FERRERES COMELLA, V. (2011), *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid: Marcial Pons.
- FERRERES COMELLA, V. (2012), “El control de las leyes penales por parte de los jueces ordinarios”, en Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. (Dirs.)/Hortal Ibarra, JC. (Coord.), *Constitución y sistema penal*, Madrid et al.: Marcial Pons, pp. 109-121.
- FEUERBACH, F. (1847), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14ª ed, Gießen: Heyer.
- GARCÍA ARÁN, M. (1997), *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Pamplona: Aranzadi.

- GARCÍA ARÁN, M. (1982), *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1981), “La Constitución como norma jurídica”, en García de Enterría / Predieri (coord.), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid: Civitas, pp. 97-160.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2009), *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los Derechos*, Madrid: Trotta.
- GARCÍA RIVAS, N. (1992), *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid: Ministerio de Justicia.
- GARCÍA RIVAS, N. (1996), *El poder punitivo en el estado democrático*, Cuenca: UCLM
- GARCÍA RIVAS, N. (2011), “La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad”, *RGDP*, nº 16, pp. 1-27.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (1997), “Principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del *ius puniendi*”, en González Rus, J.J. (coord.), *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Córdoba: Universidad de Córdoba, pp. 249-260.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (1995), *Derecho Penal. Introducción*, Madrid:
- GAZEAS, N. (2013), “La nueva regulación de la custodia de seguridad en Alemania. Una perspectiva sobre la nueva concepción derivada de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional alemán”, en Demetrio Crespo, E. (Dir.)/Maroto Calatayud, M., (Coord.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Buenos Aires et al.: BdeF & Edisofer, pp. 629-650.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1999), *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*, Madrid: Tecnos.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (2007), “Presentación”, en Hedendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid. Barcelona: Marcial Pons, pp. 11-22.
- GÓMEZ BENÍTEZ, M. (1983), “Sobre la teoría del «bien jurídico» (aproximación al ilícito penal)”, en *RFDUC* (69), pp. 85-111.
- GÓMEZ MARTÍN, V. (2012), “Falsa alarma, o sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*”, en Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. (Dir.)/Gómez Martín, V. (Coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid et al.: Marcial Pons, pp. 331-383.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (1992), “Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal”, en *Poder Judicial*, nº 28, p. 10.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2007), “Derecho penal y teoría de la democracia”, en *Ib.*, *Política criminal, reglas de imputación y derechos fundamentales*, Grupo Bogotá: Editorial Ibáñez & Universidad Santo Tomás, pp. 357-369.
- GONZÁLEZ RUS, JJ. (1983), *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*, Madrid: Fundación Juan March.

- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (1990), *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal*, Madrid: Colex.
- GRECO, L. (2009), *Lebendiges und Totes in Fuerbachs Straftheorie*, Berlin: Duncker & Humblot.
- GÜNTHER, H.L. (1983), *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluß: Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtsfertigungsgründe im Strafrecht*, Köln et al.: Heymann.
- HÄBERLE, P. (1988), *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, Berlin: Duncker & Humblot.
- HART-HÖNIG, H. (1992), *Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung. Zugleich ein Beitrag zur Theorie positiver Generalprävention*, Berlin: Duncker & Humblot.
- HEFENDHEL, R. (ed.) (2007), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid.Barcelona: Marcial Pons.
- HIRSCH, H.J. (1995), “La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana», en AA.VV., Eser/Gimbernat/Perron (edit.), *Justificación y exculpación en Derecho Penal*, Madrid: UCM & CEJ, pp. 33-60.
- HIRSCH, H.J. (2001), “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”, en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid: UNED, pp. 371-387.
- HORDER, J. (2012), “Harmless Wrongdoing and the Anticipatory Perspective on Criminalisation”, en Sullivan/Dennis, *Seeking Security*, Oxford-Portland: Hart, pp. 79-102.
- HORMAZÁBAL MALAREE, H. (1991), *Bien jurídico y estado social y democrático de Derecho*, Barcelona: PPU.
- HRUSCHKA, J. (2012), “Kant, Feuerbach y los fundamentos del Derecho penal”, en Montiel (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid et al.: Marcial Pons, pp. 87-106.
- HUSSAK, D.N. (2002), “Limitations on Criminalization and the General Part of Criminal law”, en Shute/Simester (Ed.), *Criminal Law Theory*, Oxford: University Press, pp. 13-46.
- JAKOBS, G. (2012), *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, Paderborn et al.: Ferdinand Schöningh.
- JESCHECK, H.J./WEIGEND, T. (2002), *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed, Granada: Comares
- KELSEN, H. (1993), *Teoría pura del Derecho*, 7ª ed, México D.F.: Porrúa.
- KUHLEN, L. (2012), *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Madrid: Marcial Pons.
- LAGODNY, O. (1996), *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen: Mohr.
- LAMARCA PÉREZ, C. (1987), “Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución

- española”, *REDC*, nº 20, pp. 99-138.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, JA. (2012), “¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional”, en *InDret*, nº 39, pp. 1-34.
- LOPERA MESA, G.P. (2006), *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- LOPERA MESA, G.P. (2010), “Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal”, en Mir Puig, S./Queralt Jiménez, J. (Dir)/Fernández Bautista, S. (Coord.), *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 105-137.
- LUZÓN PEÑA, D. (1996), *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid: Universitas.
- LUZÓN PEÑA, D. (2012), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- LLOBET RODRÍGUEZ, J. (2012), *Estudio de Derecho penal ilustrado y clásico*, San José: ISOLMA.
- MAIWALD, M. (1972), “Zum fragmentarisches Charackter des Strafrechts”, en Schroeder, F.C. et al. (Hrsg.), *Festschrift für Reinhart Maurach*, Karlsruhe: Müller, pp. 9-24.
- MANNOZZI, G. (1996), *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, Padova: CEDAM.
- MARCILLA CÓRDOBA, G. (2012), “Argumentación en el ámbito legislativo y prestigio de la ley penal”, en Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. (Dir.) /Hortal Ibarra, JC. (Coord.), *Constitución y sistema penal*, Madrid et al.: Marcial Pons, pp. 67-107.
- MAYER, M.E. (1923), *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts Lehrbuch*, 2ª ed, Heidelberg: Winter.
- MARCO FRANCIA, P. (2012), *La libertad vigilada*, Trabajo Final de Máster (inédito).
- MIR PUIG, S. (1976), *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*, Barcelona: Bosch.
- MIR PUIG, S. (1994), *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona: Ariel.
- MIR PUIG, S. (2009), “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, en Carbonell Mateu/González Cussac/Orts Berenguer (Dir.)/Cuerda Arnau (Coord.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema penal.*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1357-1382.
- MIR PUIG, S. (2010), “Constitución, Derecho penal y globalización”, en Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. (Dir.)/Gómez Martín, V. (Coord.), *Política criminal y reforma penal*, Madrid et al.: Edisofer & BdeF, pp. 3-13.
- MIR PUIG, S. (2011a), *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed, Barcelona: Reppertor.
- MIR PUIG, S. (2011b), *Bases constitucionales del Derecho penal*, Madrid: Iustel.

- MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.)/GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.) (2012), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid et al.: Marcial Pons.
- MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.)/HORTAL IBARRA, JC. (Coord.) (2012), *Constitución y sistema penal*, Madrid et al.: Marcial Pons.
- MIR PUIG, S./QUERALT JIMÉNEZ, J. (Dir.)/FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. (Coord.) (2010), *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CLARES, J. (2012), “Sobre la llamada «Doctrina Parot»”, *RGDP*, nº 18, pp. 1-18.
- MUÑOZ CONDE, F. (1975), *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona: Bosch.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. (2011), *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Cizur Menor (Navarra): Civitas.
- NIETO MARTÍN, A. (2012), “Constitución y *global law*”, en Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. (Dir.)/Gómez Martín, V. (Coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid et al.: Marcial Pons, pp. 83-104.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. (1981), *Sobre el concepto del Derecho Penal*, Madrid: UCM.
- PALAZZO, F. (1998), “Estado constitucional de Derecho y Derecho penal”, en *RP*, nº 2, pp. 49-60.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.M. (2013), *La justificación de las leyes penales*, Valencia: Tirant lo Blanch (en prensa)
- PÉREZ MANZANO, M. (1986), *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid: UAM.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2003a), “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, M. (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, pp. 123-158.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2003b), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, 2ª ed, Trotta: Madrid.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2003c), *La Filosofía penal de la Ilustración*, México DF: INACIPE.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2011), *Garantismo y Derecho penal*, Madrid: Iustel.
- PRITTWITZ, C. (2000), “El Derecho Penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿*ultima ratio*? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho Penal”, en AA.VV., *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada: Comares, pp. 427-446.
- QUINTERO OLIVARES, G. (1976), *Represión penal y Estado de Derecho*, Barcelona: Diosa.
- QUINTERO OLIVARES, G. (1998), *La Justicia penal en España*, Pamplona: Aranzadi.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2013), “Monismo y dualismo. Culpables y peligrosos”, en Demetrio Crespo, E. (Dir.)/Maroto Calatayud, M., (Coord.), *Neurociencias y*

- Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Buenos Aires et al.: BdeF & Edisofer, pp. 651-667.
- RAMOS PASCUA, JA. (1992), “El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1992, pp. 269-290.
- ROBINSON, Paul H. (2012), *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, Madrid et al.: Marcial Pons.
- ROBLES PLANAS, R. (2011), “Pena y persona jurídica. Crítica del art. 31 bis CP”, Año XXXII, nº 7705, pp. 1-10.
- ROBLES PLANAS, R./SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (coord.) (2010), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Atelier.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (2009), “Expansión del Derecho penal y límites constitucionales”, en Carbonell Mateu/González Cussac/Orts Berenguer (Dir.)/Cuerda Arnau (Coord.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema penal. Semblanzas y Estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1655-1672.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (2013), *El sistema penitenciario español ante el siglo XXI*, Madrid: Iustel.
- ROXIN, C. (1997), *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Madrid: Civitas.
- ROXIN, C. (2013), “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a análisis”, *RECPC*, 15-01, pp. 1-27.
- RUDOLPHI, HJ. (1969), *Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, Göttingen: Schwartz.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (2012), *Fundamentos de política criminal*, Madrid et al.: Marcial Pons.
- SCHUHR, JC (2012), “El principio de adecuación legal de las penas en el Derecho de la Unión Europea”, en Montiel (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid et al.: Marcial Pons, pp. 371-398.
- SCHÜNEMANN, B. (1991), “La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo”, en Schünemann, B. (ed.), *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, pp. 147-178.
- SCHÜNEMANN, B. (2007), “¡El Derecho penal es la *ultima ratio* para la protección de bienes jurídicos!””, en *Ib.*, *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico penal*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez & Universidad Santo Tomás, pp. 251-278.
- SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, M^a I. (2012), *El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social*, Madrid: Dykinson.
- SILVA SÁNCHEZ, JM^a (1992), *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona: JM^a Bosch.
- SILVA SÁNCHEZ, JM^a (2011), *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid et al.: Edisofer & BdeF.

- SILVA SÁNCHEZ, JM^a/BALDÓ LAVILLA, F./CORCOY BIDASOLO, M. (1997), *Casos de la Jurisprudencia Penal con comentarios doctrinales. Parte General. Adaptado al Código Penal de 1995*, Barcelona: JM^a Bosch.
- STÄCHELIN, G. (1998), *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, Berlin: Duncker & Humblot.
- STÄCHELIN, G. (2000), “¿Es compatible la «prohibición de infraprotección» con una concepción liberal del Derecho penal?”, en AA.VV., *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada: Comares, pp. 289-304.
- TERRADILLOS BASOCO, J. (1981), “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, *RFDUC*, nº 63, pp. 123-149.
- TERRADILLOS BASOCO, J. (1986), “Constitución y ley penal. La imposible convergencia”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa*, Madrid: Universidad Complutense, pp. 651-665.
- TERRADILLOS BASOCO, J. (2003), “La Constitución penal: los derechos de la libertad”, en Capella Hernández, JR. (ed.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid: Trotta, pp. 355-382.
- TIEDEMANN, K. (1991), “Constitución y Derecho Penal”, *REDC*, nº 11, pp. 145-171.
- TORÍO LÓPEZ, A. (1985), “El concepto individual de culpabilidad”, *ADPCP*, Tomo XXXVIII, Fasc. II, pp. 285-301.
- URRUELA MORA, A. (2009), *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, Granada: Comares.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (2009), *Derecho penal. Parte General*, Tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VIGANÒ, F. (2012), “Sobre las obligaciones de tutela penal de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del TEDH”, en Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. (Dirs.)/Gómez Martín, V. (Coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid et al.: Marcial Pons, 2012, pp. 311-328.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. (2013), “Ferrajoli y después: una reflexión sobre los fundamentos de la teoría del Derecho”, *teoría & derecho*, nº 13, pp. 281-327.
- VORNBAUM, T. (2012), “Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik“, *ZStW*, Vol. 123, pp. 660-690.
- WEIGEND, T. (2013), „Wohin bewegt sich das Strafrecht? Probleme und Entwicklungstendenzen im 21. Jahrhundert“, en Freund et al. (Hg.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, pp. 17-30.
- ZIFFER, P. (2013), „Begriff der Strafe und Sicherungsverwahrung“, en Freund et al. (Hg.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, pp. 1077-1091.

LA LICITUD DE LA AUTOORGANIZACIÓN DEL CONSUMO DE DROGAS

José Luis Díez Ripollés

Juan Muñoz Sánchez

Catedráticos de Derecho Penal

Universidad de Málaga

Resumen: El presente estudio propone un tratamiento dentro de la legalidad vigente de las asociaciones de autoconsumo de drogas. A tales efectos se procede a un análisis detenido de la regulación penal y administrativa sobre drogas, y de su interpretación doctrinal y jurisprudencial. Se presta especial atención a la consolidada interpretación jurisprudencial que ha fundamentado la atipicidad del denominado consumo compartido. Se llega a la conclusión de que bajo determinadas condiciones la autoorganización del consumo de drogas no realiza el tipo de los delitos de los arts. 368 y ss. ni infringe la legislación administrativa.

Palabras clave: Autoconsumo de drogas; consumo compartido de drogas; reducción de daños en drogas.

Abstract: The paper advocates for a legitimate self-organisation of drug consumption under current law. In accordance to this goal, it is carried out a careful consideration of the criminal and administrative legislation on drugs in force, as well as their doctrinal and judicial interpretation. It is paid special attention to the credited case-law which does not punish the so called shared consumption. It is drawn the conclusion that the self-organisation of drug consumption, under certain circumstances, is not punishable under paragraphs 368 ff. of the Spanish Penal Code, nor it is an infringement of administrative regulation.

Keywords: Self-organised drug consumption; shared drug consumption, drugs harm reduction.

I. Bien jurídico protegido y estructura típica de los delitos relativos a drogas

1. Está generalmente admitido que la salud pública constituye el **bien jurídico protegido** en estos delitos, bien jurídico que tiene un carácter colectivo. Ese carácter

implica que a través de estos preceptos se aspira a tutelar la salud de la sociedad en general¹.

En consecuencia, la salud individual de cada uno de los ciudadanos se protege mediante los arts. 368 y ss. solo de manera indirecta, esto es, en la medida en que la protección de la salud pública repercute en la protección de la salud de cada uno de los integrantes de la sociedad.

Lo acabado de decir no impide que, llegado el momento de determinar la efectiva lesión del bien jurídico colectivo de la salud pública, se pueda atender a la concreta afección a la salud de personas individuales. Ello es posible en tanto en cuanto que esos individuos, dadas sus circunstancias personales y ambientales, estén en condiciones de representar adecuadamente al conjunto de la sociedad cuya salud se quiere proteger².

2. Sin embargo, los delitos relativos a drogas de los arts. 368 y ss. no precisan de una efectiva lesión del bien jurídico de la salud pública, aun cuando sea por intermedio de la salud individual, para resultar aplicables. Dicho en términos más técnicos, su **estructura típica** no responde a la de un delito de lesión, se entienda ésta como lesión material o como lesión ideal.

No pertenecen a la categoría de los delitos de lesión material, al no ser necesario que la conducta realizada produzca un determinado resultado socialmente dañoso,

¹ El carácter colectivo de la salud pública como bien jurídico protegido en los delitos relativos a drogas ha sido asumido desde un principio por la doctrina (véanse, entre otros, JOSHI JUBERT. “Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP”. Bosch. 1999. pp. 27-41; ACALE SÁNCHEZ. “Salud pública y drogas tóxicas”. Tirant lo Blanch. 2002. pp. 20 y 29, quien señala que la salud pública *nace y supera el concepto de salud individual que sostiene el colectivo, esto es, el que se encuentra en su base*; MANJÓN-CABEZA OLMEDA. “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. T. LVI. 2003. pp. 94 y ss.; PEDREIRA GONZÁLEZ. “El tipo básico” en ÁLVAREZ GARCÍA (Coord.). “El delito de tráfico de drogas”. Tirant lo Blanch. 2009. p. 22) y la jurisprudencia (así las SSTs de 25 de febrero de 1993 RJ 2551 y 3 de marzo de 1993 TOL 372), señalando que la salud pública es un objeto *carente de individualización pues se refiere a la generalidad* (STS 22 de febrero de 1999 TOL 403.418), que tiene un *carácter público* (STS 27 de mayo de 1994 TOL 404.418), *que no resulta afectado cuando el riesgo a la salud de terceros o de un sector del público no concurre* (STS 20 de julio de 1998 RJ 5998 y 14 de mayo de 1999 RJ 5396), y que *no coincide con la salud individual...sino que se refiere a una valoración sobre la salud del conjunto de los miembros de la sociedad* (STS 11 de septiembre de 2005 TOL 639.158).

² La persona o personas aisladas que pudieran resultar afectadas en su salud individual no solo son el objeto material del delito, sino que, en la medida en que representan a la sociedad, se convierten en representantes del sujeto pasivo social tutelado. Véase Díez RIPOLLÉS. “Derecho penal. Parte General. En esquemas”. Tirant lo Blanch. 3ª ed. 2011. pp. 141-142.

nítidamente diferenciado de la propia conducta, y en el que se plasme la lesión al bien jurídico protegido. Y ello sin perjuicio de que ese resultado se pudiera entender como producido en cuanto tuviera lugar sobre alguna o algunas personas individuales representativas del conjunto de la sociedad.

Tampoco estamos ante un delito de lesión ideal, que se conformaría con afirmar que la mera realización de una conducta encaminada a promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas lesiona, por el mero hecho de su realización, la salud pública. Tal conceptualización de estos preceptos convertiría en irrelevante, no ya la efectiva lesión de la salud de personas representativas de la sociedad, sino incluso la capacidad de la conducta concreta para generar algún tipo de riesgo sobre la salud de las personas.

Los delitos que nos ocupan se entienden de manera generalizada como delitos de peligro, de peligro para la salud pública. Ello significa que se castigan estas conductas en la medida en que sean capaces de crear un riesgo de daño efectivo, material, en la salud de la sociedad.

Ahora bien, ese peligro que han de ser susceptibles de crear no puede fundarse en un juicio general, estadístico, sobre la frecuencia con que cualquier conducta de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas genera un riesgo para la salud pública. Ello supondría partir de una estructura típica muy cuestionada, y en franco retroceso doctrinal y jurisprudencial, la de los delitos de peligro abstracto puro.

La jurisprudencia se ha apartado claramente de una interpretación de estas figuras delictivas en ese sentido, por considerar que tal concepción conllevaría configurar este delito como un delito de mera actividad, de desobediencia formal a la norma, que sería contrario al principio de culpabilidad y que, en suma, vulneraría el derecho constitucional a la presunción de inocencia³, y ha considerado atípicos y, por tanto, no delictivos los comportamientos denominados de consumo compartido y

³ La STS de 27 de mayo de 1994 TOL 904.056 afirma que con esa interpretación *se tiende a convertir los delitos de peligro abstracto en delitos de pura desobediencia... o...delitos formales*, y la STS de 18 de julio de 2001 RJ 6501 rechaza la existencia de delitos meramente formales o de simple desobediencia a la norma. Fue la STS de 22 de febrero de 1993 RJ 1488 quien puso de manifiesto que los delitos de peligro abstracto son difícilmente compatibles con el principio de culpabilidad, pues *la creación de un peligro meramente ficto sólo puede dar lugar a una culpabilidad ficticia*. En el mismo sentido la STS de 29 de mayo de 1993 RJ 4282 sostiene que *el peligro abstracto no debe ser entendido como peligro presunto, de forma que cualquier acción que cumpla objetivamente la acción legal sea estimada ya "per se" peligrosa...pues el tipo de presunción vulneraría el esencial derecho constitucional de presunción de inocencia*.

semejantes. El fundamento de su irrelevancia penal reside en que tales conductas, analizada la configuración concreta que han adoptado en cada caso, no parecen capaces de generar un riesgo para la salud pública. Ello sin perjuicio de que comportamientos de la misma naturaleza, en otras circunstancias concretas, pudieran llevar a una conclusión distinta.

En realidad, con estas figuras nos encontramos ante lo que se conoce como delitos de aptitud para la producción de un daño, también denominados delitos de peligro abstracto-concreto. De acuerdo a esa estructura típica, para que el comportamiento de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas sea penalmente relevante es preciso que la acción concretamente realizada sea peligrosa para la salud pública. Es decir, que sea probable que de ella se vaya a derivar una afección efectiva a la salud de la sociedad.

Existe práctica unanimidad en la jurisprudencia a la hora de exigir como un elemento del tipo del art. 368 la peligrosidad de la acción.

Tal exigencia se concreta, en numerosas sentencias, en el requerimiento de que *la acción sea abstractamente peligrosa para el bien jurídico de la salud pública*⁴, de modo que, si en el caso concreto no se objetiva el peligro abstracto para el bien jurídico, la conducta no es típica⁵, si bien la mayoría de las sentencias reclama que la acción sea apta, idónea o adecuada para producir un peligro para la salud pública⁶. Lo que

⁴ La STS de 29 de mayo de 1993 RJ 4282 exige que el peligro abstracto esté presente en la acción; en el mismo sentido las SSTS 4 de julio de 1993 TOL 305.494, 11 de abril de 2005 TOL 639.158. El Auto del TS de 3 de marzo de 2005 JUR 121288 afirma que *aunque parezca una obviedad, hay que decir que los delitos de peligro no existen cuando la conducta perseguida no es peligrosa para ese bien jurídico o cuando sólo lo es en grado mínimo*.

⁵ Son muchas las sentencias del Tribunal supremo que declaran la atipicidad de la conducta en los casos en que no pudo objetivarse el peligro abstracto para la salud pública: SSTS de 30 de mayo de 2000 TOL 273.365, 14 de julio 2004 TOL 483.732, 30 de junio de 2006 TOL 964.498, 11 de noviembre de 2009 TOL 1.726.694, 20 de abril de 2011 TOL 2.117.312.

⁶ La STS de 22 de febrero de 1993 TOL 403.418 afirma que la adecuación de la acción a la producción de determinados resultados sobre la salud pública es un elemento del tipo del art. 344 CP...la acción parece adecuada para la producción de las consecuencias que la ley quiere evitar, la STS de 28 de octubre de 1996 TOL 406.594 exige que el peligro para la salud pública se encuentre realmente presente en la acción, la STS 22 de enero de 1997 TOL 408.226 excluye la tipicidad si la conducta no es idónea para lesionar ni generar un riesgo mínimamente relevante para el bien jurídico protegido. En el mismo sentido la STS de 3 de junio de 2004 TOL 614.260 afirma que el delito de tráfico de drogas sanciona conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido y la STS de 7 de noviembre de 2005 TOL 765.938 exige que la acción tenga una determinada aptitud generadora de peligro. En la doctrina aluden a tal idoneidad o adecuación de la acción, entre otros, MORALES GARCÍA. "Tratamiento jurídico penal del tráfico de drogas tóxicas", en QUINTERO OLIVARES (Dir.). "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal". 9ª Ed. 2011. pp. 1488-1489; JOSHI JUBERT. op. cit. pp. 101 y 117; ACALE SÁNCHEZ. op. cit. p. 26; MANJÓN-CABEZA OLMEDA. op. cit. pp. 47-50, 77, 93, 101y 11; MORILLAS CUEVA. "El delito de tráfico de drogas en sentido estricto", en MORILLAS CUEVA (Coord.).

determina que quedan excluidas del tipo las acciones en las que por las circunstancias del caso quede excluida totalmente la generación de riesgo para la salud pública⁷, o en las que falte *la posibilidad remota del daño a la salud pública*⁸.

Ello no quiere decir que haya que llegar hasta el punto de que alguna o algunas personas individuales representativas de la sociedad estén en riesgo cierto e inmediato de sufrir un daño a su salud como consecuencia de ese comportamiento. Ello supondría reducir notablemente el ámbito de punición de estos delitos, de un modo, además, que no encuentra base en la formulación legal, convirtiéndolos en delitos de peligro concreto⁹.

3. Nuestra jurisprudencia, a la hora de determinar en estos preceptos cuándo la conducta de promoción, favorecimiento o facilitación concreta debe entenderse apta para producir un daño a la salud pública, ha señalado que la aptitud va referida a la capacidad de la conducta enjuiciada para realizar una **difusión indiscriminada de la droga**. Por difusión indiscriminada se entiende una diseminación y accesibilidad de la droga entre personas indeterminadas¹⁰.

“Estudios jurídicos penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines”. Dykinson. 2003. p. 31.

⁷ Así las SSTS de 27 de septiembre de 1993 TOL 401.325, 19 de julio de 1994 TOL 403.670, 27 de mayo de 1994 TOL 404.056, 17 de junio de 1994 TOL 402.546, 22 de octubre de 1996 RJ 7838 declaran expresamente *que la exclusión de la tipicidad en la constelación de casos, que se ha dado en llamar de «consumo compartido», se fundamenta en la inexistencia del peligro general que es elemento del tipo del art. 344 CP, cuando el autor entrega a otro una dosis que éste consumirá inmediatamente y en el mismo recinto, sin riesgo alguno de ulterior transmisión a otros*. En términos parecidos las SSTS de 13 de junio de 2003 TOL 305.472, 12 de marzo de 2004 TOL 365.525, 19 de septiembre de 2005 RJ 8669 y 23 de febrero de 2011 TOL 2.045.217.

⁸ Aluden a que no puede faltar la posibilidad remota del daño a la salud pública las SSTS de 10 de diciembre de 1998 TOL 77.581, 3 de marzo de 1994 TOL 398.657, 19 de julio de 1994 TOL 403.701.

⁹ Si cabe, por el contrario, sostener que el tipo legal del art. 368 presenta la estructura típica de un delito de peligro hipotético, esto es, que el tipo exige, además de la peligrosidad de la acción concreta, la posibilidad de que fuera a surgir ese peligro cierto e inmediato. Una interpretación teleológica de la norma permite afirmar que, en la medida en que el resultado que se trata de impedir es la difusión de la droga entre terceras personas, no basta con que la acción sea adecuada para originar un peligro para la salud pública, sino que se exige además que en la situación concreta sea posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para la salud pública.

Ésta es, al menos, una interpretación que puede entenderse que sigue nuestro Tribunal supremo. Véase al respecto MUÑOZ SÁNCHEZ/SOTO NAVARRO, “El uso terapéutico del cannabis y la creación de establecimientos para su adquisición y consumo”, Revista de Derecho Penal y criminología, 2ª Época, nº 7, 2001, pp. 63-65.

¹⁰ Existe acuerdo en la jurisprudencia en que la acción no alcanza la aptitud para generar el riesgo que fundamenta la aplicación del tipo, esto es, que queda excluido el riesgo típico para la salud pública, cuando no existe posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo entre terceras personas indiscriminadamente. Así, las SSTS 16 de julio de 1994 TOL 403.670, y de 5 de febrero de 1996 RJ 793 sostienen que *la finalidad de la norma penal (art. 368) es la tutela del bien jurídico de la*

Semejante entendimiento del tipo básico del art. 368, con ineludible repercusión sobre el resto de figuras agravadas o privilegiadas, resulta sin duda coherente con el bien jurídico protegido. Al respecto conviene hacer una serie de consideraciones:

a. El acento puesto en el riesgo de difusión indiscriminada de la droga se corresponde con el **carácter colectivo del bien jurídico protegido**.

En efecto, en los delitos de peligro para bienes jurídicos colectivos el peligro es común, pues va referido a una pluralidad de personas, con independencia de su

salud pública mediante la represión y evitación del peligro general o común de facilitar el consumo de drogas para personas indeterminadas y ese peligro no existe cuando son personas concretas las que deciden realizar el consumo y está totalmente descartada la posibilidad de difusión de la droga entre el público, exclusión del peligro que excluye la existencia de un elemento del tipo. Por ello son numerosas las sentencias del Tribunal supremo que exigen como elemento del tipo que exista *la posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo entre terceras personas indiscriminadamente*. Las SSTs de 22 de febrero de 1993 TOL 403.418, 3 de junio de 1993 TOL 402.372, 10 de noviembre de 1994 TOL 404.881, 23 de febrero de 2011 TOL 2.045.217 han entendido que el bien jurídico colectivo de la salud pública *no padece cuando el riesgo o peligro para la salud de terceros... no concurre*; la de 27 de septiembre de 1993 TOL 401.325 y 3 de febrero de 1999 RJ 967 afirman que la conducta *no determinaba pues un riesgo de consumo común e indiscriminado por lo que se excluye la tipicidad de la acción*; la de 3 de marzo de 1994 TOL 398.657 declara que no existe el riesgo del daño a la salud pública en los casos *en que queda excluida esa posibilidad remota, porque el consumo queda referido exclusivamente a personas drogodependientes que por su condición se ven impelidas a consumir y que lo iban hacer aunque fuera buscando otro medio diferente de suministro, sin que, desde luego, exista riesgo alguno de incidir en la salud de otras personas*; las de 27 de mayo de 1994 TOL 404.056, 3 de febrero de 1997 TOL 408.222, 11 de julio de 1997 RJ 5606, 15 de abril de 1998 RJ 3806, 30 de septiembre de 2002 RJ 9152, 16 de junio de 2004 TOL 14.292, 29 de julio de 2011 RJ 6445 aluden para declarar la tipicidad a que *no desapareció el peligro abstracto de una difusión y favorecimiento del consumo de droga entre un mayor número de personas*; las de 17 de junio de 1994 TOL 402.546, 5 de febrero de 1996 RJ 793, 16 de septiembre de 1996 RJ 6617, 22 de diciembre de 1996 RJ 9651, 12 de febrero de 2010 TOL 1.792.996 recogen la doctrina, según la cual *es atípica la acción en que esté descartada la difusión de drogas entre el público*; las de 27 de mayo de 1994 RJ 4057, 27 de enero de 1995 TOL 403.258, 10 de diciembre de 1998 TOL 77.581, 27 de septiembre de 1999 RJ 6997, 11 de noviembre de 2009 TOL 1.726.694 refieren la atipicidad a que *desaparece el riesgo de que la posesión y reparto de la droga pueda incidir en la salud de terceras personas*; las de 23 de marzo de 1995 TOL 405 054, 22 de diciembre de 1998 TOL 78.170, 14 de diciembre de 2009 TOL 1.828. 814 aluden a que es preciso *acreditar en tales casos (consumo compartido) que no existe el riesgo del consumo indiscriminado por terceras personas*; las de 25 de septiembre de 1995 RJ 6745, 20 de septiembre de 1996 TOL 406206, 9 de octubre de 1996 TOL 406.581, 22 de enero de 1998 RJ 48, 20 de julio de 1998 RJ 5998, 2 de octubre de 2002 TOL 229.126 declaran que no es típica la conducta de entrega de droga *cuando no existe el peligro de facilitación o promoción del consumo por personas indeterminadas*. De ahí que se declare atípicas conductas que, a pesar de realizar actos de mediación en el tráfico, donación o compra de droga, excluyen de antemano la posibilidad de difusión de la droga entre terceras personas. Este es el fundamento, como después analizaremos, de la atipicidad de los casos de consumo compartido y de la entrega de droga por parte de personas allegadas a drogodependientes con fines altruistas o compasivos. También la doctrina entiende que la aptitud para producir un daño va referida a la capacidad de la acción concreta para realizar una difusión indiscriminada de la droga. Así JOSHI JULBERT. op. cit. p. 96 y MORILLAS CUEVA. op. cit. p. aluden a la difusión de la droga *entre personas indeterminadas y de forma indiscriminada*; ACALE SÁNCHEZ. op. cit. 26 entiende el peligro a la salud pública como *la disposición de las drogas al tráfico indiscriminado*; MANJÓN-CABEZA OLMEDA. op. cit. pp. 47, 49, 50, 77, 93, 101, 107, 111 afirma que *para apreciar un peligro, incluso abstracto, para la salud pública se requiere que la droga pueda llegar a indeterminadas personas*.

singularidad o identidad. Es cierto que el peligro concreto, el juicio general de peligro o, como es aquí el caso, la acción concretamente peligrosa pueden referirse, como ya hemos reiterado, a personas individuales. Pero éstas se limitan a personificar el correspondiente juicio de peligro para la colectividad, a la que materialmente representan.

Por el contrario, en los delitos de peligro para bienes jurídicos individuales el peligro va referido a una persona o personas concretas, en su identidad o, al menos, singularidad. Ello, en cualquier caso, no exige que la persona o personas deban de ser conocidas o que preexista algún otro tipo de relación personal con ella.

Por consiguiente, si la conducta que se lleva a cabo se configura de modo que solo resulte peligrosa para una persona o personas previamente determinadas por su identidad o singularidad no podemos hablar de que se esté creando un peligro común, que afecte a una pluralidad indiferenciada o indeterminada de personas, y que es el propio de los delitos de peligro contra bienes jurídicos colectivos.

Naturalmente, si está legalmente previsto un delito de peligro a un bien jurídico individual, por ejemplo, la salud o integridad personales, se podrá afirmar la concurrencia de ese precepto. Si eso no es el caso, y sólo están previstos delitos de lesión respecto a ese bien jurídico individual, habrá que esperar a la producción de la lesión para afirmar la concurrencia de la correspondiente figura delictiva.

Así, los delitos contra la seguridad vial de los arts. 379 y ss. son considerados de manera generalizada como diferentes modalidades de delitos de peligro contra un bien jurídico colectivo, la seguridad vial. Por consiguiente, si alguien, por ejemplo, decide llevar a cabo una conducción automovilística de manera temeraria, en estado de ebriedad o a velocidad muy superior a la permitida, estructurada de modo que cause un peligro y posterior lesión a la salud o la vida de una persona o personas determinadas, y solo a ellas, no realizará un delito contra la seguridad vial. Lo que habrá llevado a cabo será uno o varios delitos de homicidio o lesiones corporales dolosos, consumados o intentados, o uno o varios delitos de homicidio o lesiones corporales imprudentes¹¹.

Del mismo modo, y en un ámbito más cercano a nuestras preocupaciones, en los delitos contra la salud pública referidos a alimentos y medicamentos –arts. 359 a 367- solo cabe incluir comportamientos que crean un peligro común para la salud pública, esto es, un peligro para personas indeterminadas o indiferenciadas. Por consiguiente, si un consumidor facilita a otro consumidor determinado carne en mal

¹¹ En coherencia con lo acabado de sostener, la regla específica de concurso de delitos prevista en el art. 382 no será aplicable cuando estemos ante un comportamiento como los mencionados en texto, pues el precepto va referido a medios de comisión creadores de un peligro común. Es más, incluso en los casos de peligro común, el citado art. 382 abre la vía a dejar en un segundo plano el injusto ligado a ese peligro a favor de la lesión producida a un bien jurídico individual.

estado, o le aprovisiona de un medicamento deteriorado, o le adultera con una sustancia infecciosa el alimento que se dispone a tomar, de forma que le puede causar daños a su salud, no responderá por los delitos de los arts. 363, 362.1.3º o 365, respectivamente. Respondería por un delito de peligro al bien jurídico individual de la salud personal del segundo consumidor, si tal delito existiera; como no es así, habrá que exigirle responsabilidad por un delito de lesión a ese mismo bien jurídico individual, esto es, por las lesiones corporales dolosas, intentadas o consumadas, o por las lesiones corporales imprudentes producidas¹².

b. La exigencia de que el comportamiento concreto sea apto para dar lugar a una difusión indiscriminada de la droga lleva, por otra parte, a que las conductas delictivas relacionadas con drogas caigan en su conjunto en el ámbito de la **oferta de drogas**, y no en el de su demanda.

Los comportamientos propios de la oferta de drogas se caracterizan porque están orientados a facilitar el acceso a la droga a cualquiera que la demande o se considere susceptible de consumirla y, eventualmente, a fomentar tal demanda.

Los comportamientos propios de la demanda de drogas, por el contrario, tienden a facilitar que personas determinadas, deseosas de consumir droga, puedan entrar en contacto con quienes la ofertan¹³.

c. En consecuencia, no habrá difusión indiscriminada de la droga ni, por tanto, aptitud de la conducta para producir un daño a la salud pública, si el comportamiento se limita a difundir la droga entre un **círculo cerrado de personas** previamente decididas a consumirla.

Por círculo cerrado de personas se entiende un conjunto de individuos singularizados que se encuentran ligados entre sí por una relación interpersonal previa al momento de acceso a la droga. Se trata de un concepto relacional, cuyo nexo aglutinador reside en la interacción social que se produce entre un número acotado de

¹² Dejamos fuera de consideración el art. 361 bis, sobre dopaje deportivo, por responder a otros criterios sobre los que ahora no nos podemos extender.

¹³ Véase igualmente sobre la distinción entre los ámbitos de la oferta y demanda de drogas, y sus repercusiones penales, DOPICO GÓMEZ-ALLER. "Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad". Tirant lo blanch. 2012. (En prensa). pp. 17-19, entre otros pasajes.

personas a partir de ciertos valores, intereses u objetivos comunes¹⁴. Las relaciones implicadas pueden ser de convivencia, amistad o incluso de recreación común, como ha aceptado la jurisprudencia¹⁵.

Nada impide que esa interacción social gire en torno al interés en consumir droga en condiciones seguras y socialmente normalizadas, característica que puede concurrir en algunas asociaciones de consumidores de cierto tipo de droga.

Para ello será preciso que quien la difunda pertenezca a ese mismo círculo cerrado de personas y que su actividad se guíe exclusivamente por el objetivo de satisfacer la demanda existente en ese círculo, y se configure de modo consecuente a ese solo fin. En tales condiciones la difusión limitada de la droga producida no sale del ámbito de la demanda de drogas.

Por el contrario, si el difusor es ajeno al círculo, no manteniendo con sus integrantes una relación interpersonal previa fundada en el interés común en consumir droga, insertando su actividad de difusión en un contexto más amplio de suministro de droga a quienes la demanden, entraremos en el ámbito de la oferta. En tales casos se estará llevando a cabo una difusión indiscriminada de la droga, incluso si el suministrador limita su actividad a satisfacer la demanda de ese círculo cerrado.

4. Cabe preguntarse, finalmente, por cuál sea el fundamento que lleva a concretar la aptitud de la conducta para producir un daño a la salud pública en su capacidad para realizar una difusión indiscriminada de la droga.

¹⁴ En todo caso no estamos aludiendo a un concepto espacial, por ejemplo, la localización de esas personas en un determinado lugar, ni a un concepto numérico, como la cantidad de personas integradas en el círculo interpersonal.

¹⁵ La jurisprudencia ha aceptado que las invitaciones o donaciones asiduas entre consumidores en el ámbito de una relación de convivencia no realizan el tipo penal, pues es precisamente esa convivencia lo que permite explicar la asiduidad de las invitaciones, sin que tales suministros repetidos puedan entenderse como un indicio de que la relación entre ellos sea de distribuidor y consumidor, y no de meros consumidores. Así la STS de 2 de julio de 1993 TOL 400.802 indica que *cuando en el domicilio o ámbito de convivencia de dos personas se encuentra depositada o guardada droga en cuantía que no excede de los niveles de un normal consumo, de la cual hace uso uno de los convivientes, por ser consumidor habitual, y, esporádicamente, su consorte, (estos) ejercen una posición compartida de la droga, en la que es muy difícil apreciar una conducta de facilitación o menos aun de disposición por parte del introductor de la droga, y estas razones -para excluir los hechos de las tipicidades penales- suben de punto cuando se advierte que no existe en tal comportamiento peligro común y general para el bien jurídico colectivo de la salud pública, ya que se realiza por los cónyuges como un acto más de su ordinaria convivencia en el domicilio común*. En el mismo sentido la STS de 27 de mayo de 1994 RJ 4057. Véase asimismo DOPICO GÓMEZ-ALLER. op. cit. pp. 57-64.

Parece razonable pensar que no es la difusión en sí misma, por muy generalizada e indiferenciada que esta sea, la que da razón del interés en prevenir estos comportamientos: Una difusión indiscriminada de la droga, sin que en momento alguno hubiera posibilidad de ser consumida, no pondría en riesgo la salud pública. De hecho, el propio artículo 368 refiere la prohibición, como precisaremos enseguida, al fomento de ciertos consumos de droga.

En consecuencia, es la posibilidad de que la droga así difundida pueda repercutir en **determinados consumos** lo que explica el énfasis puesto en su difusión indiscriminada.

Por otra parte, y como veremos un poco más adelante, no todos los consumos de la droga parecen preocupar desde la perspectiva de la salud pública, pues existen consumos legales, y el propio art. 368 limita su ámbito de aplicación a la prevención de los consumos “ilegales”.

De ahí que pueda concluirse que el riesgo de daño para la salud pública que supone la difusión indiscriminada de la droga encuentra su fundamento en que tal facilitación de la accesibilidad de la droga tiene una gran potencialidad de fomentar consumos indebidos de ella.

II. La conducta típica básica del art. 368 del Código Penal

5. El tipo objetivo del art. 368 va referido a la conducta de **promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal** de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

De acuerdo al bien jurídico protegido y a la estructura típica asignada al precepto, se ha de tratar de conductas que, en su concreta configuración de cada caso, sean aptas para difundir de manera indiscriminada la droga entre terceros susceptibles de consumirla ilegalmente. Dada esa virtualidad que poseen crean un riesgo para la salud pública.

6. Conviene recordar que el resto de comportamientos aludidos en el art. 368 resultan punibles en la medida en que puedan ser calificados como conductas de promoción, favorecimiento o facilitación en el sentido antedicho u, ocasionalmente, que tiendan a ello.

Así, la punición de la ejecución de **actos de cultivo, elaboración o tráfico de drogas** se establece en tanto en cuanto esos actos gozan de una presunción *iuris tantum* de que promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de drogas. A eso se refiere explícitamente el tipo penal cuando da por hecho que se puede promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas “de otro modo” distinto al cultivo, elaboración o tráfico. Ahora bien, como toda presunción *iuris tantum*, ésta puede ser desvirtuada mediante la prueba correspondiente en el caso concreto¹⁶.

En cuanto a la **posesión “con aquellos fines”**, aludida en el tercer inciso descriptivo de la conducta típica del art. 368, se debe entender, y así se ha entendido, como una posesión preordenada al cultivo, elaboración o tráfico. Ello supone que si no se puede mantener la presunción de que un determinado cultivo, elaboración o tráfico promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de drogas, tampoco podrá pensarse una posesión orientada a esos concretos cultivo, elaboración o tráfico.

¹⁶ En este sentido parece manifestarse la posición mayoritaria de la doctrina jurisprudencial, que declara penalmente relevante el cultivo cuando tal comportamiento sea peligroso para la salud pública, peligrosidad del comportamiento que vendrá determinada por la posibilidad de que la materia prima cultivada pueda ser destinada a terceras personas. Desde esta perspectiva, las SSTS de 15 de julio de 1993 RJ 6092, 17 de marzo de 1994 RJ 2334, 12 de julio de 1999 RJ 6212 y 9 de julio de 2003 TOL 308.186 declaran la atipicidad de un cultivo si no se acredita que el cultivo estaba destinado a personas ajenas a los que dominan el cultivo o que existía la posibilidad de que terceras personas pudieran acceder a lo cultivado. Dado que estamos ante un delito de aptitud para la producción de un daño, el tipo no exige que en el caso concreto se haya llegado a producir un peligro concreto, pero la conducta sí que debe ser apta para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal, lo que no ocurre si se acredita que no existe posibilidad de que lo cultivado pueda llegar a terceros. Especialmente significativa es la Sentencia de la Audiencia provincial de Tarragona de 12 de julio de 1996 que declara que *la conducta de los inculpados si bien puede reputarse favorecedora del acto de cultivo de las plantas de cannabis sativa, ...sin embargo no puede tenerse como comportamiento significativo para lesionar la norma de protección del bien jurídico...siendo como es que por la finalidad de dicho acto y las condiciones en las que se produjo dicho comportamiento externo, éste no reunía la idoneidad necesaria para la difusión de la sustancia típica cultivada a terceros ajenos a aquellos que dominaron el hecho del co-cultivo*. Por el contrario, una línea minoritaria de la Sala 2ª del TS, partiendo de la consideración del delito de tráfico de drogas como un delito de peligro abstracto en sentido puro, sostiene que todo acto de cultivo de plantas que produzca materia prima para el tráfico de drogas es típico, con independencia de que tal cultivo sea o no idóneo para poner en peligro la salud pública. La STS de 17 de noviembre de 1997 TOL 407.755, seguida por la STS de 9 de diciembre de 2002 RJ 2327, declara típico el cultivo con independencia de que lo cultivado sea idóneo para difundir la sustancia cultivada a terceros ajenos a aquellos que dominan el cultivo, por entender que el juicio de idoneidad *no depende de la concreción del peligro, sino exclusivamente de la abstracta adecuación al mismo que ha establecido el legislador*.

7. Como ya hemos señalado, las conductas prohibidas de promoción, favorecimiento o facilitación van referidas al consumo “ilegal” de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Conviene realizar ahora unas consideraciones sobre qué deba entenderse por **consumo ilegal**.

a. Una interpretación extendida considera que todo consumo de drogas es en principio ilegal. Solo sería legal aquel consumo que estuviera específicamente autorizado, para cuya averiguación habría que acudir a lo previsto en determinadas normas. Entre las más destacadas, la ley 17/1967, de 8 de abril, sobre Actualización de normas vigentes sobre estupefacientes -en adelante LE-, RD 2829/1977, de 6 de octubre, sobre Fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos -en adelante RD1977-, ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios -en adelante LGURM-, RD 75/1990, de 19 de enero, por el que se regulan los tratamientos con opiáceos de personas dependientes de los mismos, modificado por RD 1131/1990, de 14 de septiembre y por RD 5/1996, de 15 de enero.

En términos penales eso significaría que la facilitación¹⁷ de cualquier consumo de drogas constituiría siempre un comportamiento típico, prohibido por el art. 368. A ello no sería obstáculo que ese injusto específico propio del favorecimiento de cualquier consumo pudiera ser neutralizado en los casos en que existiera una autorización administrativa para ciertos consumos, que convirtiera a estos en lícitos. Ello repercutiría inmediatamente en la licitud de las conductas de facilitación de ellos. Tal entendimiento del asunto supone asumir que las conductas que favorecen el consumo de drogas son en todo caso típicas, y solo resultan lícitas en circunstancias excepcionales, a través de una causa de justificación vinculada a la autorización administrativa del consumo.

A nuestro juicio, esta interpretación es criticable, pues invierte indebidamente la formulación legal existente en el artículo 368: El precepto en cuestión sólo declara típicas las conductas de difusión de consumos ilegales, dejando desde un principio fuera de su consideración las conductas de favorecimiento de consumos legales. Sin embargo, se le hace decir que son típicas las conductas de difusión de cualquier tipo de consumos,

¹⁷ A partir de ahora, con el fin de aligerar la exposición y a salvo que se distinga, entenderemos equivalentes los términos difundir, promover, favorecer o facilitar, a la hora de aludir a los comportamientos típicos del art. 368.

y sólo por vía excepcional se admite que conductas de favorecimiento de algunos consumos, los legales, a pesar de ser típicas no son antijurídicas.

b. Desde nuestro punto de vista hay que partir de que el consumo de drogas es legal mientras no exista una norma que lo prohíba. Esa es la conclusión coherente con la realidad de un ordenamiento jurídico como el español, el cual nunca ha considerado delito el consumo de drogas y que califica a éste como infracción administrativa sólo en un supuesto muy limitado, como tendremos ocasión de recordar más adelante.

En consecuencia, solo las conductas que faciliten consumos ilegales son objeto de atención por el art. 368, como expresamente dice el precepto. Ello supone entender el término consumo “ilegal” como un elemento del tipo, que marca las conductas a las que desde un principio limita su atención el citado artículo. Dicho de otro modo, todas las conductas de favorecimiento de consumos no calificados de ilegales resultan atípicas, sin que precisen depender de una autorización del consumo al que se dirigen, en la forma de una causa de justificación, para de modo excepcional dejar de estar abarcadas por el precepto.

c. Ello hace necesario preguntarse qué consumos han sido declarados ilegales por nuestro ordenamiento jurídico.

Para responder a esa cuestión es preciso, en primer lugar, atender a una distinción que explícita o implícitamente recorre toda nuestra legislación administrativa que afecta a las sustancias psicoactivas, que es la de *uso* de drogas frente a *consumo* de drogas¹⁸.

Esta distinción está, sin duda, arraigada en la legislación administrativa de control de drogas:

¹⁸ Esa distinción presupone otra, bien asentada, la que diferencia entre posesión o tenencia de drogas por un lado, y consumo de drogas por otro.

La STS de 28 de septiembre de 1998 de la Sala de lo contencioso-administrativo RJ 7529 considera infracción administrativa a tenor del art. 25.1 de la LO. 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la seguridad ciudadana –en adelante LSC–, a la tenencia de drogas para el propio consumo, tenencia que se ha de entender en lugar público, en coherencia con las referencias a ese espacio en los incisos primero y tercero del citado precepto. Pero correctamente en ningún momento extiende la prohibición administrativa al consumo en privado de drogas, lo que contradiría, por lo demás, las previsiones sobre el consumo ilegal que contiene la propia LSC en ese mismo art. 25.1 inciso primero.

La LE distingue en numerosos pasajes entre los conceptos de posesión, uso y consumo. Lo hace en su artículo 1, cuando afirma el derecho del Estado de intervenir la posesión, uso y consumo de drogas, o en el artículo 5, cuando asigna al Servicio de control de estupefacientes el cometido de intervenir y vigilar la posesión, uso y consumo de tales sustancias. Del mismo modo, el epígrafe del Capítulo VI reza “Posesión, uso y consumo”.

Ello no quiere decir, sin embargo, que todas esas actividades de contacto con la droga estén sometidas a la misma regulación: Así, el artículo 2, tras constatar que los estupefacientes son sustancias prohibidas a tenor de su inclusión en la correspondiente lista de la Convención única de estupefacientes de Naciones Unidas de 1961, determina que no se podrán, entre otras actividades, poseer o usar tales sustancias salvo para los fines permitidos. Pero no hace mención alguna al consumo. En sentido diferenciador semejante, el art. 22 de la misma ley habla en su primer inciso exclusivamente de los usos de estupefacientes permitidos, mientras que en el segundo inciso siente la necesidad de referirse de manera separada a acciones de uso y de consumo a unos efectos que enseguida veremos.

En cuanto al RD1977, alude en su artículo 2 a la prohibición, entre otras actividades, del uso y la tenencia de sustancias psicotrópicas, en su artículo 8 se refiere a las personas o entidades autorizadas para la fabricación, utilización o tráfico de estas sustancias en cuanto destinatarios de la entrega de esos géneros por parte de fabricantes, y el art. 12 menciona el uso por laboratorios de esas sustancias, entre otros fines, para venderlas o entregarlas a las personas autorizadas para utilizarlas. Una lectura detenida de estos y otros preceptos muestra que los términos uso o utilización no van referidos en caso alguno a la actividad de consumo de esas sustancias sino a otro tipo de actividades de manejo de esas sustancias, a lo más, previas a un futuro consumo. Ello explica que el término consumo, a diferencia de la LE, no aparezca en parte alguna de la norma.

La LGURM tiene por objeto a los medicamentos, pero rige como legislación subsidiaria de la específica de sustancias psicoactivas cuando estemos ante medicamentos especiales por contener sustancias psicoactivas -art. 49-. Pues bien, es fácil apreciar que el frecuente empleo que hace de los términos uso racional y utilización de medicamentos va referido de forma predominante a las actividades

realizadas con tales productos por los profesionales que los prescriben o los dispensan, y mucho menos a la actividad de consumo de ellos por los pacientes¹⁹.

En suma, en la legislación administrativa los términos *uso* o *utilización* de drogas van referidos a actividades diversas que tienen como denominador común su incidencia sobre el objeto material que constituye la droga, y que se llevan a cabo con muy diversos fines. Esas actividades pueden consistir, entre otras, en el manejo, transformación o manipulación de la droga, o en su indicación o puesta a disposición a terceros, sin que uso de la droga deba identificarse necesariamente con la actividad de consumo de ella. En los casos en los que se emplean de manera diferenciada los términos uso y consumo parece claro que el primer término no abarca el contenido semántico propio del segundo²⁰.

d. Aclarado lo anterior nos volvemos a preguntar qué **consumos** han sido declarados **ilegales** en nuestro **ordenamiento jurídico extrapenal**.

La LSC, en su artículo 25.1, considera infracción administrativa grave el consumo de drogas en lugares públicos. En relación estrecha con ello, considera igualmente infracción administrativa grave -art. 23.i- la tolerancia del consumo, o la falta de diligencia en impedirlo, en locales o establecimientos públicos, consumo que en tales condiciones se vuelve a calificar de ilegal.

La LE considera prohibido modificar un consumo autorizado por otro para el que no se ha pedido nueva autorización -art. 22 inciso segundo-. Más precisamente, se trata de realizar un consumo con un objeto distinto de aquel para el que ha sido suministrada la sustancia por el Servicio de control de estupefacientes o dispensada por

¹⁹ Véase en especial la Exposición de motivos de la ley y su Título VI. En todo caso, en un apartado posterior profundizaremos en el contenido de esta ley relativo al consumo de medicamentos en general y de medicamentos con sustancias psicoactivas en particular.

²⁰ Resulta inadecuada en ese sentido la STS de 17 de marzo de 1994 TOL 404.551 que, identificando indebidamente los conceptos de uso y consumo, concluye que todo consumo fuera de los supuestos autorizados de uso del art. 2 LE es ilegal, tanto a efectos administrativos como de interpretación del tipo del art. 368. Por otra parte, afirmar, como hace esa sentencia, que todo consumo que no sea terapéutico o positivo para la salud debe considerarse ilegal a los efectos del art. 368 restringe infundadamente los propios “usos” autorizados en el art. 2 LE. De ahí que parezca más razonable una interpretación del término “consumo ilegal” del art. 368 en el sentido que pasamos a exponer a continuación, interpretación estrechamente ligada al bien jurídico protegido en estos preceptos tal como ha sido interpretado por la consolidada doctrina jurisprudencial del consumo compartido y de la donación altruista o compasiva, que analizaremos más adelante. Sin embargo, en sentido similar a la STS citada, SÁNCHEZ TOMÁS. “Derecho de las drogas y las drogodependencias”. FAD. 2002. pp. 69-75 y 117-118.

la oficina de farmacia, sin haber obtenido la correspondiente autorización para el nuevo consumo²¹.

No hay en ese precepto, sin embargo, una prohibición general de cualesquiera consumos de drogas salvo los autorizados: Se saca, a veces y erróneamente, una conclusión contraria a partir de una interpretación indebidamente extensiva del primer inciso del artículo 22. Este primer inciso, cuando se refiere a que “no se permitirán otros usos de los estupefacientes que los industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados con arreglo a la presente ley”, está empleando un concepto estricto de uso, que no abarca el consumo, en los términos señalados más arriba. Prueba de ello es que cuando quiere incluir el consumo, como en el segundo inciso de ese mismo artículo, lo menciona expresamente de forma diferenciada del uso.

Por lo demás, tampoco hay en la restante legislación administrativa analizada - RD1977 y LGURM- precepto alguno que declare ilegal el consumo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

La conclusión, por consiguiente, es que administrativamente son ilegales los consumos de drogas realizados en lugares públicos, y aquellos autorizados que se realizan con un objeto distinto de aquel para el que han sido autorizados sin haber pedido una nueva autorización.

e. Es el momento ahora de determinar qué se entiende por **consumo ilegal en el artículo 368** del Código Penal.

Conviene recordar, ante todo, que nuestro Código Penal no castiga -ni ha castigado nunca- consumo alguno de drogas, ni siquiera los declarados administrativamente ilegales.

Con todo, en su pretensión de proteger la salud pública, puede considerar punibles determinados comportamientos en la medida en que resulten aptos para difundir de manera indiscriminada la droga. Y puede, para delimitar adicionalmente esas conductas, atender a qué tipos de consumo pueden dar lugar esas conductas, pues, como hemos visto, no es la difusión en sí misma de la droga, por muy indiscriminada

²¹ De todos modos, no está claro que ignorar esa prohibición constituya una infracción administrativa, a juzgar por el contenido de los artículos 32 y 33 de la misma ley.

que sea, la verdadera razón del precepto penal, sino el hecho de que esa difusión pueda dar lugar a ciertos consumos de droga. De ahí la relevancia típica que debe otorgarse a la referencia del precepto a los consumos ilegales.

Por otra parte, el legislador penal tiene muy en cuenta la legislación administrativa, en especial que ésta considere ilegal cualquier comportamiento de tráfico u oferta de drogas, incluidos la posesión y uso insertos en ese tráfico, siempre que no estén expresamente autorizados.

En consecuencia, podemos confirmar que nuestro ordenamiento jurídicopenal considera ilegales, aunque no punibles, los consumos de drogas que:

Han sido declarados ilegales en el ordenamiento administrativo, a saber, los supuestos aludidos en el art. 25.1 LSC, y art. 22 inciso segundo LE, en los términos ya indicados.

Además, todos aquellos consumos que, sin haber sido declarados ilegales administrativamente, se desarrollan en estrecha dependencia del tráfico ilícito de drogas. Y ello porque la entrada en contacto de los consumidores con la oferta ilícita de drogas, dadas las características de esta antes esbozadas²², fomenta la difusión indiscriminada de las sustancias y su consiguiente consumo descontrolado. Y unos consumos en tales condiciones suponen un serio riesgo para la salud pública, y puede que también para la seguridad ciudadana²³.

8. A partir de esa consideración de los consumos ilegales, nuestro Código Penal procede a penar los comportamientos más relevantes que los fomenten, lo que supone concentrarse en la persecución de todas las conductas ligadas a la oferta y tráfico ilícitos²⁴.

²² Véase apartado 3.b.

²³ En términos parecidos se manifiestan JOSHI JULBERT. op. cit. p. 107 que entiende por consumo ilegal *algunos consumos que no sean el propio, concretamente, todo consumo ajeno, que afecte de forma relevante a la salud pública* y MANJÓN-CABEZA OLMEDA. op. cit. 102 que refiere el consumo ilegal *al consumo ajeno, de un tercero, pues el consumo propio*, (que esta autora considera también ilegal), *no pone en peligro la salud pública y queda fuera del ámbito de protección de la norma*.

²⁴ Al perseguir el tráfico u oferta ilícitos no solo se busca prevenir la difusión indiscriminada de la droga y las consecuencias en el consumo ya aludidas, sino que igualmente se atiende al objetivo de impedir que la droga se consuma en lugares públicos, a lo que, por lo demás, atienden específicamente las agravantes del art. 369 3ª y 7ª. En cuanto a las conductas de consumo ilegal abarcadas en el art. 22 inciso segundo LE, no parece que creen un riesgo relevante para la salud pública que justifique la intervención del Derecho penal.

Ahora bien, que el fundamento de esa prohibición penal reside en la obstaculización de una difusión indiscriminada de la droga que dé lugar a consumos descontrolados, explica por qué nuestra jurisprudencia ha estimado **atípicos** ciertos comportamientos en los que se carece de indicios firmes de que la dependencia del consumo del tráfico ilícito vaya a generar en el caso concreto ese tipo de difusión y/o consumo. Un poco más abajo veremos la argumentación utilizada por nuestros tribunales en relación con los supuestos que se suelen agrupar bajo el concepto de consumo compartido o de donación altruista o compasiva.

La misma valoración habrán de merecer las conductas que desde este momento vamos a calificar de *autoorganización del consumo*, que tienen lugar en el ámbito de la demanda de drogas. En ellas, como veremos enseguida, se pretende garantizar una difusión limitada de la droga, destinada a un círculo de consumidores acotado, y asegurando unas pautas de consumo responsable. Tales prácticas difícilmente pueden considerarse creadoras de un riesgo relevante para la salud pública.

9. No podemos cerrar este apartado sin recordar que el tipo objetivo de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas contenido en el art. 368, debe tener su correspondiente reflejo en el **tipo subjetivo** del mismo precepto.

En consecuencia, el castigo de estos comportamientos solo será posible si concurre la conciencia y voluntad de realizar conductas de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas. Lo que supone, tras lo que llevamos dicho, que ese dolo se extiende a la aptitud de la conducta concreta para difundir de manera indiscriminada la droga entre terceros susceptibles de consumirla de manera descontrolada.

Como veremos en el próximo apartado, en los supuestos que acabamos de denominar de autoorganización del consumo no solo faltarán, si concurren ciertas condiciones, los elementos del tipo objetivo del art. 368 sino que, aun cuando en algunas ocasiones tales elementos puedan estar presentes, no siempre se verán acompañados de la ineludible presencia del dolo de realizar una conducta de difusión indiscriminada de la droga en el sentido indicado.

III. Algunas conductas no incluidas en el tipo del artículo 368 del Código Penal

10. Nuestra jurisprudencia, con razonamientos semejantes o cercanos a los más arriba expuestos, ha consolidado una interpretación que considera no incluidos en el tipo básico del artículo 368 una serie de comportamientos que ha clasificado en dos supuestos²⁵:

El llamado "**consumo compartido**", que abarca no sólo los casos de aportación por varios adictos de un fondo común para adquirir la sustancia que luego consumen conjuntamente, sino también la entrega o invitación gratuita de droga a adictos para compartir su consumo inmediato.

Los casos de **donación altruista o compasiva** de drogas por personas allegadas a personas adictas, con fines de deshabituación o de evitar los riesgos que la crisis de abstinencia origina o cualquier otro mal relacionados con la adicción.

a. Bajo la denominación de "consumo compartido" la jurisprudencia agrupa tres supuestos distintos:

i. Lo que se ha denominado indistintamente "servidor de la posesión", "posesión en nombre de los demás", "posesión colectiva para el propio consumo", "mandato o instrumento del ejercicio de la posesión de otro" y, más recientemente, "autoconsumo plural entre consumidores", que aluden a aquellos casos donde varios adictos realizan aportaciones para crear un fondo común con el fin de que uno adquiriera la sustancia que se ha de consumir conjuntamente²⁶.

²⁵ Véase un análisis de la doctrina jurisprudencial sobre el consumo compartido y la entrega altruista o compasiva en MUÑOZ SÁNCHEZ/SOTO NAVARRO, op. cit. pp. 65-72.

²⁶ Las SSTs 25 de mayo de 1981 RJ 2277, 18 de diciembre de 1992 RJ 10446, 7 de junio de 1993 RJ 4851, 18 de octubre de 1993 RJ 7538, 11 de febrero de 1994 RJ 721, 27 de enero de 1995 RJ 681, 3 de marzo de 1995 RJ 1794, 23 de mayo de 1995 RJ 3912, 30 de mayo de 2000 TOL 273.365, 17 de febrero de 2003 TOL 265.597, 27 de febrero de 2003 TOL 265.679, 1 de octubre de 2003 TOL 316.509. Más recientemente las SSTs de 5 de diciembre de 2007 TOL 1.229.901, 20 de mayo de 2008 TOL 331.002, 19 de enero de 2009 TOL 448.777, 10 de mayo de 2010 TOL 896.624, 21 de octubre de 2010 TOL 2.006.314, 23 de febrero de 2011 TOL 2.045.217, 15 de abril de 2011 TOL 2.127.113, 20 de abril de 2011 TOL 2.117.312, 26 de mayo de 2011 TOL 2.152.601, 21 de septiembre de 2011 TOL 2.255.823, 23 de septiembre de 2011 TOL 2.287.184 aluden a supuestos de *autoconsumo plural*, en el cual el acto de adquisición o de la tenencia material de la droga es ejecutado por uno de ellos en una mera sustitución de la intervención de los demás, y no tanto como favorecimiento del acto de adquisición de la droga por estos.

ii. Lo que llama "recíprocas invitaciones entre adictos" o "consumo colectivo compartido", que se refiere a aquellos supuestos en los que varios drogodependientes comparten el consumo de droga²⁷.

iii. Y, por último, la entrega o invitación gratuita de droga a personas adictas o, al menos, consumidores esporádicos de esa sustancia, para compartir su consumo²⁸. Excepcionalmente se declara la atipicidad aun cuando el destinatario de la invitación sea un no consumidor²⁹.

²⁷ SSTS de 6 de abril de 1989 RJ 3026, 2 de noviembre de 1992 TOL 398.520, 25 de marzo 1993 RJ 2551, 14 de abril de 1993 RJ 3264, 29 de mayo de 1993 RJ 4281, 25 de junio de 1993 RJ 5224, 27 de septiembre de 1993 TOL 1.325, 3 de marzo de 1994 RJ 1690, 17 de junio de 1994 TOL 402.546, 19 de julio de 1994 TOL 403.701, 25 de noviembre de 1994 RJ 9995, 28 de marzo de 1995 RJ. 2246, 28 de octubre de 1996 TOL 406.594, 10 de diciembre 1998 RJ 10387, 22 de diciembre de 1998 RJ 9812, 20 de marzo de 2003 RJ 2759. DOPICO GÓMEZ-ALLER, op. cit. pp. 63-64 distingue dentro de este grupo las donaciones en el ámbito de la pareja o supuestos similares, que presentan como característica singular que las donaciones o invitaciones no son esporádicas, sino repetidas en el tiempo, lo que se justifica precisamente por la convivencia.

²⁸ Así las SSTS de 22 de noviembre de 1992 TOL 398.520, 14 de febrero de 1994 RJ 738, 16 de julio de 1994 TOL 403.670, 2 de noviembre de 1995 RJ 8011, 28 de marzo de 1995 RJ 2246, 26 de diciembre de 1996 A. 9651, 22 de diciembre de 1998 RJ 10.323, 3 de febrero de 1999 RJ 967, 21 de abril de 1999 RJ 320227 de septiembre de 1999 RJ 6860, 8 de marzo de 2002 TOL 156.415, 10 de abril de 2005 TOL 639158, 12 de diciembre de 2010 TOL 1.792.996 aluden a supuestos en los que quien entrega la droga para su consumo inmediato es uno de los consumidores y tal consumo compartido se lleva a cabo en un círculo cerrado de consumidores. La STS de 23 de julio de 2003 TOL 305.607 incluye también en estos casos de atipicidad la entrega o invitación gratuita de la droga para su consumo compartido a una persona no adicta, pero sí consumidor esporádico de tal sustancia. Otra línea jurisprudencial minoritaria ha declarado la atipicidad en casos de entrega de droga a una persona concreta, ya consumidora de las mismas, aun cuando no sea para su consumo compartido, fundamentando la atipicidad en que *la modalidad de la acción carece de la capacidad de generar peligro alguno de la difusión de la droga a terceros, no pudiendo considerarse como tal al receptor de la dosis, precisamente por ser adicto*. En este sentido más amplio y acorde con el fundamento de la atipicidad de estos supuestos, véanse las SSTS de 5 de febrero de 1996 TOL 406.206, 3 de abril de 2000 TOL 15.018, 22 de septiembre de 2000 TOL 7207, 13 de junio de 2003 TOL 305. 607. Por el contrario, las SSTS de 26 de mayo de 2010 TOL 1.898.059 y de 22 de junio de 2011 TOL 2.173.634 parecen restringir los supuestos de consumo compartido en los casos de entrega a terceros, aun cuando se trate de terceros consumidores de esa sustancia, sólo a los supuestos en que exista una *voluntad inicial conjunta de consumo*, por entender que en caso contrario se está promoviendo el consumo.

²⁹ Actualmente la posición mayoritaria de la jurisprudencia sostiene que la invitación gratuita o donación de una pequeña cantidad de droga a una persona que no es consumidora habitual o, al menos, consumidora esporádica, es una conducta típica, que no cabe incluir en los supuestos de atipicidad del llamado consumo compartido. En este sentido las SSTS de 22 de diciembre de 1998 TOL 78.170, 26 de septiembre de 2000 RJ 8472, 14 de abril de 2003 TOL 276.369, 27 de abril de 2005 TOL 656.811, 7 de noviembre de 2005 TOL 765.938, 2 de marzo de 2006 TOL 863.891, 14 de diciembre de 2009 TOL 1.768.834, 26 de mayo de 2010 TOL 1898.059. Sin embargo, una línea jurisprudencial minoritaria rechaza la tipicidad en los casos de entrega de una pequeña cantidad que solo alcanza para una consumición y que es ofrecida para su consumo en común aun cuando el destinatario no sea consumidor de esa sustancia, siempre que en el caso concreto quede totalmente excluido el peligro de difusión incontrolable entre múltiples consumidores. Así las SSTS 22 de febrero de 1993 TOL 403.418 (entrega de droga a un amigo y dos chicas, una de las cuales no había consumido con anterioridad, en el interior de un vehículo), 9 de febrero de 1994 RJ 685 (entrega de una pequeña cantidad de droga a una chica con la finalidad de crear un clima propicio para mantener relaciones íntimas), 10 de noviembre de 1994 TOL 404.881 (invitación, en una sola ocasión, dentro de un círculo íntimo, a la novia de una raya de cocaína), 19 de octubre de 1996 RJ 8389 (entrega a un hijo de anfetaminas para que se mantenga despierto y en forma), 7 de junio de 2001 TOL 103.453 (ofrecimiento de una porción de un comprimido de éxtasis a un

La exclusión de la tipicidad en esta constelación de casos se fundamenta en la inexistencia del peligro común de difusión de la droga entre terceras personas indiscriminadamente, que es elemento del tipo del art. 368 del Código Penal. Este fundamento se ha venido reiterando desde las primeras sentencias hasta la actualidad. Así la STS de 22 de febrero de 1993 declara que "*se debe excluir la tipicidad en aquellos casos en los que el peligro que caracteriza la acción de estos delitos quede totalmente excluido... es posible afirmar la exclusión de la tipicidad en aquellos casos en los que está totalmente descartada la posibilidad de difusión de la droga entre el público*"³⁰.

En otras sentencias³¹ se fundamenta la atipicidad en la ausencia del tipo subjetivo, afirmando que "*se excluye el factor tendencial de transmitir la droga a terceras personas*". Ahora bien, este elemento subjetivo no es necesario analizarlo si previamente se descarta el tipo objetivo por falta del elemento de peligro común.

Para poder afirmar que falta el elemento del tipo de peligro común de difusión de la droga entre terceras personas indiscriminadamente, el Tribunal Supremo viene exigiendo los siguientes requisitos o condiciones:

- La acción tiene lugar en un recinto o círculo cerrado,

amigo en el momento en que iba a ingerirlo) y 10 de mayo de 2010 TOL 1.896.624 (adquisición de droga por parte del acusado para consumirla con un amigo, que no se declara que fuera adicto o consumidor habitual de la sustancia).

³⁰ En este sentido las SSTS de 25 de marzo de 1993 RJ 2551, 14 de abril de 1993 RJ 3264, 25 de junio de 1993 RJ 5224, 27 de septiembre de 1993 ARJ 7683, 9 de febrero de 1994 RJ 685, 3 de marzo de 1994 TOL 398.657, 16 de marzo de 1994 RJ 2324, 17 de junio de 1994 TOL 402.546, 19 de julio de 1994 TOL 403.701, 10 de noviembre de 1994 TOL 404.881, 26 de noviembre de 1994 RJ 9144, 27 de enero de 1995 TOL 403.258, 3 de marzo de 1995 A. 1794, 28 de marzo de 1995 RJ 2246, 23 de mayo de 1995 TOL 405.054, 2 de noviembre de 1995 RJ. 8011, 5 de febrero de 1996 RJ 793, 20 de marzo de 1996 RJ 246, 23 de noviembre de 1996 RJ 7838, 28 de noviembre de 1996 RJ 7423, 26 de diciembre de 1996 RJ 9651, 20 de enero de 1998 RJ 26, 10 de diciembre de 1998 TOL 77.581, 22 de diciembre de 1998 RJ 9812, 3 de febrero de 1999 RJ 967. Más recientemente la STS de 23 de febrero de 2011 TOL 2.045.217 argumenta la falta de tipicidad de estos supuestos en *que siendo la salud pública un bien jurídico colectivo, no padece tal bien cuando no concurre riesgo o peligro para la salud de los terceros*; en el mismo sentido la STS de 20 de abril de 2011 TOL 2.117.312 alude a que lo relevante es *si del análisis del supuesto se objetiva o no...un riesgo para la salud de terceros* Cfr. REY HUIDOBRO. "El delito de tráfico de estupefacientes", Boch, 1987, p. 636; GONZÁLEZ ZORRILLA. "Políticas criminales en materia de drogas (Prohibicionismo versus reducción de daños)", en Cuadernos de Derecho Judicial, 1999, pp. 265-268. Criticando que existan sentencias en sentido contrario, lo que provoca inseguridad jurídica, DOPICO GÓMEZ-ALLER. op. cit. pp. 14 y ss. alude a un fundamento objetivo (ausencia de riesgo típico) y un fundamento subjetivo (ausencia de ánimo de difundir el consumo ilícito), y señala como regla para excluir ese riesgo típico el que la conducta tenga lugar en el ámbito de la oferta o en el ámbito de los consumidores.

³¹ SSTS de 18 de diciembre de 1992 RJ 10446, 4 de febrero de 1993 RJ 860, 29 de mayo de 1993 TOL 400.878, 11 de febrero de 1994 RJ 721, 3 de marzo de 2005 RJ 121.288. Otras SSTS de 23 de octubre de 2001 TOL 2045.217, 20 de abril de 2011 TOL 2.117.312 y Auto de 3 de marzo de 2005 JUR 121288 aluden a un fundamento subjetivo y objetivo al establecer que *lo relevante es si se objetiva o no una vocación de tráfico y, por tanto, un riesgo para la salud de terceros*.

- no ha existido contraprestación alguna,
- la cantidad de droga no rebasa el límite de un consumo normal,
- ha de tratarse de un consumo inmediato.

Estos requisitos se exigen de forma unánime por toda la jurisprudencia³².

- En ocasiones se requiere algo más en relación con la naturaleza de los destinatarios: La mayoría de las sentencias condicionan la impunidad a que se trate de personas adictas o, al menos, habitadas al consumo³³. Otras sentencias, por el contrario, como ya vimos³⁴, declaran la impunidad por falta del peligro de difusión incontrolada entre múltiples consumidores aun cuando el destinatario no sea adicto o persona habitada al consumo.

- En relación con los supuestos de entrega o invitación gratuita de droga a personas adictas o, al menos, consumidores esporádicos de esa sustancia para compartir su consumo, la jurisprudencia ha añadido otro requisito, que *la acción de compartir ha de ser esporádica e íntima, sin trascendencia social*³⁵. El carácter episódico se exige para excluir de la figura del consumo compartido aquellas actuaciones repetidas en el tiempo que se enmarcan en la figura del proveedor habitual. Por el contrario, cuando existe una relación de convivencia entre quien posee o entrega la droga y el destinatario,

³² Así las SSTs de 22 de febrero de 1993 TOL 403.418, 3 de junio de 1993 TOL 402.372, 27 de septiembre de 1993 RJ 7683, 17 de junio de 1994 RJ 5174, 28 de marzo de 1995 RJ 2246, 18 de noviembre de 1996 RJ 8395, 31 de marzo de 1998 RJ 3760, 3 de abril de 2000 TOL 5081, 8 de marzo de 2000 TOL 13.081, 12 de febrero de 2000 TOL 240.813, 17 de febrero de 2002 TOL 265.597 1 de septiembre de 2003 RJ 6414, 13 de noviembre de 2003 RJ 10063, 4 de marzo de 2004 TOL 365.553, 27 de septiembre de 2005 TOL 718.591, 23 de octubre de 2006 TOL 1009.748, 11 de noviembre de 2009 TOL 1.726.694, 20 de abril de 2011 TOL 172694.

³³ Inicialmente la jurisprudencia exigía la condición de adicto: así las SSTs de 23 de marzo de 1995 RJ 3912, 2 de noviembre de 1995 RJ 8011, 11 de noviembre de 1996 RJ 8395, 31 de marzo de 1998 RJ 3760, 4 de mayo de 1998 RJ 4599. A partir de una STS de 30 de mayo de 2000 TOL 273.365 la jurisprudencia amplía la condición de adicto a los consumidores habituales, interpretando esta exigencia en el sentido de que las personas integrantes del grupo respondan a un patrón de consumo, lo que le permite incluir al consumidor de fines de semana cuando se trata de drogas sintéticas. Así las SSTs de 17 de febrero de 2003 TOL 265.597, 8 de marzo de 2004 TOL 365.552, 23 de marzo de 2005 TOL 633.152, 27 de mayo de 2005 TOL 71899, 8 de junio de 2006 TOL 964.527, 20 de octubre de 2006 TOL 1.006.870, 11 de noviembre de 2009 TOL 1.726.694, 9 de febrero de 2010 TOL 1.792.998, 20 de abril de 2011 TOL 2.117.998, 26 de mayo de 2011 TOL 2.152.601 que exige que al menos sea consumidor frecuente, 21 de septiembre de 2011 TOL 2.255.823 y 14 de junio de 2011 TOL 483.732. Véase en ese sentido DOPICO GÓMEZ-ALLER. op. cit. pp. 44-49.

³⁴ Véase la Nota 29.

³⁵ La jurisprudencia viene exigiendo este requisito de forma reiterada: véanse, entre otras, las SSTs de 8 de marzo de 2000 TOL 13.081, 30 de mayo de 2000 TOL 277.365, 24 de julio de 2000 TOL 203.217, 29 de abril de 2005 TOL 725.643, 30 de junio de 2006 TOL 964.498, 12 de junio de 2008 TOL 1343.768, 9 de febrero de 2010 TOL 1.792.998, 26 de mayo de 2011 TOL 2.152.601, 22 de junio de 2011 TOL 2.173634.

la jurisprudencia no exige este requisito, y admite como consumo compartido casos en que existe reiteración en la entrega³⁶.

b. Respecto al segundo supuesto, la entrega altruista o compasiva de droga a personas adictas por parte de personas allegadas, no se puede afirmar que la jurisprudencia haya mantenido de forma unánime la atipicidad de la conducta. Se han distinguido dos posiciones en la Sala 2ª del Tribunal Supremo.

Una línea jurisprudencial minoritaria afirma la tipicidad de tales conductas. Así la STS de 14 de octubre de 1994³⁷ declara que *"la entrega de sustancias psicotrópicas a una persona ya drogadicta, cualquiera que sea la intención que la presida, incluso ayudarla a calmar su estado de carencia, constituye el ilícito penal"*, basando tal decisión en que con la entrega de la droga *"no se auxilia a quien vive momentos de alteración por drogadicción"*.

La posición mayoritaria, por el contrario, sostiene la atipicidad de la conducta, consolidándose esta corriente jurisprudencial hasta el punto que desde 1994 todos los pronunciamientos de la Sala 2ª del Tribunal supremo aceptan la tesis de la impunidad.

Esta tesis se formula en palabras de la STS de 16 de septiembre de 1996³⁸ de la siguiente forma: *"En los supuestos en los que un familiar o persona allegada proporciona pequeñas cantidades de droga con la sola y exclusiva idea de ayudar a la deshabitación o a impedir los riesgos que la crisis de abstinencia origina, movidos por un fin loable y altruista, sin ventaja ni contraprestación alguna, no puede llegarse al delito si de ninguna forma se potencian los actos o verbos contenidos en el art. 344 - hoy 368- del Código Penal. En estos casos falta evidentemente el sustrato de antijuricidad, pues no existe entonces posibilidad de difusión, facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente, lo que lleva a la ausencia del peligro más arriba dicho"*.

³⁶ SSTS de 2 de julio de 1993 TOL 400.802 (posesión de droga en el domicilio, de la cual hace uso uno de los convivientes, por ser consumidor habitual y, esporádicamente, su consorte), 27 de mayo de 1994 RJ 4057 (convivencia con una mujer adicta a la que en ocasiones suministraba droga), 18 de julio de 2001 RJ 6501 y de 3 de marzo de 2005 RJ 121.284 que incluyen en el consumo compartido *casos de convivencia entre varias personas ya drogadictas*. DOPICO GÓMEZ-ALLER. op. cit. p. 63 alude a que la estabilidad en la entrega se explica por la convivencia, por lo que desaparece el indicio de tráfico.

³⁷ TOL 404.497. En el mismo sentido la STS de 29 de enero de 1996 RJ 151, aunque admite casos excepcionales de atipicidad.

³⁸ RJ 6617.

Este planteamiento aparece por primera vez en la STS de 29 de mayo de 1993³⁹, donde se afirma que *"Si bien es cierto que entre las conductas comprendidas en el citado art. 344 está la de facilitar el consumo de la droga por terceros, se hace preciso por razones sociales, humanitarias y la finalidad de la norma distinguir, a efectos de su relevancia penal, los tipos o fines de facilitación, diferenciando los supuestos en los que se pretende promover la expansión del producto de aquellos otros en que la finalidad es reducir el consumo de una persona adicta a efectos de una paulatina deshabituación hasta el posterior ingreso en un centro de desintoxicación, en cuyo caso la acción no debe considerarse plenamente típica"*⁴⁰.

El conjunto de estas resoluciones señala los requisitos que deben concurrir en estos casos de donación de droga para que no se consideren incluidos en el tipo penal. Son los siguientes:

- Que no exista difusión de la droga respecto de terceros.
- Que no exista contraprestación alguna.
- Que la donación lo sea para el consumo inmediato, en presencia o no de quien entrega la droga.
- Que se persiga únicamente una finalidad altruista y humanitaria, para defender al destinatario de las consecuencias del síndrome de abstinencia o con fines de deshabituación. Inicialmente estas eran las dos únicas finalidades admitidas, pero posteriormente se añade la finalidad de evitar los riesgos del consumo clandestino y

³⁹ RJ 4822.

⁴⁰ Esta doctrina se ha mantenido de forma reiterada en las siguientes sentencias: 15 de julio de 1993 RJ 6093, 16 de septiembre de 1993 RJ 6695, 7 de febrero de 1994 TOL 402.166, 8 de abril de 1994 RJ 2902, 12 de septiembre de 1994 TOL 403.711, 11 de diciembre de 1995 RJ 9236, 23 de diciembre de 1995 RJ 9551, 16 de enero de 1996 RJ 76, 25 de enero de 1996 RJ 296, 8 de febrero de 1996 RJ 813, 16 de septiembre de 1996 RJ 6617, 19 de octubre de 1996 RJ 8389, 18 de noviembre de 1996 RJ 8395, 3 de febrero de 1997 TOL 408.22, 18 de mayo de 1997 RJ 4022, 11 de junio de 1997 RJ 5600, 14 de junio de 1997 RJ 4717, 4 de julio de 1997 RJ 5554, 14 de julio de 1997 RJ 5591, 10 de noviembre de 1997 RJ 6976, 18 de septiembre de 1997 RJ 7707, 3 de noviembre de 1997 RJ 7901, 4 de diciembre de 1997 RJ 8716, 22 de enero de 1998 RJ 48, 20 de enero de 1998 RJ 26, 15 de abril de 1998 RJ 3806, 20 de julio de 1998 RJ 5998, 22 de diciembre de 1998 A. 10329 y 22 de diciembre de 1998 RJ 9814, 14 de mayo de 1999 RJ 5396, 19 de mayo de 2000 RJ 969, 22 de septiembre de 2000 TOL 7202, 16 de junio de 2001 TOL 26870, 9 de marzo de 2001 TOL 104.664, 15 de abril de 2002 TOL 162224, 29 de junio de 2002 RJ 6728, 21 de octubre de 2002 RJ 10808, 15 de noviembre de 2002 RJ 10489, 13 de junio de 2003 TOL 305.472, 18 de septiembre de 2003 TOL 316.506, 5 de abril de 2004 RJ 3434, 28 de junio de 2004 RJ 4830, 3 de febrero de 2005 TOL 619.663, 3 de marzo de 2005 RJ 121.288, 14 de junio de 2006 TOL 964.518.

otros supuestos similares⁴¹. Lo que ha llevado a la doctrina a denominar estos supuestos donaciones altruistas o compasivas⁴².

- Que se trate de cantidades mínimas.

El fundamento de la impunidad, como ya se ha indicado, viene determinado porque, aun cuando se trate de actos de tráfico, estos no producen difusión de las drogas entre terceras personas indeterminadas, que es el resultado final que se pretende impedir y que se prohíbe en el art. 368⁴³.

Volviendo al punto de vista del peligro para la salud pública, éste aparece excluido, no tanto porque no se pretenda crear un peligro para la salud del destinatario de la droga sino procurar, por el contrario, la recuperación del mismo controlando y disminuyendo su adicción, cuanto, sobre todo, porque la "facilitación" que se produce no está dirigida a un grupo indeterminado y fungible de personas, sino a una determinada, excluyendo expresamente que la droga llegue a terceros⁴⁴.

Este fundamento explica que en algunas sentencias del Tribunal supremo, que comparten esta doctrina, se declare la punibilidad cuando la entrega de la droga, aun efectuada con esos fines, se haga de forma que no garantice su no difusión entre terceras personas distintas a la que se pretende auxiliar.

⁴¹ La STS de 22 de septiembre de 2000 TOL 7207 alude por primera vez a estas finalidades cuando afirma que aunque es difícil decir en síntesis cuáles son estos casos, podemos hacer los siguientes grupos de supuestos en que la doctrina de esta Sala viene pronunciado sentencias absolutorias: el suministro de droga a una persona allegada para aliviar de inmediato un síndrome de abstinencia, para evitar los riesgos de un consumo clandestino en malas condiciones de salubridad, para procurar su gradual deshabitación, o en supuestos similares. En el mismo sentido la STS de 18 de julio de 2001 RJ 6870 y el Auto del TS de 3 de enero de 2005 JUR 121288.

⁴² DOPICO GÓMEZ-ALLER. op. cit, p. 65 y ss.

⁴³ Para REY HUIDOBRO. op. cit., p. 633, estos casos no son típicos por falta del elemento subjetivo de lo injusto del ánimo de promover, favorecer o facilitar el consumo de sustancias prohibidas. Sin embargo, como ya hemos indicado, la exclusión de la tipicidad se fundamenta en la inexistencia del peligro de difusión, de facilitación o de promoción del consumo entre terceras personas, que es un elemento del tipo objetivo. La no realización del tipo objetivo hace innecesario el examen del tipo subjetivo.

⁴⁴ La STS de 14 de mayo de 1999 RJ 5396 afirma que en esos casos falta evidentemente el sustrato de antijuricidad pues no existe entonces posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadas, lo que lleva a la ausencia del peligro más arriba dicho. La STS 29 de junio de 2002 RJ 6728 alude a que en estos casos falta el necesario elemento de riesgo de consumo indiscriminado de la droga y su consecuente peligro abstracto para la salud pública. En el mismo sentido la STS de 15 de noviembre de 2002 RJ 10480 excluye de la órbita del Derecho penal estos supuestos de entrega altruista o compasiva siempre que esté eliminada o muy reducida la posibilidad de difusión entre otras personas. Así también las SSTS de 9 de diciembre de 2012 TOL 229.716, 12 de marzo de 2004 TOL 365.525, 28 de junio de 2004 RJ 4830, 12 de enero de 2005 TOL 405.445 y 3 de febrero de 2005 Tol 619.662.

Así, la doctrina mayoritaria del Tribunal supremo declara típica la donación de droga a un familiar cuando se produce en un centro penitenciario porque "*al no tratarse de entrega directa ni por tanto consumo inmediato no podía controlarse el peligro de difusión a terceros*", "*no está el donante en una especie de posición de garante al no poder observar el consumo inmediato*"⁴⁵ o porque "*la cantidad y pluralidad de la sustancia significa en sí misma más posibilidades de "corte" que facilita grandemente la ampliación de su difusión*"⁴⁶, o por negar la finalidad altruista en base a que en los centros penitenciarios existen los servicios médicos necesarios para tratar el síndrome de abstinencia o asistir a su rehabilitación personal⁴⁷.

Una línea minoritaria de la Sala 2ª del Tribunal supremo admite la atipicidad de las donaciones en centros penitenciarios o centros de detención, aun cuando el consumo no se haga en presencia del donante, siempre que por las circunstancias del caso concreto se pueda afirmar que no existe la posibilidad de difusión entre terceras personas, o que tal posibilidad es muy reducida, lo que deduce de la escasa cantidad de droga que se pretendía hacer llegar en relación con el consumo habitual del drogadicto⁴⁸.

Podemos resumir esta línea jurisprudencial mayoritaria diciendo que el delito de tráfico de drogas se concibe como un tipo que, si bien no reclama, a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro concreto, la producción de un peligro efectivo, sí exige una acción apta para producir un peligro para la salud pública como elemento integrante del tipo del delito, es decir, una acción apta para difundir indiscriminadamente la droga.

Esta línea jurisprudencial ha sido, no obstante, contestada en otras resoluciones que van a cuestionar el entendimiento del tipo tal como se ha expresado anteriormente. En esta tesis, minoritaria, el Tribunal supremo considera que "*la entrega de la sustancia*

⁴⁵ SSTS de 23 de diciembre de 1995 RJ 9551, 3 de febrero de 1997 RJ 690, 18 de mayo de 1997 RJ 4022, 11 de junio de 1997 RJ 5600, 14 de julio de 1997 RJ 5591, 22 de diciembre de 1998 TOL 78170, 26 de enero de 2009 RJ 1388, 29 de julio de 2011 RJ 6445.

⁴⁶ SSTS 8 de febrero de 1996 RJ 813, 3 de noviembre de 1997 RJ 79901, 15 de noviembre de 2002 RJ 10480, 22 de diciembre de 2004 RJ 397.

⁴⁷ Ponen en duda la finalidad altruista de estas entregas las SSTS de 29 de enero de 1996 RJ 151, 12 de diciembre de 1998 TOL 78.170, 16 de junio de 2001 RJ 6870, 15 de abril de 2002 TOL 162.224, 15 de noviembre de 2002 RJ 10489, 12 de diciembre de 2004 RJ 397.

⁴⁸ SSTS de 25 de enero de 1996 RJ 296, 16 de septiembre de 1996 RJ 6617, 14 de junio de 1997 RJ 4717, 10 de octubre de 1997 RJ 6976, 4 de diciembre de 1997 RJ 8716, 22 de enero de 1998 RJ 48, 19 de mayo de 2000 RJ 4963, 9 de julio de 2001 TOL 104.664., 29 de junio de 2002 RJ 6728, 5 de abril de 2004 RJ 3434, 28 de junio de 2004 RJ 4830, 3 de febrero de 2005 TOL 19.663.

de tal clase, cualquiera que sea la intención que la preside e incluso la de ayudarlo para calmar su estado de carencia, constituye el ilícito penal del art. 344⁴⁹.

El fundamento de esta línea interpretativa radica en considerar que *"no se auxilia al que vive momentos de alteración por drogadicción, aunque sean previos al síndrome de abstinencia, de la forma en que procedió la encartada - entrega de pequeñas cantidades de droga - , sino con el correspondiente tratamiento médico a que se le debe someter, pues facilitar más droga en tales casos propicia el mantenimiento de la dependencia, y lo que puede ser peor, el abandono del tratamiento curativo que se siga o la ruina completa de la persona que se pretende auxiliar"*⁵⁰. A este argumento se recurre adicionalmente para excluir la tesis de la atipicidad de la donación en centros penitenciarios, aludiendo a que *"no es con la droga con lo que el drogadicto se cura, sino sometiéndolo a los oportunos tratamientos médicos o farmacológicos, con los que podía contar en el centro penitenciario"*⁵¹.

Esta argumentación jurídica ha sido combatida recientemente en varias sentencias del Tribunal supremo. Las SSTS de 16 de septiembre de 1996, de 20 de julio de 1998 y de 14 de mayo de 1999⁵² afirman que *"el supuesto concreto en el que el toxicómano se ve inmerso, pronto para la explosión mental que el síndrome de abstinencia representa, no se soluciona de inmediato con tratamientos médicos ni, por el contrario, se agrava la dependencia porque se busquen remedios urgentes e inmediatos. Otra cosa es que agotada esta vía excepcional, no se aborden después los medios que la Medicina ofrece al respecto"*. Al mismo tiempo, como indicamos, otro conjunto de sentencias afirman la atipicidad de la entrega de droga en centros penitenciarios siempre que se den las condiciones que descarten la posibilidad de difusión de la droga entre terceros⁵³.

c. El reconocimiento jurisprudencial de la atipicidad en los supuestos tanto de consumo compartido como de entregas altruistas o compasivas, como hemos visto, ha

⁴⁹ Así las SSTS de 11 de junio de 1992 RJ 5200, 1 de octubre de 1993 RJ 8093, 14 de octubre de 1994 RJ 7916, 29 de enero de 1999 RJ 151, lo que ha llevado a GONZÁLEZ ZORRILLA. op. cit., pp. 268-269 a afirmar que tal situación crea inseguridad jurídica.

⁵⁰ STS de 29 de enero de 1996 RJ 151.

⁵¹ Véase nota 47.

⁵² RRJJ 6617, 5998 y 5396, respectivamente.

⁵³ Véase la nota 48 y SSTS 25 de enero de 1996 A. 296, 16 de septiembre de 1996 A. 6617, 14 de junio de 1997 A. 4717, 10 de octubre de 1997 A. 6976, 4 de diciembre de 1997 A. 8716, 22 de enero de 1998 A. 48.

venido condicionado a que en cada caso concorra una serie de circunstancias de las que pueda fundamentarse que la acción no es peligrosa para la salud pública, lo que acontece cuando no existe posibilidad de difusión de la droga entre terceras personas indiscriminadamente. Ello se ha plasmado en la exigencia de una serie de requisitos, con dos líneas de interpretación sobre la necesidad de su concurrencia. La posición mayoritaria de la jurisprudencia, partiendo del carácter excepcional de la atipicidad en estos supuestos, realiza una interpretación sumamente restrictiva, de manera que la atipicidad se encuentra sujeta a la estricta observancia de los requisitos exigidos⁵⁴. Los requisitos no se conciben como circunstancias de las que se deduce la existencia o no de la peligrosidad de la acción para la salud pública, sino como requisitos legales precisos para excluir la tipicidad de la conducta.

Así la STS de 24 de julio de 2002⁵⁵ declara que, *como rigurosa excepción, la doctrina de esta Sala ha declarado impune el consumo compartido entre adictos... La misma jurisprudencia ha alertado insistentemente advirtiendo que la citada impunidad sólo puede ser reconocida con suma cautela... y a tales efectos, la atipicidad de consumo compartido... se encuentra sujeta a la estricta observancia de determinados requisitos que han sido reiteradamente exigidos por la doctrina jurisprudencial de esta Sala.*

Otra línea jurisprudencial más razonable rechaza el entendimiento de los citados requisitos como reglas fijas y precisas para la atipicidad, y los concibe como indicadores que han de valorarse desde el concreto análisis de cada caso, y que permiten deducir si se deriva o no un riesgo para la salud de terceros⁵⁶. Por tanto, la concurrencia de cada

⁵⁴ Desde un principio esta jurisprudencia ha considerado que la donación o entrega gratuita de la droga es una conducta delictiva pues favorece o facilita su consumo y solo excepcionalmente esa entrega será atípica, requiriéndose para ello la exclusión de todo peligro para el bien jurídico de la salud pública. De ahí que reiteradamente señale que la doctrina de la atipicidad debe aplicarse de forma excepcional y restrictiva. Véanse, entre otras, las SSTS de 26 de mayo de 2002 TOL 405.737, 22 de diciembre de 1998 RJ 10323, 3 de febrero de 1999 RJ 967, 15 de abril de 2002 TOL 162.224, 13 de junio de 2003 TOL 305.472, 20 de octubre de 2008 TOL 401.658, 19 de enero de 2009 TOL 1.448.777, 23 de septiembre de 2011 TOL 2.287.184. Tal aplicación restrictiva se justifica por la gravedad del delito de tráfico de drogas y por el peligro de que una opinión distinta *pueda traducirse en una especie de patente de corso que evite la sanción de delitos de tanta gravedad* (STS de 10 de noviembre de 2005 RJ 7830) o *en una carta de impunidad que evite la sanción de delitos de tanta gravedad* (STS de 19 de enero de 2009 TOL 1448.777) o porque *se corre el riesgo de abrir una forzada puerta de impunidad a hechos delictivos de singular gravedad* (STS de 18 de marzo de 2009 TOL 1494.569).

⁵⁵ TOL 203.217

⁵⁶ Desde el año 2000 se ha venido manteniendo esta línea jurisprudencial hasta la actualidad. Véanse las SSTS de 30 de mayo de 2000 TOL 273.365, 17 de febrero de 2003 TOL 265.597, 14 de junio de 2004 TOL 483.732, 3 de febrero de 2005 TOL 619.663, 30 de junio de 2006 TOL 964.498. 11 de noviembre de 2009 TOL 1.726.694, 9 de febrero de 2009 TOL 1.792.998, 23 de diciembre de 2011 TOL

uno de los requisitos que se establecen *no puede ser analizada desde un estricto contenido formal, como si fuera un test de concurrencia*⁵⁷, pues lo relevante es que ese consumo o entrega sea realizado sin promover el consumo entre terceras personas. Tal entendimiento de los requisitos como indicios que permiten fundamentar que queda excluido el peligro para la salud pública, esto es, que en el caso concreto no existe posibilidad de difusión de la drogas entre terceras personas, permite una interpretación adecuada al fundamento de la atipicidad. En definitiva, lo relevante no es la concurrencia formal de todos los requisitos, sino si del análisis del supuesto de hecho se deriva o no un riesgo para la salud de terceros.

Desde este entendimiento se han flexibilizado los requisitos exigidos.

En concreto, la exigencia de que el consumo se realice en un lugar cerrado se ha entendido como que lo relevante es evitar la ostentación del consumo que pudiera determinar un riesgo de consumo indiscriminado. Lo que ha llevado a considerar lugar cerrado una discoteca, la calle de madrugada, un edificio o un bar⁵⁸.

Igual ocurre con la exigencia de que se trate de un consumo esporádico, que se interpreta en el sentido de que tal requisito lo que trata es de excluir de este supuesto de atipicidad las actuaciones repetidas en el tiempo que se enmarcan alrededor de un proveedor habitual, y se entiende como que el consumo se realice sin trascendencia social⁵⁹.

2.045.217, 20 de abril de 2011 TOL 2.117.312. Todas interpretan la exigencia de los requisitos desde el fundamento de la atipicidad y señalan que lo relevante es si del análisis del supuesto se deriva un riesgo para la salud de terceros.

⁵⁷ STS de 30 de junio de 2006 TOL 964.498.

⁵⁸ En este sentido la STS de 30 de mayo de 2000 TOL 273.365 afirma que toda discoteca es un lugar público pero el riesgo de poder ser advertido por terceros, aunque existente no puede magnificarse por la ínsita dificultad derivada de la oscuridad de tales recintos, por otra parte supondría un desconocimiento de las costumbres del consumo exigir que este sea exclusivamente en domicilios particulares para estimar la atipicidad, la de 17 de febrero de 2003 TOL 265.597 estima que un consumo en una discoteca da cumplimiento al requisito de lugar cerrado, elimina toda trascendencia social del consumo y da igualmente cumplimiento al requisito de evitar toda difusión en unos términos de razonabilidad compatibles con el patrón de consumo que ofrece tal droga, pues el escenario habitual del mismo suelen ser centros de diversión. En otro caso podría quedar vacía de contenido la atipicidad de esta figura. Así también la STS de 9 de febrero de 2010 TOL 1.792.998. La STS de 12 de febrero de 2010 TOL 1.792.996 no ve obstáculo para aplicar la doctrina del consumo compartido por el hecho de que el escenario de la entrega y del consumo sea la calle, dado que se trata de las 4.45 de la madrugada, la STS de 27 de septiembre de 1993 TOL 401.325 aplica el consumo compartido aun cuando el consumo no sea en un domicilio sino en un edificio y la de 30 de junio de 2006 TOL 964.498 lo aplica aun cuando el consumo se realice en un bar.

⁵⁹ Así las SSTS de 20 de marzo de 2003 RJ 2759, 30 de abril de 2003 TOL 274.589, 29 de abril de 2005 TOL 725.643, 1 de julio de 2005 RJ 8983, 19 de septiembre de 2005 RJ 8669, 11 de noviembre de 2009 TOL 1.726.694.

Por lo que se refiere a que se trate de cantidades mínimas, se ha interpretado que tal exigencia no se puede cuantificar en abstracto, prescindiendo del número de potenciales consumidores, sino que hay que fijarlo en función del número de componentes de la reunión⁶⁰.

Por último, en cuanto al consumo inmediato se interpreta que no puede restringirse tanto que exija que la droga tenga que ser consumida en un solo acto, sino que lo relevante es si por la cantidad de droga puede inferirse que estaba destinada al tráfico⁶¹.

11. La **autoorganización del consumo**, dados los objetivos que pretende y siempre que tenga lugar en las circunstancias que pasaremos a exponer, contiene igualmente las notas precisas para considerarse un comportamiento no incluido en el tipo básico del artículo 368.

a. **Objetivos** generales de la autoorganización del consumo son tres:

En primer lugar, desvincular el consumo de drogas del tráfico u oferta ilícitos, mediante la gestión por los propios consumidores del ciclo completo de producción y distribución de la droga.

En segundo lugar, impedir una difusión indiscriminada de la droga, mediante su distribución entre un colectivo cerrado y delimitado de personas.

En tercer lugar, garantizar un consumo controlado y responsable de la droga, mediante el aseguramiento de la calidad de la sustancia, la prevención de consumos abusivos, y su realización en un contexto socialmente normalizado.

b. Tales objetivos son coherentes con la **protección de la salud pública y la seguridad ciudadana**.

i. Se emancipa la demanda de drogas de su control por la oferta:

⁶⁰ En este sentido las SSTS de 17 de febrero de 2003 TOL 265.597, 9 de julio de 2003 RJ 6027, voto particular de Martín Pallín en STS de 11 de septiembre de 2009 TOL 1.726.694, 9 de febrero de 2010 TOL 1.792.998.

⁶¹ SSTS de 30 de mayo de 2000 TOL 273.365, 14 de junio de 2004 TOL 483.732, 30 de junio de 2006 TOL 964.498 y 9 de febrero de 2010 TOL 1.792.998.

- Sin perjuicio de ser conscientes de que estamos ante una iniciativa de efectos limitados, la autoorganización del consumo tiende a socavar la posición oligopolista de acaparamiento del mercado por los traficantes de droga, lo que debilita su posición mercantil. Tal efecto, por confinado que esté a ciertos tipos de droga o número de consumidores, está en línea con las predominantes preocupaciones internacionales sobre el poder de los narcotraficantes y la necesidad de desapoderarles.

- Además, se saca al consumidor del circuito ilegal. Ello previene, entre otras cosas, la entrada en contacto de los consumidores con organizaciones o ámbitos delictivos, así como la aparición de consumidores delincuentes funcionales por el apremio en obtener los recursos necesarios para seguir consumiendo droga. Es bien sabido que estos y otros fenómenos próximos dificultan notablemente los esfuerzos de las instituciones y los movimientos sociales encaminados a prevenir el abuso de drogas.

ii. Se previene que la droga se difunda en todo caso de manera indiscriminada en la sociedad sin diferenciación de personas ni tipos de consumo:

- Al difundirse la droga entre un círculo cerrado de personas, previamente singularizadas e identificadas, y a las que les une el interés común en consumir droga en condiciones seguras y socialmente normalizadas, se logra en primer lugar desactivar el peligro común propio de los delitos de tráfico de drogas⁶². De este modo se abre una alternativa a consumos descontrolados de ellas.

- Se potencia la eficacia de las intervenciones preventivas o sanitarias sobre consumidores de drogas, al poder en este caso constituir blanco de esas actuaciones un colectivo acotado y bien identificado.

iii. Se atenúan los riesgos y costes ligados al consumo de drogas:

- La asunción por la autogestión del consumo de la tarea de asegurar la calidad de la sustancia y un consumo responsable y normalizado produce efectos positivos sobre la salud de los consumidores de droga, y aligera la carga que el consumo abusivo de drogas ocasiona sobre la estructura sanitaria pública, liberando recursos para otros fines.

⁶² Véase lo dicho en apartado 3.a.

- La posibilidad de obtener y consumir droga en un entorno controlado y normalizado previene la aparición de bolsas de marginación social, ligadas a consumos abusivos o en un contexto socialmente desorganizado.

iv. En cualquier caso estos efectos protectores de la salud pública y la seguridad ciudadana se enmarcan en la creciente asunción por los organismos internacionales competentes de que, tras décadas de prohibicionismo, no se ha logrado reducir de una manera significativa la demanda de drogas y que se precisan nuevas aproximaciones al problema⁶³.

12. Ahora bien, para que la autoorganización del consumo pueda estimarse como un conjunto de comportamientos no incluidos en el tipo del artículo 368 del Código Penal es preciso que se ejecute en unas circunstancias precisas, que aseguren que se satisfacen los plausibles objetivos pretendidos. A continuación pasamos a enumerar aquellas **condiciones operativas** que nos parecen imprescindibles.

a. Los **integrantes del círculo** de sujetos autoorganizados.

Una cuestión sin duda importante es determinar quiénes pueden formar parte de ese círculo cerrado de personas que decide autogestionar de una manera responsable su propio consumo de drogas.

Estimamos que el núcleo de la asociación debe estar constituido por **consumidores estables no abusivos**, debidamente acreditados como tales. El que ellos

⁶³ La Declaración Política de la Comisión de Estupefacientes del 52 periodo de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (E/CN/7/2009/nº 2) reconoce expresamente el fracaso de la política criminal de drogas en eliminar o reducir sensiblemente el tráfico y el consumo de drogas ilegales. Por otra parte, el Parlamento Europeo en su Recomendación al Consejo sobre la Estrategia Europea en materia de lucha contra las drogas (Informe sobre una propuesta de Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre la Estrategia europea en materia de lucha contra la droga (2005-2012) (2004/2221(INI). Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. Parlamento Europeo. FINAL A6-0067/2004), de forma contundente reconoce el fracaso de la política europea en la lucha contra las drogas y propone “*unos medios totalmente distintos de los indicados para conseguir el objetivo general del proyecto de Estrategia de la Unión, dando prioridad a la protección de la vida y de la salud de los consumidores de sustancias ilícitas, a la mejora de su bienestar y protección, con un planteamiento equilibrado e integrado del problema, ya que los propuestos son inadecuados*”. En el mismo sentido, la Decisión Marco del Consejo relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas (Consejo de la Unión Europea DG H II 279/04, de 20 de septiembre de 2004) excluye de las conductas que deben ser castigadas penalmente la posesión, la adquisición o el cultivo con fines de consumo personal.

conformen la mayoría de la asociación es una garantía de que se van a mantener los objetivos generales de la autoorganización del consumo ya indicados. Se trata de personas que han sido capaces de desarrollar en condiciones adversas, debido a su inevitable contacto precedente con la oferta ilícita, pautas de consumo responsable: Están familiarizados con el consumo de la sustancia, y no padecen la compulsión propia de la adicción o el consumo abusivo. En tales condiciones, el que sean consumidores ocasionales o reiterativos carece de importancia.

En cierta medida, además, se identifican con el concepto jurisprudencial de consumidor acorde con las pautas de consumo de cada droga, consumidor, por definición, no abusivo⁶⁴.

Consideramos que igualmente pueden formar parte de esa asociación autogestionaria del consumo **consumidores abusivos o adictos**. Dentro de los objetivos de estas asociaciones está el promover un consumo responsable y socialmente normalizado de la droga, por lo que no se alcanzaría a comprender por qué debiéramos renunciar a que estas asociaciones, con fácil y poco problemático acceso a esas personas, no pudieran aportar sus capacidades para atraer a tales consumidores hacia un consumo controlado de las sustancias. En todo caso, los consumidores abusivos o adictos en ningún momento debieran ser algo más que una clara minoría de los miembros de la asociación, y estarían privados, mientras siguieran con sus pautas de consumo, del acceso a órganos representativos, de responsabilidad o de gestión. En último término se trata de asegurar que sus pautas de consumo no condicionen el modo de operar de la estructura organizativa.

Se plantea la cuestión de si podrían formar parte de la asociación **nuevos consumidores**. Con ese término nos referimos a personas que han decidido iniciar el consumo de droga por la razón que sea -terapéutica, recreativa...- pero que no han tenido aún esa experiencia o la han tenido de un modo excepcional.

Surge el interrogante de si su admisión en el círculo de sujetos autoorganizados constituirá una conducta típica. En la medida en que con su admisión en el círculo se facilita al sujeto el consumo de la sustancia por primera vez, se podría ver en el hecho

⁶⁴ El consumo diario de cada droga para un toxicómano viene siendo fijado por la jurisprudencia a partir del criterio del Informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001, aceptado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal supremo de 19 de octubre de 2001 (JUR 77558). Véase la distinción entre adicto y mero consumidor habitual en la nota 28.

de la admisión un comportamiento de fomento de la difusión indiscriminada de la droga entre cualesquiera personas por parte de los integrantes de la asociación.

Sin embargo, somos de la opinión de que, siempre que la decisión del nuevo consumidor de integrarse en el círculo para consumir droga de una manera controlada sea producto de una decisión espontánea y autónoma, no debería haber problemas. El carácter espontáneo de la decisión implica que esta no es producto de actividades de incitación al consumo por parte de la asociación, ni de captación de socios para el consumo en su seno, y su cualidad de autónoma supone que se adopta sin que concurren circunstancias excepcionales que condicionen notablemente su proceso de motivación.

Ciertamente, la admisión en el círculo del nuevo consumidor facilita su consumo de drogas, pero no de manera sustancialmente distinta a como lo hace respecto a consumidores estables o adictos. La diferencia radica en que, mientras estos últimos han tomado la decisión de consumir droga y han ejecutado esa decisión con anterioridad, el nuevo consumidor también ha tomado esa decisión, pero aún no la ha ejecutado.

Lo decisivo es si esa admisión supone que la asociación difunde droga de manera indiscriminada entre cualesquiera personas. No creemos que este sea el caso cuando alguien que ha decidido consumir droga de un modo responsable se muestra dispuesto a someterse a un proceso individualizado de admisión en una estructura organizativa y a someterse a las reglas de interacción social y consumo propias de la asociación.

En todo caso, parece sensato cerrar el paso a este tipo de socios hasta que la asociación esté consolidada, y las pautas de distribución y consumo de la sustancia entre los socios aparezcan bien asentadas.

b. La **estructura asociativa** de la autoorganización del consumo.

La estructura asociativa que ha de permitir la autoorganización del consumo debe configurarse de modo que prevenga, tanto la difusión indiscriminada de la droga a cualesquiera personas susceptibles de consumirla, como el fomento de consumos que puedan considerarse ilegales. En suma, se ha de garantizar una actividad social sustancialmente cerrada sobre sí misma.

Sin perjuicio de profundizar más adelante en cada uno de los aspectos que vamos a aludir, notas esenciales de esa estructura asociativa convendría que fueran los siguientes:

- La modalidad social que parece más adecuada para este tipo de agrupación sería la de sociedad cooperativa de consumidores y usuarios⁶⁵.

- El objeto social será facilitar un consumo controlado y responsable de droga, en los términos antes indicados, entre los cooperativistas. A tal fin, la asociación perseguirá controlar el ciclo completo de producción, distribución y consumo de la droga⁶⁶.

- La sociedad cooperativa se constituirá como entidad sin ánimo de lucro, a cuyo efecto se acomodará a las previsiones legales correspondientes⁶⁷. Las aportaciones sociales no darán derecho a devengo de intereses ni a remuneración.

- A los efectos de incrementar la eficacia en la obtención de sus objetivos, y prevenir efectos indeseados, la actividad social de cada sociedad cooperativa de consumidores se especializará en un determinado tipo de sustancia estupefaciente o psicotrópica, con independencia de que su preparación, o administración por los consumidores, pueda variar.

- La sociedad cooperativa de consumidores y usuarios estará constituida únicamente por personas físicas, en calidad de socios, socios de trabajo o socios colaboradores⁶⁸.

- La actividad social cooperativizada, destinada en último término a facilitar un consumo responsable y controlado de la droga, deberá repercutir exclusivamente sobre los socios de la cooperativa.

c. Las **actividades del ciclo de la droga** a realizar.

- Como ya hemos señalado, uno de los objetivos primordiales de la autoorganización del consumo es reducir al mínimo el **contacto con la oferta ilícita** de droga en sus diferentes fases. Para ello la asociación intentará asumir el mayor número

⁶⁵ Véanse en general las previsiones de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas -en adelante LC-, y en especial el artículo 88.

⁶⁶ En línea con lo establecido en artículo 88 LC.

⁶⁷ Véanse Disposiciones adicionales primera y novena de LC.

⁶⁸ Véase capítulo III del Título I de LC.

posible de actividades relacionadas con el ciclo de producción y distribución de la droga.

La situación preferible sería aquella en la que la sociedad cooperativa no precise entrar en contacto con el tráfico ilícito en ningún momento, por estar en condiciones de iniciar ella misma el ciclo de producción⁶⁹. En cualquier caso, una vez asumida por la sociedad cooperativa una de las fases del ciclo, deberá estar en condiciones de proseguirlo hasta el momento de la distribución minorista entre sus socios. Es decir, no deberá entrar en contacto con la oferta ilícita para fases del ciclo posteriores a aquella en que la sociedad ya ha comenzado a intervenir. Por supuesto, la distribución minorista entre sus socios deberá ser siempre una de las actividades sociales.

- El **aprovisionamiento** de productos ligados a la producción, elaboración o distribución de la droga entre sus socios deberá realizarse en el mercado legal.

Conviene resaltar que las conductas de los proveedores de esos productos a la sociedad cooperativa no están abarcadas por el artículo 371 del Código Penal, y no son por ello típicas. Aun cuando podamos estar ante la fabricación, distribución, comercio... de equipos, materiales o sustancias de los contemplados en ese precepto sabiendo los proveedores que se van a utilizar en la elaboración de drogas, esa elaboración de drogas por parte de las asociaciones de consumidores no puede considerarse un cultivo, producción o fabricación *ilícitos*, que es lo que exige el precepto.

La ilicitud a la que se refiere el artículo 371 es, sin atisbo de duda, la ilicitud penal, dado que este precepto castiga conductas preparatorias de una participación en el tráfico ilícito penal de drogas del artículo 368⁷⁰. Y la autoorganización del consumo, como estamos intentando justificar en estas páginas, no constituye un ilícito penal.

A mayor abundamiento, puede faltar en los proveedores el dolo propio del tipo subjetivo del artículo 371, mencionado expresamente con el término “a sabiendas”, si desconocen el concreto destino de esos productos que suministran. Ese desconocimiento puede incluso fomentarse por los consumidores autogestionados, para anticiparse a interpretaciones legales incorrectas, mediante una actividad discreta de aprovisionamiento de esos productos.

⁶⁹ Sobre las consecuencias, desde el punto de vista de la ilicitud administrativa, de la entrada en contacto de la asociación con el tráfico ilícito, véase infra último apartado.

⁷⁰ De todos modos, sobre la ausencia, también, de ilicitud administrativa, véase último apartado.

- Los **trabajadores** de la asociación autogestionaria del consumo no serán autores o partícipes de un delito de tráfico de drogas.

Si tales trabajadores son socios de la cooperativa de consumidores estamos ante actividades propias de la autogestión del consumo por los mismos consumidores.

Si son trabajadores por cuenta ajena, contratados por la cooperativa de consumidores sin ser socios de ella, están prestando sus servicios en actividades de autoorganización del consumo que no son penalmente ilícitas. Ciertamente, si esos trabajadores se aprovechan de su puesto laboral para apoderarse de cierta cantidad de esas sustancias y difundirlas indiscriminadamente deberán responder de un delito de tráfico de drogas. Es más, un control insuficiente o defectuoso por los gestores de la asociación de esa posible actuación de sus empleados generaría responsabilidades, que podrían incluso llegar a ser penales. Ello sin perjuicio de la concurrencia de la recientemente introducida responsabilidad penal de las personas jurídicas, que transfiere la responsabilidad penal de las personas físicas a la persona jurídica⁷¹.

- Los eventuales **cobros** por parte de la sociedad **a sus socios** no insertan la actividad de la asociación en el ámbito de la oferta ilícita de drogas, ni, por tanto, constituyen conductas ilícitas penales.

Por lo que se refiere a las aportaciones obligatorias de los socios por el mero hecho de serlo, y que van destinadas a posibilitar la producción y distribución de droga entre sus socios consumidores⁷², son aportaciones a la autoorganización lícita del consumo.

La asociación podría asimismo establecer cuotas adicionales, ligadas a concretas dispensaciones minoristas de droga a sus socios, en todos los casos o en función de la frecuencia o cantidad⁷³ de droga suministrada. Pero tampoco esos cobros suponen un tráfico ilícito de la asociación. En el caso de que se prevea para cada dispensación minorista, puede entenderse como una cuota periódica⁷⁴ en función del consumo, algo coherente en una cooperativa de consumidores.

⁷¹ Véanse especialmente artículos 31 bis, 33.7, 66 bis, entre otros, del Código Penal. Sobre el tema, DíEZ RIPOLLÉS. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Regulación española" Indret. 2012.

⁷² Al margen del montante económico que se pueda destinar a los gastos de gestión de la asociación.

⁷³ Sobre estos aspectos, véase siguiente apartado.

⁷⁴ Véase artículo 52 LC.

Si solo se prevé para dispensaciones a socios que superen cierta frecuencia o cantidad, ha de quedar, ante todo, asegurado que esa frecuencia o cantidad no cuestionan los objetivos de la asociación de prevenir la difusión indiscriminada de la droga y de garantizar un consumo controlado y responsable de ella exclusivamente entre sus socios. Presupuesto lo anterior, esos cobros adicionales pueden seguir entendiéndose como una cuota periódica en función del consumo.

De todos modos es imprescindible que tanto las aportaciones sociales como las eventuales cuotas periódicas por consumo respondan estrictamente a las necesidades de funcionamiento de la sociedad para lograr sus objetivos, revirtiendo íntegramente en ella. La sociedad cooperativa no podrá distribuir beneficio alguno entre sus socios⁷⁵.

d. El **control** por la asociación **de la difusión y del consumo**.

- La manipulación de la droga en el seno de la sociedad debe realizarse en estrictas condiciones de control, con la meta de asegurar que **la droga no se difunda** fuera del colectivo societario ni, dentro de él, al margen de los procedimientos socialmente previstos.

En el primer sentido, y entre otras cautelas, se ha de garantizar que la distribución minorista a socios se haga en cantidades ajustadas a las pautas de consumo, con la finalidad de evitar remanentes de droga susceptibles de desviarse al tráfico ilícito. Además, los trabajadores no socios que tengan contacto con la droga no podrán disponer de cantidad de droga alguna para su consumo o distribución, lucrativa o no, fuera de la asociación.

En el segundo sentido se ha de prevenir la aparición, dentro de las instalaciones de la asociación, de suministros o consumos irregulares o espontáneos, sea de socios, sea de trabajadores por cuenta ajena o de cualquier otra persona que acceda a las instalaciones. En cuanto a los socios, deberá impedirse cualquier tipo de suministro de droga fuera de los procedimientos de distribución previstos. En el caso de que se habiliten en la asociación lugares para el consumo de la droga por los socios, el consumo deberá realizarse de acuerdo a las condiciones de consumo previstas por la asociación.

⁷⁵ Véase lo indicado en apartado 12. b.

Para conseguir estas finalidades la sociedad deberá implantar y desarrollar programas de cumplimiento que posibiliten la interrupción inmediata de la distribución de la droga, o del contacto con ella, en cuanto se detecte una difusión indebida de la sustancia.

- La sociedad debe asegurar asimismo un **consumo controlado y responsable** de la droga por sus socios.

En primer lugar, la droga distribuida a los socios debe tener unas cualidades que minimicen los riesgos sanitarios derivados de su consumo. Ello supone la procura de una sustancia de calidad y que su composición y presentación permita un consumo seguro de ella.

En segundo lugar, la droga debe suministrarse a los socios en condiciones que prevengan los consumos abusivos. Para ello, entre otras precauciones, se regularán las cantidades a suministrar y su periodicidad, y se interrumpirá el suministro en cuanto se detecte el inicio de consumos abusivos. Todo ello sin perjuicio de lo que sigue.

Se podrá suministrar droga a la minoría de socios consumidores abusivos o adictos bajo condiciones especiales. En ningún caso se les suministrará la droga en cantidades o con una periodicidad que fomente el incremento de la situación de abuso o adicción ya existente. Además, se tenderá a aproximar esos consumos a los propios de un consumo socialmente normalizado de la correspondiente droga. Por ejemplo, mediante estrategias de suministro que tiendan a espaciar los consumos, sin dejar de hacer atractiva la opción de obtener la droga dentro de la asociación; mediante actividades sociales que promuevan el contacto de esos socios con la mayoría de socios consumidores no abusivos; o a través de cualquier otra técnica acreditada en la reducción de consumos.

Por otra parte, la persistencia en una situación de abuso durante un periodo prolongado deberá ser comunicada a las autoridades sanitarias por los órganos de la asociación.

Al igual que para prevenir la difusión indebida, la asociación deberá implantar programas de cumplimiento que permitan detectar el inicio de consumos abusivos, o la persistencia excesiva en consumos abusivos preexistentes, a los efectos de tomar las medidas adecuadas.

IV. Cuestiones probatorias de la responsabilidad penal

13. El debido respeto al principio de **presunción de inocencia** hace que corresponda a la acusación probar que las conductas de autoorganización del consumo son típicas y antijurídicas.

Hemos de precisar que la, a nuestro juicio, licitud de estas conductas no deriva de que concurra una causa de atipicidad. Dicho de otro modo, no se trata de que estas conductas, en principio típicas, dejarían de serlo al tener lugar su realización en un determinado contexto que originaría su exclusión del tipo. Este modo de entender la relación de estas conductas con el artículo 368 sería el propio de las eximentes de la responsabilidad y exigiría que la causa de atipicidad, o eximente concurrente, hubiera de ser probada por la defensa⁷⁶.

Por el contrario, las conductas no se integran desde un principio en el tipo del artículo 368 porque, de acuerdo a los criterios de interpretación legal habituales, en especial el gramatical, el sistemático y el teleológico, no se corresponden con las conductas declaradas ilícitas en el precepto. En consecuencia ha de ser la acusación la que habrá de probar que esas, o cualesquiera otras conductas semejantes, se insertan en el tipo⁷⁷.

14. Como sabemos, las conductas serán típicas si promueven, favorecen o facilitan la difusión indiscriminada de la droga de un modo que pueda dar lugar a consumos indebidos. También conocemos que los actos de cultivo, elaboración o tráfico tienen a su favor una presunción legal de que promueven, favorecen o facilitan esa difusión indiscriminada que da lugar a esos consumos. Y que la presunción legal se extiende también a la posesión preordenada al cultivo, elaboración o tráfico.

⁷⁶ Así se ha manifestado una línea jurisprudencial (SSTS de 10 de noviembre de 2005 RJ 7830, 5 de diciembre de 2007 RJ 8672, 15 de diciembre de 2007 TOL 1.229.901) que viene a exigir que la falta de aptitud de la acción para difundir indiscriminadamente la droga sea probada por parte de quien lo alega. Recientemente la STS de 23 de septiembre de 2011 TOL 2.287.184 basa la sentencia condenatoria en que la defensa no ha acreditado los presupuestos del consumo compartido, de donde infiere que está probado que la tenencia de la droga es para distribuirla entre terceros y no para un consumo compartido. En el mismo sentido los Autos del TS de 7 de noviembre de 2005 JUR 454 y de 1 de diciembre de 2005 JUR 33701.

⁷⁷ Con más motivos descartamos que el problema se haya de resolver en el marco de una causa de justificación que habría de neutralizar la conducta ya típica. Véase al respecto, aunque la cuestión no es idéntica, lo que ya dijimos en apartado 7.a. En el mismo sentido contrario a dar por hecha la tipicidad, y precisar estas conductas de un permiso para ser lícitas, DOPICO GÓMEZ-ALLER op. cit. pp. 30, 93, entre otros lugares.

Presupuesto lo anterior, hemos de preguntarnos por la función procesal que desempeña, según los casos, la concurrencia de las condiciones de autoorganización del consumo más arriba indicadas:

- En relación con los comportamientos de **promoción, favorecimiento o facilitación en general**, corresponde a la acusación probar que las conductas de autoorganización del consumo se incluyen en el artículo 368 por originar una difusión indiscriminada de la droga susceptible de dar lugar a consumos indebidos. La ausencia de las condiciones de autoorganización del consumo más arriba recomendadas no fundamenta la hipótesis de cargo; esta habrá de fundamentarse en elementos de prueba propios, al margen de si están presentes o no esas condiciones. Ello sin perjuicio de que la presencia de algunas, casi todas, o todas las condiciones reseñadas aportará indicios en contra de la hipótesis de cargo.

- Respecto a los comportamientos más específicos de **cultivo, elaboración, tráfico, o posesión preordenada** a las conductas precedentes, la cualidad y número de las condiciones propuestas para la autoorganización del consumo efectivamente concurrentes funcionarán como indicios fundamentadores de la hipótesis de descargo. Esa hipótesis de descargo pretenderá desactivar la presunción legal de que tales conductas de cultivo, elaboración, etc... dan lugar a una difusión indiscriminada de la droga susceptible de generar consumos indebidos.

En consecuencia, presentes todas esas condiciones o la porción más relevante de ellas, será plausible concluir que tales actividades se han realizado de modo que no han sido aptas para difundir indiscriminadamente la droga en el sentido indicado, con lo que se desvirtuará la presunción legal.

En cualquier caso, la presunción legal se puede desvirtuar, igualmente, a través de otras pruebas, indiciarias o no. Es decir, esas condiciones de la autoorganización del consumo no pueden entenderse como unos requisitos legales precisos para excluir la tipicidad de la conducta, pues en tal caso incidiríamos en el error, prevenido en el apartado anterior, de considerarlas como integrantes de una especie de eximente de una conducta en principio típica⁷⁸.

⁷⁸ Realiza reiteradas y muy acertadas consideraciones sobre la improcedencia de invertir la carga de la prueba en relación con conductas cercanas a las aquí discutidas, y de transformar lo que son meros indicios que permiten averiguar la naturaleza de la conducta en requisitos legales propios de una eximente, DOPICO GÓMEZ-ALLER. op. cit. pp. 21-22, 28-35, 36-44, 49-56, 92-95. Véase el apartado 10.

V. Licitud administrativa del tráfico para autoabastecimiento

15. La conclusión de que las conductas de autoorganización del consumo, con los requisitos indicados, no infringirían la ley penal no nos exime de verificar si esas conductas constituirán ilícitos administrativos. En efecto, es admisible que conductas que no alcanzan el nivel de la ilicitud penal se puedan calificar, sin embargo, como ilícitas administrativas⁷⁹.

Ya hemos acreditado en páginas precedentes que en la legislación administrativa solo hay un par de supuestos, muy acotados, en que se califica como ilícito el consumo de drogas, y que solo para uno de ellos está prevista inequívocamente una sanción administrativa⁸⁰.

También se ha puesto de manifiesto que los términos uso y consumo, referidos a drogas, no son sinónimos. El uso abarca numerosas actividades distintas a la de consumo, y no siempre esta última actividad es susceptible de incluirse en el concepto más amplio de uso⁸¹.

16. Tras las aclaraciones precedentes, conviene ahora que nos preguntemos por cuál es el contexto y los objetivos de la legislación administrativa que regula directa o indirectamente las sustancias psicoactivas.

a. Objetivo primordial de la legislación administrativa específica sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas -LE y RD1977, singularmente- es regular, controlar y limitar la **oferta** de esas sustancias en la sociedad.

A tales efectos introduce importantes limitaciones en el conjunto de actividades encaminadas a colocar la droga a disposición de los consumidores, actividades que se extienden desde su producción hasta su dispensación minorista.

⁷⁹ Otra cosa es que, declarada lícita una conducta típica penal por concurrir una causa de justificación, a esos mismos argumentos justificadores no se les atribuya el efecto de transformar la conducta administrativa ilícita en lícita. Tal proceder iría en contra del principio de unidad del ordenamiento jurídico. Véase DÍEZ RIPOLLÉS. "La categoría de la antijuricidad en Derecho penal". Editorial B de F. 2ª edic. 2011. pp. 105 y ss.

⁸⁰ Véase lo dicho en apartado 7.d.

⁸¹ Véase lo dicho en apartado 7.c.

Ahora bien, sólo residual o indirectamente se ocupan tales leyes de regular, controlar o limitar la **demanda** de tales sustancias:

La LE tiene como un objetivo adicional a los señalados el control del consumo de estupefacientes por toxicómanos sometidos a tratamiento de deshabitación o desintoxicación -artículos 25 y ss.-, así como la intervención y vigilancia del consumo en general -artículo 5- y asegurar que los consumos con una finalidad determinada, para los que se ha autorizado el suministro o dispensación de la sustancia, no se realicen con otra finalidad sin obtener una nueva autorización -art. 22-.

Por su parte, el RD1977 carece de regulación alguna sobre el consumo.

Naturalmente, las precisiones anteriores no pueden ignorar que un estricto control de la oferta supone un control indirecto de la demanda.

b. Objetivos primordiales de la legislación general sobre medicamentos - LGURM- son regular y controlar la **oferta** de medicamentos a la sociedad.

En concreto, se mencionan dos objetivos generales: Asegurar la calidad, efectividad y seguridad de los medicamentos, a cuyos efectos la ley se centra en el control de la industria farmacéutica, entendida en sentido amplio. Promover un uso racional de ellos, para lo que dedica especial atención a reglamentar la actividad de los profesionales que prescriben o dispensan esos medicamentos. Ello se deduce fácilmente del Preámbulo, del artículo 1, y de los Títulos I, II Cap. 2, IV a VI y VIII.

Sólo indirectamente se regula la **demanda** de medicamentos en general. Es el caso del impulso de programas de educación sanitaria para evitar el uso incorrecto y prevenir el abuso de medicamentos -artículos 75.5, 77.9, 81.g-, de la regulación de la publicidad de medicamentos dirigidos al público en general -artículo 78-, de la protección de pacientes sometidos a ensayos clínicos -artículos 58 y ss.-, de las excepciones a las normas de comercio exterior si se trata de medicamentos para uso personal de viajeros -artículo 74-, y de la dispensación informada al paciente de medicamentos por farmacéuticos -artículo 84.1-.

En lo que se refiere específicamente a los medicamentos que contienen sustancias psicoactivas hay, ante todo, una remisión general a las restricciones derivadas de las obligaciones adquiridas con Naciones Unidas en relación con la lucha contra el

tráfico ilícito de estupefacientes y psicótrpos, tras precisar que las sustancias psicoactivas y los medicamentos que las contengan están incluidos en la LGURM -art. 49-. Más allá de eso, algún artículo establece requisitos especiales para la prescripción y dispensación de esos medicamentos -artículo 19.6-, y otros prohíben elaborar o distribuir muestras gratuitas -artículo 24.6- y hacer publicidad de tales medicamentos - artículo 78.1.c-.

En ningún caso se ocupa la LGURM de regular la demanda de medicamentos en general, ni la de medicamentos con sustancias psicoactivas en particular. Una buena prueba de ello es que en el catálogo de infracciones no hay una sola que tenga a los consumidores como sujetos activos –Título VIII-.

17. Como ya hemos señalado en pasajes anteriores⁸², las conductas de autoorganización del consumo se caracterizan precisamente por desvincular el consumo de drogas de la oferta ilícita, mediante la gestión por los propios consumidores del ciclo completo de producción y distribución de la droga.

En consecuencia, la legislación precedente solo les afecta tangencialmente, presupuesto que la autoorganización del consumo se realiza en condiciones que garantizan estrictamente que las sustancias no salgan fuera de ámbito de la demanda de ese colectivo cerrado. Lo que lleva a concluir que las conductas de autoorganización del consumo no son administrativamente ilícitas.

⁸² Véase especialmente apartados 11 y 12.

EL DERECHO PENAL DE MENORES EN EL CONTEXTO DE LA UNIÓN EUROPEA*

Susana Escobar Vélez

Investigadora de Derecho Penal

Universidad de León y Universidad EAFIT (Medellín, Colombia)

Resumen: En el trabajo se analiza la probabilidad y conveniencia de la unificación del tratamiento penal de la delincuencia juvenil en el ámbito de la Unión Europea. Para eso se parte de la exposición de los diferentes modelos de tratamiento que se han propuesto a lo largo de la historia, y se continúa con el análisis de los llamados “estándares mínimos internacionales”, del que se desprende que los mismos acogen en mayor medida los postulados del modelo de responsabilidad. Por último, se hace un recorrido por las legislaciones de los países miembros de la UE para identificar los puntos en común y aquellos en los que existen mayores divergencias. De ahí se deduce que una posible unificación se debate entre dos tendencias: una, que propende por el endurecimiento punitivo y que atiende a las demandas de seguridad de la sociedad; otra -que se defiende en el trabajo- más respetuosa de las garantías de los menores, guiada por los estándares internacionales y, en consecuencia, por el modelo de responsabilidad.

Palabras clave: Derecho penal juvenil; delincuencia juvenil; Unión Europea; modelos de tratamiento; modelo de responsabilidad; estándares mínimos internacionales; endurecimiento punitivo.

Abstract: This paper analyzes the probability and appropriateness of unifying the criminal treatment of juvenile delinquency in the European Union. For this purpose different treatment models are presented and "international minimum standards" are evaluated. Finally, a run through the legislations of the member countries of the EU is done to identify common ground as well as the points in which there are major differences. It follows that a possible unification is torn between two tendencies: one, which seeks punitive tightening and attends to the security demands of society, other -defended in this paper-, more respectful of the guarantees for minors, guided by international standards, and consequently, by the model of responsibility.

* Este trabajo fue realizado en la Universidad de León (España) con el apoyo del Programa de Formación Doctoral “Francisco José de Caldas”, financiado por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Colciencias), beca 20110328, y la Universidad EAFIT, y se inscribe en los proyectos de investigación SEJ2007-60312 (Ministerio de Educación, después Ministerio de Ciencia e Innovación de España), DER2010-16558 (Ministerio de Ciencia e Innovación, en parte con fondos FEDER), proyectos de los que es investigador principal el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo y de cuyo equipo investigador formo parte. Este trabajo se ha beneficiado también indirectamente de los proyectos de investigación LE017A08 y LE066A11-1 (Junta de Castilla y León), y de otro financiado por la Comunidad Foral de Navarra, proyectos de los que son investigadores principales el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo, en los dos primeros, y la Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales, en el último, y con cuyos equipos investigadores colaboro.

Keywords: Juvenile criminal law; juvenile delinquency; European Union; treatment models; model of responsibility; international minimum standards; punitive tightening.

Sumario: I. Introducción. II. Los modelos de tratamiento de la delincuencia juvenil: A) *Modelo punitivo o penitenciario*; B) *Modelo de protección o tutelar*; C) *Modelo educativo o rehabilitador*; D) *Modelo de responsabilidad o de justicia*. III. El contexto normativo internacional en el tratamiento del menor delincuente: los estándares mínimos internacionales: 1. Organización de las Naciones Unidas: A) *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia a menores o “Reglas de Beijing”*; B) *Convención sobre los derechos del niño*; C) *Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad o Reglas de Tokio*; D) *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil o “Directrices de Riad”*; E) *Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad o reglas de la Habana*; F) *Directrices de acción sobre el niño en el sistema de justicia penal del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas*. 2. Consejo de Europa: A) *Resolución (78) 62, sobre delincuencia juvenil y transformación social*; B) *Recomendación (87) 20, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil*; C) *Recomendación (88) 6, sobre las reacciones sociales ante el comportamiento delictivo de los jóvenes descendientes de familias migrantes*; D) *Recomendación (2000) 20, sobre el papel de una temprana intervención psicosocial en la prevención de la criminalidad*; E) *Recomendación (2003) 20, sobre las nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia de menores*; F) *Recomendación CM/R (2008) 11, sobre las Reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones y medidas*. 3. Balance del contexto normativo internacional. IV. El tratamiento de la delincuencia juvenil en los países miembros de la Unión Europea: A) *Límite mínimo de edad de responsabilidad penal*; B) *El concepto de delito*; C) *Respuestas frente al delito*. V. ¿Están dadas las condiciones para la armonización del tratamiento penal juvenil en la Unión Europea? VI. Bibliografía citada.

Abreviaturas

ADP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (citado por año).

CPC: Cuadernos de Política Criminal (citados por número y año).

EH-Gimbernat: Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Edisofer, Madrid, 2008.

La Ley: Revista Jurídica Española La Ley (citada por año y tomo anual).

LH-Landrove: Un Derecho penal comprometido: libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales (citada por número y año).

RDPC: Revista de Derecho Penal y Criminología (citada por número y año).

RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (citada por número y año).

I. Introducción

El denominado “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, previsto en el Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹ (en adelante TFUE), contempla, entre otros aspectos, el de la cooperación judicial en materia penal y la posibilidad de que el Parlamento Europeo y el Consejo establezcan normas mínimas para los Estados miembros, referidas a la definición de las infracciones penales y de las respectivas sanciones, en ámbitos delictivos especialmente graves y que tengan una dimensión transfronteriza². El art. 84 de este mismo texto normativo establece que ambas instituciones podrán adoptar medidas encaminadas a impulsar la actuación de los Estados miembros en la prevención de la delincuencia, pero excluye toda posibilidad de que realicen una “armonización de las disposiciones legales y reglamentarias” de dichos Estados.

De lo anterior se desprende que, en la actualidad, la competencia legislativa de la Unión Europea (en adelante UE) en el ámbito de la delincuencia juvenil es bastante restringida. En efecto, estamos ante un tipo de delincuencia que no puede ser calificada de especialmente grave y a la que no cabe atribuirle una dimensión transfronteriza, lo que la excluiría de la primera de las posibilidades señalada arriba, esto es, el establecimiento por parte del Parlamento Europeo y el Consejo, de normas mínimas referidas a la definición de las infracciones penales y sus sanciones. A ello se añade la exclusión que hace el art. 84 TFUE de la posibilidad de que el Parlamento o el Consejo armonicen las legislaciones internas en esta materia, lo que reduce la competencia

¹ Y que se ha ido desarrollando en los programas quinquenales de Tampere (1999-2004), La Haya (2004-2009) y Estocolmo (2010-2014).

² El art. 83.1 TFUE señala que estos ámbitos delictivos son “el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada”. Añade la posibilidad de que el Consejo adopte una decisión en la que incluya otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios de especial gravedad y dimensión transfronteriza, esta última “derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes”.

legislativa de la UE, en el ámbito de la delincuencia juvenil, a las medidas de apoyo a la actuación de los Estados en las tareas de prevención del delito³.

Sin embargo, que dicha competencia sea tan limitada no anula –ni mucho menos– la discusión en torno a la conveniencia o no de armonizar⁴ los ordenamientos internos frente al tratamiento dado al menor delincuente, ni frena las posibilidades de que esta armonización se logre, pues la misma puede conseguirse sin intervención legislativa de la UE, por ejemplo, a partir de los esfuerzos que realice cada uno de los Estados miembros para adaptar su legislación interna a los estándares mínimos internacionales.

De ahí que la discusión en torno a la armonización de la legislación penal juvenil en el entorno europeo siga abierta. Y esta discusión cobra hoy mayor vigencia cuando nos enfrentamos a dos posibles tendencias: una que obedece a los estándares mínimos internacionales, que centran su atención en el “interés superior del menor”⁵ y en los derechos y garantías que le asisten; otra que atiende principalmente a las demandas de seguridad de la sociedad frente al menor infractor, con el consecuente endurecimiento punitivo que dichas demandas suponen. A su vez, ambas tendencias responden, en mayor o menor medida, a diferentes modelos de tratamiento de la delincuencia juvenil propuestos a lo largo de la historia.

En este trabajo partiré de la descripción de esos modelos como pauta para el análisis de la normativa internacional y europea más relevante en materia de delincuencia juvenil. Luego me detendré en la regulación que de esta materia hacen los Estados miembros de la UE para extraer de ahí los puntos en los que existen más coincidencias y aquellos en los que se presentan las mayores divergencias. Finalmente,

³ Vid. GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 48. En todo caso no debe subestimarse la importancia de esta intervención en políticas de prevención pues, como pone de relieve GONZÁLEZ TASCÓN, éstas podrían dar paso a la intervención en políticas de tratamiento, entendidas también como formas de prevención del delito (48 s.). La prevención puede constituirse, en consecuencia, en puerta de entrada para una intervención más amplia de la UE en el ámbito de la delincuencia juvenil.

⁴ Utilizo el término “armonización” atendiendo a la distinción expuesta por TAMARIT SUMALLA, en: GARCÍA VALDÉS y otros (coords.), *EH-Gimbernat*, 2008, 1650. El autor explica que en función del grado de integración (entendiendo por integración “un conjunto de tendencias e impulsos de voluntades políticas emanadas de centros de poder diversos y desagregados”) puede hablarse de cooperación, reconocimiento mutuo, armonización y unificación. Esta última implicaría una jurisdicción supranacional, un DP europeo, “aplicado por un poder judicial europeo, con una Fiscalía europea y una policía europea”. Añade que la posibilidad de unificación parece lejana, y más adelante defiende, como pieza clave de una política criminal europea, la conducción del proceso de *armonización* en materia de sanciones penales sin que se establezca como objetivo la *unificación* (1663).

⁵ No abordo aquí la problemática que encierra la determinación de lo que debe entenderse por “interés superior del menor”, dado que la discusión desbordaría los límites de este trabajo.

y partiendo de ese contexto normativo, analizaré las posibilidades y también la conveniencia de una política común europea en el tratamiento de la delincuencia juvenil.

II. Los modelos de tratamiento de la delincuencia juvenil

Tal como expone MARTÍN LÓPEZ⁶, el tratamiento del menor delincuente se ha llevado a cabo a lo largo de la historia a través de diversos mecanismos y bajo diferentes criterios y principios que han llegado a perfilar unos modelos de intervención también muy diferentes entre sí. Estos modelos responden en gran medida a las condiciones económicas, sociales y culturales en las que surgen, y suelen plasmarse en las legislaciones de cada país y en los textos normativos internacionales, si bien es cierto que, como modelos que son, la opción por uno de ellos no se ve reflejada en las legislaciones de manera “pura” sino a partir de la incorporación de sus postulados más importantes, en combinación con los de otros modelos⁷.

Aquí me referiré, sucintamente, a los principales modelos de intervención y, en especial, al contexto en que estos surgieron y sus características y propuestas más relevantes. En mi opinión, y en esto sigo los planteamientos de GONZÁLEZ TASCÓN⁸, esta explicación de los diferentes modelos puede contribuir a la reflexión sobre el tratamiento de los menores delincuentes y puede servir también para evitar los errores cometidos en el pasado. Además, como señalé más arriba, el análisis de los modelos ayudará a identificar la evolución de la normativa –internacional, europea e interna- en esta materia y su opción por una determinada forma de intervención.

A) Modelo punitivo o penitenciario

Si bien suele abordarse el análisis de los modelos tomando como punto de partida el llamado “modelo de protección o tutelar”, considero importante aludir de manera previa al modelo punitivo o penitenciario, teniendo como referencia los

⁶ MARTÍN LÓPEZ, en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Responsabilidad penal de los menores*, 2001, 67.

⁷ Vid. GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 120. En igual sentido, MARTÍN LÓPEZ, en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Responsabilidad penal de los menores*, 2001, 68; CANO PAÑOS, *Futuro del Derecho penal juvenil europeo*, 2006, 131 s.

⁸ Vid. GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 120.

planteamientos de VÁZQUEZ GONZÁLEZ⁹. Aunque este autor no profundiza en las características del modelo, expone que surgió en una primera época –anterior, por tanto, a la del modelo de protección- que se corresponde con la de la Escuela clásica del Derecho penal (en adelante DP). Añade que para este modelo los menores eran “adultos en miniatura”, y en esa medida debían estar sometidos a las mismas reglas que los adultos. En aquellos supuestos en que el menor era declarado culpable se profería la condena respectiva, y la “máxima expresión de benignidad” era concederle una atenuación de la pena¹⁰.

El modelo punitivo fue sustituido por el de protección, al que me referiré enseguida, no sin antes advertir que, pese a haber sido aquél el primer modelo de intervención, hoy día –como se verá más adelante- las propuestas de endurecimiento punitivo están siendo reivindicadas por ciertos sectores sociales que pretenden acercar cada vez más la reacción penal frente a menores a la de los adultos. De ahí que haya elegido iniciar el análisis con la alusión a este primer modelo.

B) Modelo de protección o tutelar

El origen de este modelo¹¹ suele situarse a finales del siglo XIX y comienzos del XX, época en que las transformaciones producidas por la industrialización tuvieron repercusiones sociales muy negativas, sobre todo en las grandes ciudades, pues se produjo un considerable aumento de la pobreza y la marginación. Esta situación afectó

⁹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *Derecho penal juvenil*, 2ª, 2007, 143. También se refiere a este modelo, denominándolo “etapa pretutelar”, COLÁS TURÉGANO, en: CERVELLO DONDERIS/ COLÁS TURÉGANO, *La responsabilidad penal del menor de edad*, 2002, 15 s.

¹⁰ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *Derecho penal juvenil*, 2ª, 2007, 143.

¹¹ Para una explicación más detallada del origen, características, evolución y crisis del modelo tutelar remito a SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal*, 1998, 100 ss.; MARTÍN LÓPEZ, en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Responsabilidad penal de los menores*, 2001, 72 ss.; CRUZ BLANCA, *Derecho penal de menores*, 2002, 79 ss.; HERNÁNDEZ GALILEA, en: HERNÁNDEZ GALILEA (coord.), *El sistema español de justicia juvenil*, 2002, 46 ss.; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, 2003, 44 ss.; CANO PAÑOS, *Futuro del Derecho penal juvenil europeo*, 2006, 132 ss.; PÉREZ JIMÉNEZ, *Menores infractores*, 2006, 32 ss.; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *Derecho penal juvenil*, 2ª, 2007, 144 ss.; MAYORGA FERNÁNDEZ/MADRID VIVAR, en: RODRÍGUEZ GARCÍA/MAYORGA FERNÁNDEZ/MADRID VIVAR, *Los menores en un Estado de Derecho*, 2009, 91 ss.; GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 121 ss.

de manera especial a los niños y jóvenes, quienes en muchos casos se vieron abocados a la mendicidad o a la delincuencia de bagatela¹².

Dado que en esa época el tratamiento penal imperante para los menores era el propio de los adultos se buscó sustituirlo por un sistema diferente, encauzado a la protección y el bienestar del menor. Este sistema tuvo como base los postulados del positivismo criminológico y, en esa medida, al partir de la defensa del carácter determinista y la falta de libre albedrío del ser humano, la conducta incorrecta del menor se explicaba desde factores biológicos, psicológicos y/o sociales¹³. El menor no era visto como una persona responsable penalmente sino como un enfermo necesitado de curación. Por eso, más que perseguir su castigo, el principal objetivo era ofrecerle la ayuda o tratamiento para su curación. Bajo estas consideraciones de equiparar al menor con el enfermo o la persona vulnerable, el modelo no sólo tenía como destinatarios a los menores que delinquían sino también a aquellos que se encontraban en situación de peligro.

En consonancia con lo anterior, el modelo de protección ofrecía como respuesta medidas de seguridad de carácter indeterminado. Esto último, debido a la imposibilidad de preestablecer la clase de tratamiento y la duración que debía tener para lograr la “curación” del menor. Así mismo, estas medidas tenían como fundamento la peligrosidad y la personalidad del menor, su cumplimiento debía llevarse a cabo apartando al menor de su entorno habitual (que se consideraba nocivo), y su imposición era competencia de los “tribunales de niños”, integrados principalmente por personas ajenas a la carrera judicial pero con conocimientos sobre la situación de la infancia. La labor de estos tribunales era primordialmente protectora, educativa y de corrección, lo que les otorgaba un amplio arbitrio para la imposición de la medida. El procedimiento a través del cual se llegaba a esta imposición tenía más naturaleza civil que penal, y no estaba dotado de garantías procesales¹⁴.

¹² Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *Derecho penal juvenil*, 2ª, 2007, 144; GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 121 s.

¹³ En este sentido, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal*, 1998, 100 ss.; CRUZ BLANCA, *Derecho penal de menores*, 2002, 84; GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 123.

¹⁴ Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal*, 1998, 100 ss.; MARTÍN LÓPEZ, en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Responsabilidad penal de los menores*, 2001, 73; CRUZ BLANCA, *Derecho penal de menores*, 2002, 89; CANO PAÑOS, *Futuro del Derecho penal juvenil europeo*, 2006, 132; GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 124.

El modelo de protección o tutelar llegó a extenderse por toda Europa¹⁵ y prevaleció en el panorama jurídico internacional hasta el final de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, fue desplazado por otros modelos debido –entre otras causas- a la ineficacia del sistema judicial en razón a la amplitud del enfoque del modelo, pues los tribunales debían ocuparse de tres situaciones muy diferentes: la de los menores abandonados, la de aquellos que realizaban transgresiones no constitutivas de delito y la de los menores delincuentes. También, dentro de las razones de la crisis del modelo se encuentran la ausencia de garantías legales para los menores, que eran considerados sólo como objeto de educación y no como sujetos de derechos, y el efecto contraproducente de muchas de las medidas aplicadas¹⁶.

C) *Modelo educativo o rehabilitador*

Las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial trajeron consigo nuevas condiciones económicas, un aumento de las prestaciones sociales y una disminución en las tasas de delincuencia, todo esto en el contexto del llamado Estado de Bienestar. Este contexto motivó a que a finales de la década de los sesenta y comienzos de los setenta del pasado siglo surgiera en Estados Unidos una política basada en estudios criminológicos que advertían sobre el carácter episódico de la media de la delincuencia juvenil, y sobre los efectos contraproducentes de la justicia penal para el objetivo de la integración social del menor¹⁷.

¹⁵ En el caso de España, como explica MARTÍN LÓPEZ, en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Responsabilidad penal de los menores*, 2001, 73, el modelo tutelar “se positiva en la Ley de Bases de 2 de agosto de 1918 que crea los Tribunales para niños, que pasa al Texto Refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948”. Agrega que fue tanta la influencia del modelo de protección en esta ley, que en ella los menores de 16 años se equiparaban a los perturbados o enajenados y se consideraban inimputables, quedando sujetos a una jurisdicción tutelar que además era competente para conocer también de los supuestos de menores “prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos” pues su conducta era considerada predelictiva y reveladora de su peligrosidad y de la necesidad de intervención tutorial. En un sentido similar, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal*, 1998, 102 ss., afirma que en vigencia de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 “el sistema de selección de jueces de menores no reunía las garantías habituales (...). Tampoco el proceso había de someterse a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones, disponiendo el Tribunal de absoluta libertad en la instrucción y en la investigación para utilizar todos aquellos medios que juzgara más adecuados a la función tuitiva-correccional (...)” (103 s.).

¹⁶ Vid. MARTÍN LÓPEZ, en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Responsabilidad penal de los menores*, 2001, 76 ss.; GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 125 s.

¹⁷ GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 132.

Tuvo lugar, de esa forma, el inicio del modelo educativo o rehabilitador¹⁸ que adoptó como consigna la de privilegiar una respuesta educativa y no punitiva, a través, principalmente, de los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos, entre los que cabe mencionar las técnicas de diversificación, mediación y reparación¹⁹. Este modelo se asentó, como señala GONZÁLEZ TASCÓN²⁰ sobre dos principios fundamentales: el de *ultima ratio* de la privación de la libertad, y el de la diversificación de la respuesta frente al menor. Al igual que en el modelo protector, la intervención no se restringió a los menores delincuentes sino que se extendió a menores “inadaptados”²¹. Sin embargo, el aspecto educativo se acentuó aun más que en el modelo de protección, porque se despojó de los medios represivos de este y se buscó que el tratamiento se realizara fuera de las instituciones judiciales para evitar que el menor fuese etiquetado como delincuente²².

Al modelo educativo se le criticó, entre otros aspectos, la discrecionalidad que le confería a las instituciones de control social informal²³ y el hecho de no establecer diferenciación entre los menores delincuentes y los necesitados de protección²⁴. Esto, sumado a las dudas en cuanto a la posibilidad de que los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos brindaran las mismas garantías que un proceso judicial²⁵. De esta forma, la crisis del modelo educativo empezó a gestarse a finales de la década de los sesenta, precisamente cuando el ideal resocializador comenzó también a ser cuestionado. No obstante, pese a la crisis del modelo, no puede desconocerse el hecho de que la mayoría de los países ha incluido en sus legislaciones alguna iniciativa

¹⁸ Una exposición más detallada de este modelo puede verse en SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal*, 1998, 105 ss.; MARTÍN LÓPEZ, en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Responsabilidad penal de los menores*, 2001, 79 ss.; CRUZ BLANCA, *Derecho penal de menores*, 2002, 92 ss.; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, 2003, 51 ss.; CANO PAÑOS, *Futuro del Derecho penal juvenil europeo*, 2006, 134 ss.; PÉREZ JIMÉNEZ, *Menores infractores*, 2006, 43 ss.; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *Derecho penal juvenil*, 2ª, 2007, 148 s.; MAYORGA FERNÁNDEZ/MADRID VIVAR, en: RODRÍGUEZ GARCÍA/MAYORGA FERNÁNDEZ/MADRID VIVAR, *Los menores en un Estado de Derecho*, 2009, 94 ss.; GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 132 ss.

¹⁹ Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal*, 1998, 105 ss.; CANO PAÑOS, *Futuro del Derecho penal juvenil europeo*, 2006, 134 s.

²⁰ GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 133.

²¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal*, 1998, 107; CANO PAÑOS, *Futuro del Derecho penal juvenil europeo*, 2006, 135.

²² GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 133.

²³ GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 133.

²⁴ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *Derecho penal juvenil*, 2ª, 2007, 149; GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 133.

²⁵ MARTÍN LÓPEZ, en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Responsabilidad penal de los menores*, 2001, 87; CRUZ BLANCA, *Derecho penal de menores*, 2002, 94 s.; GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 133.

derivada de aquél²⁶. Es más, todavía en la actualidad – y como pone de relieve GONZÁLEZ TASCÓN²⁷- el modelo se proyecta en legislaciones como la belga y la escocesa, aunque es en los países nórdicos donde ha alcanzado un mayor éxito²⁸.

D) Modelo de responsabilidad o de justicia

A finales de la década de los setenta del pasado siglo comenzó a gestarse un nuevo modelo que respondía a la crisis del Estado de Bienestar, al aumento de los índices de delincuencia y al cuestionamiento de los mecanismos de desjudicialización, lo que generó una demanda social de medidas más represivas²⁹. Este modelo se conoce como “modelo de responsabilidad o de justicia”³⁰, y ha sido mayoritariamente aceptado por la doctrina, la práctica judicial³¹ y –como se verá más adelante- por los estándares internacionales en materia de delincuencia juvenil.

El modelo de responsabilidad pretende aproximar el sistema penal de los menores al de los adultos, y en esa medida parte del reconocimiento –en uno y otro sistema- de las mismas garantías sustantivas y procesales³². El menor pasa de ser

²⁶ CANO PAÑOS, *Futuro del Derecho penal juvenil europeo*, 2006, 135. En el caso de España, y si bien VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *Derecho penal juvenil*, 2ª, 2007, 148, considera que el modelo educativo “pasó totalmente inadvertido”, MARTÍN LÓPEZ, en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Responsabilidad penal de los menores*, 2001, 86, señala que la LO 4/1992, de 5 de junio, introdujo alguna alternativa en dirección a la solución extrajudicial de los conflictos, estableciendo varias posibilidades de terminación del proceso ante la poca gravedad del hecho. Añade que esas alternativas se consolidaron en la LO 5/2000 con la posibilidad de la no apertura del proceso o la renuncia al mismo en varios supuestos.

²⁷ GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 134.

²⁸ En este sentido señala también GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 134, que estos países “han disfrutado de un alto nivel de vida, que les ha situado en materia de salud, protección de la infancia e igualdades sociales a primer nivel mundial. En estos países desarrollan un papel muy importante en la prevención y tratamiento de la delincuencia protagonizada por los menores de edad las autoridades administrativas en materia de asuntos sociales, quienes dan al problema un enfoque eminentemente social orientado al bienestar del menor, sirviéndose a ese fin de una importante infraestructura social, pública y privada, encargada de atender las necesidades de los jóvenes”.

²⁹ CANO PAÑOS, *Futuro del Derecho penal juvenil europeo*, 2006, 136.

³⁰ Para un análisis más detallado de este modelo, vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal*, 1998, 107 ss.; MARTÍN LÓPEZ, en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Responsabilidad penal de los menores*, 2001, 89 ss.; CRUZ BLANCA, *Derecho penal de menores*, 2002, 97 ss.; CANO PAÑOS, *Futuro del Derecho penal juvenil europeo*, 2006, 136 ss.; PÉREZ JIMÉNEZ, *Menores infractores*, 2006, 46 ss.; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *Derecho penal juvenil*, 2ª, 2007, 149 ss.; MAYORGA FERNÁNDEZ/MADRID VIVAR, en: RODRÍGUEZ GARCÍA/MAYORGA FERNÁNDEZ/MADRID VIVAR, *Los menores en un Estado de Derecho*, 2009, 96 ss.; GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 134 ss.

³¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal*, 1998, 110 s.; MARTÍN LÓPEZ, en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Responsabilidad penal de los menores*, 2001, 91; CANO PAÑOS, *Futuro del Derecho penal juvenil europeo*, 2006, 138.

³² Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal*, 1998, 108; MARTÍN LÓPEZ, en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Responsabilidad penal de los menores*, 2001, 93; CANO PAÑOS, *Futuro del*

considerado objeto de intervención y protección, a ser sujeto de derechos³³. En este sentido, y de manera contraria al modelo de protección, el libre albedrío y el reconocimiento de la capacidad de culpabilidad son postulados fundamentales del sistema. Y también, a diferencia de los dos últimos modelos analizados –el de protección y el educativo–, se establece una clara delimitación entre el menor delincuente y el menor desadaptado, y la intervención penal se prevé únicamente para el primero. Ahora bien, esa intervención no se da frente a todos los menores que realizan una infracción penal sino que se restringe a aquellos que superan un límite mínimo de edad. Por debajo de esa edad mínima se considera que la intervención debe hacerse a partir de otros mecanismos diferentes al sistema penal³⁴.

Así como la intervención penal viene limitada por el establecimiento de una edad mínima, la duración de las sanciones también tiene un límite preestablecido, a diferencia de las medidas indeterminadas, características del modelo de protección. También se prevé que la respuesta penal sea proporcional a la gravedad del hecho cometido por el menor, si bien se defiende que la privación de libertad sólo debe utilizarse como último recurso.

Resulta importante advertir que el modelo de responsabilidad no renuncia al factor educativo en la intervención con el menor delincuente, pero pretende combinar la educación con el castigo, lograr un equilibrio entre lo judicial y educativo o, en palabras de VÁZQUEZ GONZÁLEZ³⁵, “educar en la responsabilidad”. Tampoco renuncia a medidas alternativas de solución de conflictos y a mecanismos informales como la reparación, mediación y prestaciones en beneficio de la comunidad³⁶.

Otro factor novedoso que introduce el modelo de responsabilidad es el de la especial atención a los intereses de las víctimas. En este sentido, se posibilita el contacto entre víctima y menor delincuente para establecer una compensación directa, bajo el

Derecho penal juvenil europeo, 2006, 136; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *Derecho penal juvenil*, 2ª, 2007, 150; GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 134.

³³ CRUZ BLANCA, *Derecho penal de menores*, 2002, 98; CANO PAÑOS, *Futuro del Derecho penal juvenil europeo*, 2006, 136.

³⁴ MARTÍN LÓPEZ, en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Responsabilidad penal de los menores*, 2001, 92.

³⁵ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *Derecho penal juvenil*, 2ª, 2007, 150.

³⁶ MARTÍN LÓPEZ, en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Responsabilidad penal de los menores*, 2001, 94; CANO PAÑOS, *Futuro del Derecho penal juvenil europeo*, 2006, 137; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *Derecho penal juvenil*, 2ª, 2007, 153.

entendido de que la víctima requiere una reparación por parte de la sociedad³⁷. También se destaca como novedad, y en cuanto a la estructura del modelo de justicia, que este se fundamenta en la creación de tribunales compuestos por jueces especializados en materia de delincuencia juvenil. Esta misma especialización se exige a los demás intervinientes en el proceso de menores: policía, fiscales, abogados y otros profesionales³⁸.

Estas son, a grandes rasgos, las características más importantes del modelo de responsabilidad o justicia. Si bien en la actualidad, como ya se ha dicho, es el modelo mayoritariamente aceptado y cuyas características suelen plasmarse de manera más evidente en muchas legislaciones, entre esas la española³⁹, no ha estado exento de críticas. La principal radica en que, al pretender acercar el sistema penal juvenil al de adultos, se acentúa su carácter represivo, se olvida que la respuesta frente a los menores debe ser diferente y se llega así a privilegiar la protección de la sociedad en detrimento de los intereses del menor⁴⁰.

No obstante considero –y en esto volveré más adelante– que estas críticas se dirigen más bien a las desviaciones del modelo que al modelo en sí. De hecho este plantea –como ya se advirtió– la búsqueda de un equilibrio entre represión y educación. Cuando la balanza se inclina más hacia la represión, el modelo puede llegar a pervertirse hasta el punto de dejar de ser un modelo de responsabilidad o de justicia y retroceder en la evolución hasta caer en los excesos del modelo punitivista o penitenciario, que expuse al iniciar este análisis. Considero, así mismo, que el modelo de responsabilidad –y no sus desviaciones– con la preocupación por el equilibrio entre lo judicial y lo educativo es el que pretende plasmarse en los estándares mínimos internacionales⁴¹, referidos al tratamiento del menor delincuente. De la exposición de esos estándares mínimos me ocupo en el siguiente apartado, para hacer más evidente la conclusión que aquí apenas he adelantado.

³⁷ MARTÍN LÓPEZ, en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Responsabilidad penal de los menores*, 2001, 94; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *Derecho penal juvenil*, 2ª, 2007, 154.

³⁸ GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 140.

³⁹ Vid. GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 140.

⁴⁰ Vid. GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 141.

⁴¹ En sentido similar, vid. HERRERO HERRERO, *Delincuencia de menores*, 2ª, 2008, 295; FERNÁNDEZ MOLINA, *Entre la educación y el castigo*, 2008, 79 ss.

III. El contexto normativo internacional en el tratamiento del menor delincuente: los estándares mínimos internacionales

Teniendo en cuenta que una exposición de todas las normas internacionales que tienen que ver con el tratamiento de la delincuencia juvenil excedería los límites de este trabajo, aquí me detendré en las más relevantes para el análisis que he propuesto. Se trata de textos normativos adoptados por la Organización de las Naciones Unidas y por el Consejo de Europa, y a los que la doctrina ha denominado “estándares mínimos internacionales”.

Sin embargo, antes de referirme a estos textos, es importante mencionar uno anterior que es considerado el primer gran paso para el reconocimiento de la infancia como un grupo especialmente vulnerable y necesitado de protección específica⁴². Se trata de la Declaración sobre los Derechos del Niño o declaración de Ginebra, adoptada por la Sociedad de Naciones en septiembre de 1924. Como señala GONZÁLEZ TASCÓN⁴³, si bien el contenido de esta declaración es un poco vago, su verdadera importancia radica en que constituye el primer reconocimiento, en un texto internacional, de la necesidad de proteger los derechos de los niños y de proporcionarles los medios que requieren para su desarrollo. Así, los postulados de esta Declaración sientan las bases para el desarrollo posterior de las normas que a continuación expongo.

1. Organización de las Naciones Unidas

A) *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia a menores o “Reglas de Beijing”*⁴⁴

Estas reglas constituyen el primer texto en que Naciones Unidas se ocupa del establecimiento de unas normas mínimas para el sistema de justicia juvenil. Tienen

⁴² GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 51.

⁴³ GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 51 s.

⁴⁴ Aprobadas el 29 de noviembre de 1985, mediante Resolución 40/33. Disponibles en: http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_beijing.htm

como objetivo principal el de promover el bienestar del menor y, en consecuencia, reducir los supuestos en que existe la necesidad de intervención del sistema judicial.

Dentro de los postulados más importantes previstos en estas reglas cabe mencionar los siguientes: la proporcionalidad de la sanción, teniendo en cuenta no sólo la gravedad del hecho sino también las circunstancias y necesidades del menor y de la sociedad; la prisión preventiva y el “confinamiento en establecimientos penitenciarios” (expresión utilizada en las Reglas) entendidos como último recurso y por el plazo más breve posible; la proscripción de las penas corporales y la pena capital; la especialización de los intervinientes en el proceso penal; el respeto por las garantías procesales básicas.

En cuanto a la edad mínima para la atribución de responsabilidad penal, las Reglas no se decantan por una edad determinada o una franja de edad, y disponen que la fijación de esa edad le corresponderá a cada sistema jurídico nacional⁴⁵. Y en cuanto al concepto de delito, las Reglas hacen referencia a un concepto amplio que incluye los denominados “delitos de estatus”, esto es, determinados comportamientos que en ciertos sistemas jurídicos se consideran delitos cuando son llevados a cabo por los menores, pero que no son delictivos si quien los realiza es un adulto (por ejemplo, desobediencia en la escuela, ebriedad en público, etc.).

B) Convención sobre los derechos del niño⁴⁶

En palabras de ORNOSA FERNÁNDEZ⁴⁷, los principios y derechos recogidos en esta convención “operan a modo de una *Carta Magna* a la que se deberán ceñir y adecuar el resto de la normativa internacional y nacional en la materia”. La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) ha sido ratificada por todos los países⁴⁸ -excepto Estados Unidos y Somalia- aunque algunos realizan reservas. Establece obligaciones para los Estados, algunas de ellas relacionadas con la administración de justicia y encaminadas a garantizar la efectividad de los derechos sustantivos y procesales. Para la supervisión del cumplimiento de estas y de las demás obligaciones

⁴⁵ En este sentido, señala GARCÍA PÉREZ, *RDPC* 3 (1999), 41 s. que “no se ha podido conseguir un consenso en torno a la fijación de una edad mínima como, por ejemplo, los doce años, debido a que existen grandes diferencias entre los diversos países”.

⁴⁶ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

⁴⁷ ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*, 4ª, 2007, 40.

⁴⁸ Fue ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

que la CDN establece, se crea en el mismo texto normativo el Comité de los Derechos del Niño.

Los tres postulados básicos sobre los que se asienta son: el principio de no discriminación; el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; y el interés superior del niño. Este último, junto a la concepción del menor como sujeto de derechos, es el principio más destacable de la CDN. En este sentido, el art. 3.1 dispone que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

También resultan relevantes, para el análisis aquí propuesto, las disposiciones de la Convención en las que se proscriben las penas crueles, inhumanas o degradantes, la pena capital y la prisión perpetua, para los menores de 18 años. Se establece además que la detención, el encarcelamiento o la prisión deben ser utilizados sólo como medida de último recurso y por el menor tiempo posible. También se insta a los Estados para que establezcan leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los menores sometidos al sistema penal, y para que fijen una edad mínima antes de la cual se presuma que los niños no tienen capacidad para infringir la ley penal.

C) Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad o “Reglas de Tokio”⁴⁹

El principal objetivo de estas reglas es el de promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, junto con las garantías mínimas para los destinatarios de dichas medidas. Las reglas no se dirigen exclusivamente a los menores sino que son aplicables a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia. En ellas se parte, para la utilización de las medidas no privativas de libertad, del principio de mínima intervención. Destaca el listado amplio que contiene la Resolución, con las medidas que las autoridades competentes pueden adoptar.

⁴⁹ Aprobadas por la Asamblea General a través de Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990. Disponibles en: http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_tokio.htm

D) Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil o “Directrices de Riad”⁵⁰

Tal como se desprende de su rúbrica, estas directrices se orientan a la prevención de la delincuencia y tienen como idea central de esa prevención el bienestar de los menores desde la primera infancia. Establecen, en primer lugar, una serie de principios fundamentales que deben guiar a las políticas de prevención; luego ofrecen parámetros para los planes generales de prevención desarrollados desde el gobierno, y más adelante se centran en la actuación de otras instituciones encargadas de la socialización e integración del menor, como son la familia, la escuela y la comunidad.

Para el tema que aquí me ocupa, el aspecto más destacable introducido por estas directrices es el rechazo de la categoría de los delitos de estatus, junto al llamado a los Estados para que no incluyan esta clase de delitos en sus legislaciones. Así se desprende del art. 56 en que se dispone que “a fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización y criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven”.

E) Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad o “reglas de la Habana”⁵¹

Su objetivo es el de establecer unas normas mínimas para la protección de los menores privados de libertad, con miras a contrarrestar los efectos negativos de la detención. También persiguen el respeto por los derechos y la seguridad de estos menores, y por el fomento de su bienestar. En estas reglas se reitera que la privación de la libertad debe usarse como último recurso y por el menor tiempo posible, a lo que se añade que la duración de la sanción debe ser determinada.

⁵⁰Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990. Disponibles en: http://www2.ohchr.org/spanish/law/directrices_riad.htm

⁵¹Aprobadas por la Asamblea General a través de Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990. Disponibles en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/menores.htm>

F) *Directrices de acción sobre el niño en el sistema de justicia penal del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas*⁵²

El propósito principal de estas directrices es servir de marco para la aplicación de la CDN y hacer cumplir los objetivos de dicha convención en cuanto a los menores en el contexto de la administración de justicia, así como la utilización y aplicación de las reglas, normas y otros instrumentos conexos de las Naciones Unidas en materia de justicia de menores.

Resulta destacable, para el presente análisis, la defensa que la Resolución hace de los siguientes aspectos: el interés superior del niño; la creación de tribunales de menores y de procedimientos especiales para los menores sometidos al sistema de justicia penal, así como las iniciativas para no recurrir a este sistema; el desarrollo de mecanismos alternativos de solución de conflictos; la reducción del ingreso de menores en instituciones de régimen cerrado, y la utilización de medidas privativas de libertad solo como último recurso y por el menor tiempo posible; la formulación de planes amplios de prevención de la delincuencia juvenil, en la línea planteada por las Directrices de Riad. También en esta Resolución se postula que la justicia de menores debe ser prioritaria en el ámbito internacional, regional y nacional.

2. Consejo de Europa

Esta institución se creó en 1949, y desde ese momento ha tenido como una de sus prioridades el manejo de la problemática de la delincuencia juvenil. Han sido muchos los textos en que se ha referido a dicha problemática, y de esos sólo aludiré a los más importantes, sin detenerme con detalle en cada uno⁵³, debido a la extensión que ello supondría. Haré referencia, por último, a las líneas generales que se derivan de los mismos para identificar cómo ha sido la política del Consejo de Europa en cuanto al tratamiento de los menores sometidos al sistema de justicia penal.

⁵² Contenidas en la Resolución 1997/30 del Consejo Económico y Social. Disponibles en: <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/eb2f6fcdf8e4bc8c80256881006230e2?Opendocument>

⁵³ Para una exposición más detallada del tema, vid. GONZÁLEZ TASCÓN, *La Ley 7179 (2009)*.

Dentro de los textos normativos más importantes⁵⁴ están los siguientes:

A) *Resolución (78) 62, sobre delincuencia juvenil y transformación social*⁵⁵:

En esta resolución se anima a los Estados para que -atendiendo a las transformaciones de la sociedad contemporánea- mejoren las condiciones de vida de las familias, ofrezcan a los jóvenes posibilidades de formación profesional y de empleo, refuercen las medidas de ayuda económica y social a las familias con hijos, promuevan las asociaciones juveniles y los movimientos deportivos y de tiempo libre, e inciten a los medios de comunicación para que se interesen más y de forma positiva por los problemas de los jóvenes. Así mismo, en el ámbito de la política penal, se recomienda a los Estados miembros que adopten medidas tendentes a la salvaguardia de los derechos fundamentales de los jóvenes. Entre ellas cabe mencionar, por ejemplo, la revisión de las sanciones y las medidas impuestas a los jóvenes y el refuerzo de su carácter educativo y socializador; la limitación de las sanciones y las medidas privativas de libertad; la asistencia especial a los jóvenes durante el tratamiento institucional y la coordinación de las actividades de todos los organismos responsables de dicha asistencia.

B) *Recomendación (87) 20, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil*⁵⁶:

Dentro de las medidas que en este texto se recomienda adoptar a los Estados destacan las siguientes: aplicar una política global que favorezca la inserción social de los jóvenes; desarrollar procedimientos de desjudicialización y de mediación; conceder una atención adecuada tanto a los derechos e intereses de la víctima como a los del menor; evitar la remisión de los menores a la jurisdicción de adultos, cuando existen jurisdicciones de menores, y evitar también, en la medida de lo posible, la detención preventiva de los menores; reforzar la posición legal de los menores garantizándoles un debido proceso; asegurar que las personas que intervienen en las diversas fases del

⁵⁴ Me baso en la selección realizada por GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 98 ss.

⁵⁵ Comité de Ministros, 29 de noviembre de 1978. Disponible en: http://www.oijj.org/doc/doc/2004/documental_827_es.pdf

⁵⁶ Comité de Ministros, 17 de septiembre de 1987. Disponible en el sitio web: http://www.coe.int/t/cm/WCD/referenceSearch_en.asp# (texto en inglés)

procedimiento tengan una formación especializada en el ámbito del Derecho de menores y de la delincuencia juvenil; velar porque las intervenciones con respecto a los jóvenes delincuentes se realicen con preferencia en el ambiente natural de la vida de estos y favorezcan su desarrollo; multiplicar las medidas de sustitución de la reclusión; promover y alentar investigaciones comparativas en el ámbito de la delincuencia juvenil.

C) Recomendación (88) 6, sobre las reacciones sociales ante el comportamiento delictivo de los jóvenes descendientes de familias migrantes⁵⁷:

En este texto, el Comité de Ministros, tomando en consideración el carácter pluricultural y multirracial de la mayoría de países europeos, recomienda a los gobiernos de los Estados miembros la adopción de diversas medidas entre las cuales destacan las siguientes: promover el acceso de estos jóvenes a todas las instituciones y recursos sociales, para garantizarles un estatus social equivalente al de los demás jóvenes; ofrecerles una asistencia adecuada, tanto a ellos como a sus familias, cuando se encuentren en situación de crisis social o familiar; asegurar la escolarización obligatoria efectiva; facilitar el acceso de estos jóvenes a la formación profesional y apoyarlos en la consecución de empleo; asegurar que los servicios de policía no adopten una actitud discriminatoria frente a aquéllos; garantizar que estos jóvenes se beneficien por igual de las innovaciones en el sistema de justicia juvenil (desjudicialización, mediación y otras nuevas formas de intervención); evitar la colocación sistemática de estos jóvenes en instituciones, facilitándoles –de la misma forma que a los demás jóvenes- el acceso a medidas en medio abierto y sustitutivas de la reclusión; garantizar el respeto por sus convicciones y prácticas religiosas; evitar, en principio, la expulsión de los inmigrantes de segunda generación durante la minoría de edad o posteriormente por actos cometidos en esa etapa.

⁵⁷ Comité de Ministros, 18 de abril de 1988. Disponible en: http://www.coe.int/t/cm/WCD/referenceSearch_en.asp# (texto en inglés).

D) *Recomendación (2000) 20, sobre el papel de una temprana intervención psicosocial en la prevención de la criminalidad*⁵⁸:

En este texto se sugiere a los Estados miembros que introduzcan o promuevan estrategias nacionales para una temprana intervención psicosocial en la prevención de la criminalidad, guiándose por el respeto a la intimidad e integridad del menor y su familia, y por los principios de efectividad, mínima intervención, proporcionalidad, no estigmatización y no discriminación. Se recomienda, entre otras medidas, la de brindar apoyo a las familias; promover el acceso del menor a la educación y estimular su comportamiento y desarrollo responsable; prestar especial atención a los problemas en el aprendizaje, las situaciones de abuso, abandono, discriminación racial, exclusión, consumo de drogas, prostitución infantil, etc. Para incrementar el conocimiento actual sobre la prevención de la criminalidad, se recomienda realizar investigaciones específicas sobre la naturaleza y dimensión del problema de la criminalidad, los factores de riesgo asociados a este problema y la evaluación científica del costo-efectividad de las intervenciones encaminadas a su prevención.

E) *Recomendación (2003) 20, sobre las nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia de menores*⁵⁹:

Dentro de este texto se destacan como recomendaciones importantes para los gobiernos de los Estados miembros las siguientes: guiarse en su legislación, políticas y práctica por los principios del debido proceso, la proporcionalidad y el interés del menor; reconocer la necesidad de normas europeas separadas y distintas en materia de sanciones y medidas comunitarias y de normas penitenciarias europeas para los menores; tener en cuenta como principales objetivos de la justicia juvenil la prevención del delito y la reincidencia, la (re)socialización y (re)integración del menor delincuente y la atención a las necesidades e intereses de las víctimas; desarrollar un amplio espectro de sanciones y medidas innovadoras y más eficaces (pero siempre proporcionales) y, cuando sea posible y apropiado, ofrecer la mediación, la restauración y la reparación a la víctima; alentar a los padres (o tutores legales) a tomar conciencia y

⁵⁸ Comité de Ministros, 6 de octubre de 2000. Disponible en: http://polis.osce.org/library/details.php?doc_id=2685&ru=%2Flibrary%2Fdetails%3Fdoc_id%3D2658&lang=es (texto en inglés).

⁵⁹ Comité de Ministros, 24 de septiembre de 2003. Disponible en: http://www.coe.int/t/cm/WCD/referenceSearch_en.asp# (texto en inglés).

asumir sus responsabilidades en relación con la conducta delictiva de los menores; posibilitar a los adultos jóvenes menores de 21 años de edad el ser tratados de una manera comparable a los menores y estar sujetos a las mismas intervenciones, cuando el juez considere que no son tan maduros y responsables de sus acciones como los adultos; establecer períodos cortos de tiempo para cada etapa del proceso penal a fin de reducir los retrasos y garantizar la respuesta más rápida posible a la delincuencia juvenil, teniendo en cuenta el debido proceso; siempre que sea posible, utilizar medidas alternativas a la prisión preventiva, y cuando esta se imponga, como último recurso, no debe ser superior a seis meses. Por último, se advierte que todas las nuevas respuestas y procedimientos contenidos en la recomendación deben ser considerados en el marco de los derechos y garantías establecidos en los instrumentos internacionales pertinentes.

F) Recomendación CM/R (2008) 11, sobre las Reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones y medidas⁶⁰:

Esta recomendación es mucho más extensa y detallada que las que la anteceden. En ella, el Comité de Ministros, considerando necesaria una acción común de ámbito europeo para proteger mejor los derechos y el bienestar de los menores en conflicto con la ley, propone a los Estados miembros una serie de medidas de las cuales sólo mencionaré las más destacadas: la edad mínima para la imposición de sanciones o medidas como resultado de la comisión de un delito no podrá ser muy baja y deberá estipularse en la ley; la imposición y la aplicación de sanciones o medidas se basará en el interés superior del menor, estará delimitada por la gravedad de los delitos cometidos y tendrá en cuenta la edad, el desarrollo, las capacidades y circunstancias personales del menor; se estimularán la mediación y otras medidas restaurativas en todas las etapas del tratamiento con menores, y se dará prioridad a las sanciones y medidas que puedan ejercer una acción educativa y constituir una respuesta reparadora a los delitos cometidos por los menores. En cuanto a la privación de libertad se establece que será una medida de último recurso y se impondrá por el periodo más corto posible. Se añade que la vida dentro de la institución deberá semejarse tanto como sea posible a la vida en comunidad, en sus aspectos positivos; el número de menores reclusos en una

⁶⁰ Comité de Ministros, 5 de noviembre de 2008. Disponible en: http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIUS/SC_5_020_10_cast.pdf

institución deberá ser lo suficientemente reducido como para permitir una atención individualizada; los menores recibirán preparación para su puesta en libertad mediante formas especiales de intervención. Por último, se dispone que las sanciones y medidas diseñadas para los menores deberán ser desarrolladas sobre la base de la investigación y la evaluación científica.

De los textos aquí referidos –y a manera de síntesis- se desprende que la política del Consejo de Europa frente a la delincuencia juvenil puede perfilarse a partir de unos criterios iguales a los asumidos por las Naciones Unidas. En este sentido, las distintas resoluciones y recomendaciones parten del interés superior del menor como criterio fundamental para el tratamiento de la delincuencia juvenil, y propugnan por la coordinación entre todos los organismos de asistencia a los jóvenes. Se considera que al menor deben otorgársele las mismas garantías que al adulto, y que se debe velar por el respeto a sus derechos fundamentales. En cuanto a las sanciones, se defiende también su carácter educativo y socializador, se enfatiza en que la privación de la libertad debe utilizarse como último recurso y que la intervención frente a los menores debe hacerse preferiblemente en su entorno natural de vida. El Consejo apuesta también por el desarrollo de políticas amplias de prevención que favorezcan la inserción social, y por medidas de desjudicialización. Busca además el fomento de medidas que contribuyan a evitar el trato discriminatorio a los menores en el sistema de justicia y en las políticas de integración social. Otro factor importante es que se aboga por el establecimiento de una edad mínima no demasiado baja –y fijada por ley- para la imputación de responsabilidad penal.

3. Balance del contexto normativo internacional

De las disposiciones normativas que hasta aquí se han expuesto es posible deducir que los lineamientos trazados por las Naciones Unidas y por el Consejo de Europa apuntan a unos mismos objetivos y parten de los mismos fundamentos, de ahí que puedan ser calificados como “estándares mínimos internacionales”. Ambas instituciones marcan un referente que se corresponde, en lo fundamental, con los postulados de un modelo de responsabilidad, aunque no renuncian a la introducción de

elementos propios del modelo educativo, como el desarrollo de mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos, el carácter educativo y resocializador de las sanciones, y la utilización de la privación de libertad como último recurso. Tanto desde las Naciones Unidas como desde el Consejo de Europa se enfatiza en la necesidad de desarrollar políticas de prevención que favorezcan la inserción social, y el criterio rector del tratamiento del menor sigue siendo el de su interés superior –aunque no definan qué debe entenderse por tal-, y el de concebirlo como un sujeto de derechos. Se pretende, también, acercar el sistema penal juvenil al de adultos, al prever las mismas garantías en uno y otro sistema. La intervención penal solo se concibe para el menor que delinque – no para el “desadaptado” o el menor en situación de peligro- y se defiende el establecimiento de una edad mínima para que pueda darse esa intervención. Ambas instituciones, aunque no señalan una edad específica, sí defienden que no sea una edad muy temprana. Y en cuanto a los delitos de estatus, solo las Reglas de Beijing hacen referencia a un concepto amplio de delito, que en las normas posteriores se ha abandonado y que en las Directrices de Riad se rechaza expresamente.

Una vez analizados, a grandes rasgos, los estándares mínimos construidos a partir de la normativa adoptada por las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, es posible contrastarlos con las disposiciones de los países miembros de la Unión Europea, para verificar en qué medida estas se corresponden con aquellos y, por ende, si a partir de estos estándares se puede ir trazando un camino para una política común europea en materia de tratamiento de la delincuencia juvenil.

IV. El tratamiento de la delincuencia juvenil en los países miembros de la Unión Europea

Toda vez que un estudio pormenorizado de cada una de las legislaciones de los países miembros de la Unión Europea rebasaría los límites de este trabajo, he optado por dividir el análisis de acuerdo con tres criterios que considero relevantes en el tratamiento de la delincuencia juvenil: edad mínima de responsabilidad penal, concepto de delito y respuestas al delito. Estos criterios resultan, así mismo, reveladores del modelo por el cual optan los distintos sistemas penales nacionales. Frente a cada criterio

expondré un balance derivado de la comparación de los diferentes ordenamientos y de ahí podrá concluirse si existe cierta uniformidad –o al menos acercamiento– o, por el contrario, muchas divergencias de tratamiento de la delincuencia juvenil entre los países de la Unión Europea.

A) *Límite mínimo de edad de responsabilidad penal*

Tal como expone GONZÁLEZ TASCÓN⁶¹, los Estados miembros de la Unión Europea han seguido el postulado que se deriva de los estándares internacionales, relativo al establecimiento de una edad mínima de responsabilidad penal. Francia es el único país de la Unión Europea que ha optado por el criterio del discernimiento, como criterio exclusivo⁶² para la determinación de esta responsabilidad. Es cierto que en algunos países (Alemania, Austria, Bulgaria, Estonia, Italia, Malta, República Checa y Rumania) el criterio de la edad se completa con el del discernimiento, pero también lo es que en la práctica se prescinde de la prueba del discernimiento o el juez se encarga de valorar este aspecto sin ninguna asistencia profesional, lo que puede generar discriminación e inseguridad jurídica. En este sentido, resulta claro que el criterio objetivo de la edad biológica satisface en mayor medida la seguridad en la aplicación de las normas penales⁶³.

Suele considerarse⁶⁴ que el límite mínimo no debe situarse en una edad muy baja porque resultaría contraproducente para el desarrollo del menor y lo insertaría en un sistema estigmatizador, pero que tampoco puede situarse en una edad muy alta que genere la sensación en los menores de que no ocurre nada si cometen delitos, y que provoque alarma social porque no se interviene frente a los menores infractores. Todos estos factores explican, en parte, la diversidad de edades que los Estados han elegido como límite mínimo para la intervención penal⁶⁵. En el contexto de la Unión Europea

⁶¹ GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 357 s.; en: MUÑOZ CONDE/LORENZO SALGADO y otros (dirs.), *LH-Landrove*, 2011, 549 ss.

⁶² Aunque sí adopta el criterio objetivo de la edad para la aplicación de las penas, a partir de los 13 años. En este sentido, vid. GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 357 n. 940; en: MUÑOZ CONDE/LORENZO SALGADO y otros (dirs.), *LH-Landrove*, 2011, 549 n. 51.

⁶³ GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 358; en: MUÑOZ CONDE/LORENZO SALGADO y otros (dirs.), *LH-Landrove*, 2011, 552 s.

⁶⁴ Así lo señala GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 136.

⁶⁵ En este sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *RECPC 10-09 (2008)*, 09:28, señala que es persistente “la distancia entre los países europeos en lo que concierne a los umbrales de edad. (...) siguen siendo grandes las diferencias no sólo en cuanto al tratamiento de los jóvenes-adultos (18-21), sino también respecto de las edades mínimas absolutas de responsabilidad ‘penal’ (hasta de menores) o, de un

prevalece la edad de los 14 años (Alemania, Austria, Bulgaria, España, Eslovenia, Estonia, Hungría, Italia, Letonia y Rumania). Bélgica la ubica a los 18 años; Portugal y Luxemburgo a los 16; Dinamarca, Finlandia y Suecia a los 15; Irlanda y Países Bajos a los 12; Inglaterra y Gales e Irlanda del Norte a los 10; Escocia y Grecia a los 8 años⁶⁶.

En este punto es importante advertir que la elección por un límite de edad más bajo para la atribución de responsabilidad no siempre se corresponde con un sistema penal más severo. La severidad del sistema dependerá, de manera fundamental, del tratamiento que reciban los menores dentro de dicho sistema⁶⁷. Por eso no resulta válido utilizar el único criterio del límite de edad para juzgar la política criminal seguida por un Estado frente al menor delincuente.

Cabe señalar también que la diversidad en cuanto a la edad mínima para la atribución de responsabilidad penal en los países de la Unión Europea no se presenta en lo relativo a la elección de la edad a partir de la cual se ingresa al sistema penal de adultos, pues la regla general en estos países y a partir de los lineamientos de la Convención sobre los Derechos del Niño es la de los 18 años⁶⁸, salvo en Portugal, que es de 21 años.

modo más amplio, sobre la edad a partir de la cual la intervención sobre menores por razón de la comisión de una infracción penal (en especial si con discernimiento), debe dejar de ser simplemente protectora y por parte de los servicios sociales de protección de la infancia (...)"

⁶⁶ Como expone GONZÁLEZ TASCÓN, en: MUÑOZ CONDE/LORENZO SALGADO y otros (dirs.), *LH-Landrove*, 2011, 553, en la mayoría de países esta edad mínima es un límite absoluto a la intervención penal; sin embargo, en algunos países y de manera excepcional ese límite se flexibiliza, atendiendo a criterios como el de la gravedad del hecho. Así, por ejemplo, en Irlanda puede pasar de los 12 a los 10 años, y en Lituania de los 16 a los 14.

⁶⁷ En este sentido, GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 355; en: MUÑOZ CONDE/LORENZO SALGADO y otros (dirs.), *LH-Landrove*, 2011, 550. De manera similar, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *Derecho penal juvenil*, 2ª, 2007, 215, expone que, en general, los países que optan por un límite de edad muy bajo suelen establecer límites más altos para la imposición de penas privativas de la libertad, mientras que aquellos que optan por un límite de edad más alto suelen reconocer sanciones para los menores ubicados por debajo de ese límite. Este autor concluye que "el espectro tiende a igualarse en torno a los 13/15 años". No obstante, advierte que los países que establecen una edad de responsabilidad penal más baja suelen tener más jóvenes en prisión.

⁶⁸ No obstante, como pone de relieve GONZÁLEZ TASCÓN en: MUÑOZ CONDE/LORENZO SALGADO y otros (dirs.), *LH-Landrove*, 2011, 554, este límite también se flexibiliza en algunos países, en dos direcciones: la primera, otorgando a determinados adultos –especialmente a aquellos que no han cumplido los 21 años– el tratamiento penal de los menores. Pese a las recomendaciones de los estándares mínimos en este sentido, dicha línea es seguida por muy pocos países (Alemania y Países Bajos). Una segunda línea que, con razón, ha sido muy cuestionada es la de enviar a los menores responsables penalmente al sistema penal de los adultos. Esta vía se ha seguido en los Países Bajos y en Polonia.

B) *El concepto de delito*

Ya al hacer referencia a los estándares normativos internacionales fue posible advertir cómo en las llamadas Reglas de Beijing se acogía un concepto amplio de delito, en el que también tenían cabida los denominados delitos de estatus, y cómo dicho concepto se ha ido abandonando y ha sido rechazado expresamente por lo dispuesto en las Directrices de Riad, que abogan por un concepto estricto en que las infracciones penales sean las mismas para adultos y menores.

Esta parece ser también la línea seguida por los países de la Unión Europea, con la importante excepción del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Irlanda⁶⁹. De todas maneras, aunque a primera vista parece que frente al concepto de delito hay más uniformidad que frente al criterio de la edad mínima de responsabilidad penal, el debate –según advierte GONZÁLEZ TASCÓN⁷⁰– puede avivarse, entre otras razones, porque en las recomendaciones del Consejo de Europa, aunque hay preferencia por el criterio estricto, todavía está presente el concepto amplio de delito.

C) *Respuestas frente al delito*

Es posible afirmar, en la línea de VÁZQUEZ GONZÁLEZ⁷¹, que un punto de partida común en los países de la Unión Europea es el hecho de considerar que los menores delincuentes deben recibir una respuesta penal diferente a la de los adultos. También lo considera así GONZÁLEZ TASCÓN⁷², quien expone que la mayoría de los países tiene un sistema de respuesta diferenciada y flexible, y prácticamente en todas las legislaciones se han plasmado los grandes principios que según los estándares mínimos

⁶⁹ GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 360; en: MUÑOZ CONDE/LORENZO SALGADO y otros (dirs.), *LH-Landrove*, 2011, 555. En este punto coincido con DE LA CUESTA ARZAMENDI, *RECPC 10-09 (2008)*, 09:29, en que las conductas que en estos últimos países se consideran infracciones penales, sólo en razón de la condición de menor, deberían ser excluidas del tratamiento penal y recibir un tratamiento a través del Derecho administrativo, del Derecho privado o incluso, en mi opinión, un tratamiento extrajudicial cuando su gravedad ni siquiera alcance a tener relevancia para estas áreas del ordenamiento jurídico. Los delitos de estatus, además de instrumento criminalizador y de estigmatización, no consultan principios tan básicos como el de mínima intervención y el carácter fragmentario del DP.

⁷⁰ GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 360; en: MUÑOZ CONDE/LORENZO SALGADO y otros (dirs.), *LH-Landrove*, 2011, 555.

⁷¹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *Derecho penal juvenil*, 2ª, 2007, 213.

⁷² GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 360 s.; en: MUÑOZ CONDE/LORENZO SALGADO y otros (dirs.), *LH-Landrove*, 2011, 555.

internacionales deben regir los sistemas de justicia de menores, si bien esta plasmación se ha dado con distinta intensidad de un país a otro.

En cuanto a los regímenes sancionadores se acoge en general, y como elemento determinante de la medida a adoptar, el interés superior del menor. Esto suele ir acompañado de un catálogo muy amplio de medidas -muchas de las cuales se presentan como alternativas a las penas privativas de libertad-, así como de las facultades discrecionales suficientes para que el juez imponga la medida que le parezca más idónea según las características del caso y la evolución del menor durante el cumplimiento de aquélla. Es frecuente la utilización de medidas de carácter educativo, como la reparación, la conciliación y la prestación de tareas en beneficio de la comunidad⁷³. En este punto es importante destacar que en el contexto de la Unión Europea hay países como Alemania o España que establecen un régimen sancionador propio para los menores delincuentes, mientras que otros como Francia, Inglaterra o los países escandinavos aplican las mismas penas que a los adultos pero con ciertos límites que generalmente se reflejan en una atenuación considerable⁷⁴.

Con respecto a la privación de libertad, la misma está presente en todos los países, frente a los delitos más graves y como último recurso. Se defiende además la idea –al menos en el plano teórico- de que la pena se cumpla en establecimientos especiales, y se garantice la separación de los menores y los adultos, incluso en los supuestos de detención policial y prisión preventiva⁷⁵. La función que se le asigna a la pena privativa de la libertad, sin embargo, no es la misma en todos los ordenamientos. Así, por ejemplo, en algunos países se apega fuertemente al modelo de protección (Bélgica, Luxemburgo, Polonia) mientras que en otros se identifica más con un modelo punitivo (Inglaterra y Gales). Lo más frecuente es que se configure como auténtica sanción y que varíe su enfoque educativo⁷⁶. En los países en que está prevista la pena de

⁷³ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *Derecho penal juvenil*, 2ª, 2007, 216.

⁷⁴ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *Derecho penal juvenil*, 2ª, 2007, 218.

⁷⁵ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *Derecho penal juvenil*, 2ª, 2007, 216.

⁷⁶ GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 361; en: MUÑOZ CONDE/LORENZO SALGADO y otros (dirs.), *LH-Landrove*, 2011, 556.

prisión perpetua para los adultos, en el caso de los menores se ha prescindido de la misma y se ha sustituido por la pena de prisión⁷⁷.

V. ¿Están dadas las condiciones para la armonización del tratamiento penal juvenil en la Unión Europea?

Al contrastar el tratamiento que se le da a la delincuencia juvenil en los distintos países de la Unión Europea, con los estándares internacionales y los diferentes modelos de intervención frente al menor, es posible percibir que, en líneas generales, estos países son afines a los postulados que se derivan de dichos estándares y en esa medida se acercan más a un modelo de responsabilidad, sin renunciar del todo a instituciones propias del modelo educativo.

De este modo, son varios los aspectos que, a primera vista, facilitarían la unificación del tratamiento penal juvenil en la Unión Europea, de los cuales destacan los siguientes:

En primer lugar, las características similares que tiene la delincuencia en estos países. En este sentido, y salvo algunas excepciones, la delincuencia juvenil suele ir ligada a delitos –generalmente contra el patrimonio– de mediana o baja gravedad⁷⁸. Además, como pone de relieve CANO PAÑOS, este tipo de delincuencia en el ámbito europeo ha tenido una evolución y una estructura muy similares⁷⁹.

Un segundo punto en común es la aceptación general del respeto a los derechos fundamentales y a los estándares mínimos internacionales, que aquí han sido expuestos. Tal como advierte DE LA CUESTA ARZAMENDI⁸⁰, el análisis de los sistemas penales juveniles en la Unión Europea deja entrever que, por encima de las diferencias

⁷⁷ GONZÁLEZ TASCÓN, *Delincuencia juvenil en la Unión Europea*, 2010, 362; en: MUÑOZ CONDE/LORENZO SALGADO y otros (dirs.), *LH-Landrove*, 2011, 557.

⁷⁸ Cfr. GARCÍA PÉREZ, *RDPC 3 (1999)*, 37; *Política criminal 5 (2008)*, 20; CANO PAÑOS, *ADP 2002*, 293 s., 301 ss.; BERNUZ BENEITEZ, *RECPC 07-12 (2005)*, 12:8.

⁷⁹ CANO PAÑOS, *ADP 2002*, 286; *Futuro del Derecho penal juvenil europeo*, 2006, 99, 106. Este autor señala que “si se lleva a cabo una comparación general entre los distintos países europeos en el ámbito de la delincuencia juvenil, puede afirmarse que, por lo menos en el mundo occidental, no puede hablarse de la existencia de una delincuencia juvenil con unas características y una estructura específica para cada país europeo” (99).

⁸⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, *RECPC 10-09 (2008)*, 09:4.

ideológicas, los límites mínimos de edad, los órganos encargados de la administración de justicia de menores y las sanciones que se prevén, es mucha la proximidad entre estos sistemas en lo atinente a la aplicación de los estándares mínimos. En este sentido añade que “probablemente debido a la importante labor del Consejo de Europa, esos mismos principios, en parte ya recogidos por las Reglas de Beijing y otros documentos de las Naciones Unidas –establecimiento de edades-límite, preferencia de la prevención sobre la represión, flexibilización y diversificación de las reacciones (en lo posible no punitivas), intervención mínima, garantía de los derechos de los menores, especialización, etc.-, encuentran un mayor desarrollo en Europa, constituyendo así un patrimonio común específico digno de salvaguardia”.

En tercer lugar, y como otro punto de acercamiento entre los países de la Unión Europea en el ámbito de la delincuencia juvenil, está el hecho de que todos establecen una respuesta penal diferenciada para los menores, con respecto a la prevista para los adultos. Puede afirmarse, en consecuencia, que se ha tomado en serio el art. 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño que dispone: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes (...)”.

Sin embargo, pese a estos puntos en común, existen también –como ya expuse anteriormente- divergencias importantes que pueden representar el punto de quiebre para una armonización de la legislación penal juvenil europea. El ámbito en que mayores diferencias existen es, sin duda, el de los límites de edad para la atribución de responsabilidad penal. Y en este ámbito las diferencias pueden resultar más difíciles de conciliar en tanto la edad suele convertirse en el “caballo de batalla” de las propuestas político-criminales que abogan por un endurecimiento del sistema penal juvenil, en la línea de la tendencia -mencionada al comienzo de este trabajo- que atiende prioritariamente a las demandas de seguridad de la sociedad frente al menor infractor. Así, por ejemplo, frente a la comisión –por cierto muy poco frecuente- de un delito grave por parte de un menor, la propuesta “automática” de muchos grupos políticos –

que buscan además el protagonismo mediático- suele ser la disminución de la edad mínima para responder penalmente⁸¹.

Lo anterior deja entrever cómo, sobre todo a partir de las últimas tres décadas, las propuestas de reforma legislativa en el marco europeo parecen responder, más que al postulado de la protección del menor a través de medidas educativas y de carácter ambulatorio -en la línea de los estándares mínimos internacionales-, a las demandas de seguridad y protección de la sociedad, y en ese sentido abogan por un DP juvenil de rasgos más represivos⁸². Y cada vez son más las propuestas político-criminales afines a esta tendencia, bajo el pretexto de un aparente aumento de la criminalidad juvenil⁸³.

⁸¹ En este sentido, por ejemplo, PRITTWITZ, en: ANARTE (dir.), *Tendencias de la justicia penal de menores*, 2010, 31, hace referencia a las propuestas que han surgido en Alemania tendentes a cambiar (entre otros aspectos), la frontera entre minoría y mayoría de edad penal, de los 14 a los 12 años.

⁸² PRITTWITZ, en: ANARTE (dir.), *Tendencias de la justicia penal de menores*, 2010, 32 s., destaca dentro de esta tendencia la propensión, en países como España y Alemania, a cambiar las fronteras entre la minoría y la mayoría de edad penal, y a tratar como adultos a los jóvenes entre 18 y 21 años. Añade que existe además “una tendencia fuerte –y con potencial autoritario y terrorista- hacia agravaciones, internamientos de corta duración en algunos casos, de duración indeterminada en otros y de incapacitación de autores de crímenes en casos específicos”. Por su parte, en el caso de Italia, MARAFIOTI, en: ANARTE (dir.), *Tendencias de la justicia penal de menores*, 2010, 52 s., matiza un poco la repercusión de esta tendencia en su país, y afirma que “sin duda, hay que tener en cuenta que la opinión pública y la clase política a menudo consideran a los menores *sic et simpliciter* como ‘chicos malos’, alimentando una demanda, más o menos sincera o espontánea, de cambio de rumbo respecto a un pasado considerado demasiado permisivo. Pero hay que decir también que la irrupción de este fenómeno en Italia no es concluyente, denotando tan sólo la persistente crisis de la sanción penal, considerada, por este motivo, tan poco aflictiva como efectiva. Son inciertos, por tanto, los nuevos escenarios penales y procesales en los que esta tendencia rigorista, inspirada en el lema *law and order*, trata de introducirse”. También con respecto a Italia, ya antes HERRERO HERRERO, *Delincuencia de menores*, 2008, 367, afirmaba que “el aviso de la ola represiva” había llegado a ese país y había “contaminado” de alguna forma los proyectos de reforma del sistema penal juvenil presentados por el gobierno en el año 2002. Sin embargo reconocía la existencia de una fuerte oposición frente a estas propuestas. Este mismo autor se refiere a la tendencia represiva en otros países como Francia (367 ss.) y Gran Bretaña (375 ss.).

⁸³ En el caso de España, como explica CANO PAÑOS, *Futuro del Derecho penal juvenil europeo*, 2006, 188, el aparente aumento de la delincuencia juvenil en general “y de los casos de violencia juvenil en particular –pese al retroceso en las cifras observable a partir de los últimos datos suministrados por el Ministerio del Interior-, ha dado pie a que desde determinados círculos políticos, así como por una gran parte de la opinión pública, se abogue por una protección mayor de la sociedad y, por ende, por un tratamiento más severo con respecto a esos ‘menores y jóvenes criminales’”. También advierten sobre esta tendencia en España, CRUZ MÁRQUEZ, *CPC 96 (2008)*, 9 ss.; GÓMEZ RIVERO, en: ANARTE (dir.), *Tendencias de la justicia penal de menores*, 2010, 97 ss., quien afirma que “si de forma gráfica los viejos principios antagónicos en el debate de la responsabilidad de los menores podrían cifrarse, por un lado, en la seguridad y garantía del menor frente a las ansias de castigo de la sociedad y, por otro, en la seguridad de la sociedad frente al menor, en los últimos tiempos el pulso parece ganarlo claramente el segundo” (100); MORILLAS CUEVA, en: BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA (dir.), *El Derecho penal de menores a debate*, 2010, 51 s. Por su parte, MARTÍNEZ MACÍAS/MORENO MORENO, en: ANARTE (dir.), *Tendencias de la justicia penal de menores*, 2010, 155 ss., se refieren al papel de la víctima y su incidencia en la dirección de la política criminal hacia la tendencia aludida.

Con esto, en palabras de CANO PAÑOS⁸⁴, se asiste “a la reducción de la Política criminal a una Política penal”.

Cabe concluir que esa misma tensión entre seguridad-garantías que se da en el DP de adultos se revela también en el DP juvenil. El modelo de responsabilidad que surgió, entre otras razones, para acercar el sistema penal juvenil de menores al de adultos, sobre todo en lo relativo al reconocimiento de las mismas garantías sustantivas y procesales, implica también un acercamiento a los problemas y tensiones de este último⁸⁵. Sin embargo, no puede perderse de vista que el propio modelo de responsabilidad pretende conjugar, de la mejor forma posible, la educación y el castigo⁸⁶, y a eso apuntan –al menos hasta ahora– los estándares internacionales. Considero que un DP de menores, como Derecho *penal*⁸⁷ que es, no puede ni debe renunciar al castigo, pero como Derecho penal de *menores* debe hacer todavía más hincapié en la finalidad educativa de las sanciones que se impongan. Esto último es lo que parecen desconocer muchas de las actuales propuestas en el ámbito de la delincuencia juvenil.

Por último, resulta importante señalar que si los intentos de armonización de las legislaciones penales juveniles en el ámbito europeo van encaminados hacia lo dispuesto en los estándares internacionales que incluso, como se ha visto, defienden el establecimiento de una edad mínima no muy baja de responsabilidad penal, deberán ser bien recibidos y fomentados. Por el contrario, si esos intentos de armonización van a recorrer la senda marcada únicamente por las demandas sociales de seguridad y

⁸⁴ CANO PAÑOS, *Futuro del Derecho penal juvenil europeo*, 2006, 271. Este mismo autor en: *ADP 2002*, 312, afirma que “la delincuencia juvenil debe ser considerada como un problema social, el cuál (sic) debe abordarse preferentemente desde un punto de vista social y no ser combatido exclusivamente con medios penales”. Añade que el DP, como *ultima ratio*, no puede convertirse en un “taller de reparación” para contrarrestar los efectos de una mala política social, económica, cultural. Considera que para abordar el problema de la delincuencia juvenil deben crearse las condiciones necesarias para reaccionar frente a los síntomas y causas de esta. Dentro de esas condiciones menciona, por ejemplo, la creación de empleo y la ampliación de la oferta educativa para los jóvenes.

⁸⁵ En este sentido GARCÍA-PÉREZ, *Política criminal 5 (2008)*, 18 s., refiriéndose al caso español, afirma que “estamos asistiendo a la implantación del modelo de la seguridad ciudadana en el sistema de responsabilidad penal de los menores. O dicho con otros términos, se están dando todos los pasos necesarios para introducir en la justicia de menores las actuales directrices político-criminales que presiden el Derecho penal de adultos y que en la actualidad responden a dicho modelo”.

⁸⁶ Como advierte CRUZ MÁRQUEZ, *CPC 96 (2008)*, 9, la doble naturaleza penal-educativa es el rasgo más característico y diferenciador del Derecho penal de menores, y a partir de ese rasgo deben interpretarse sus disposiciones más complejas.

⁸⁷ Hace énfasis en la importancia de reconocer la naturaleza *penal* del Derecho penal juvenil, GARCÍA PÉREZ, *RDP 3 (1999)*, 62 ss. Este autor considera que, con frecuencia, la naturaleza penal se niega de manera más o menos abierta, y en eso se han basado los modelos tutelares o de protección. Añade que “la consecuencia del reconocimiento de la naturaleza penal del sistema de justicia juvenil es que en él rigen todos los principios y garantías del Derecho penal (...)” (64).

protección y por las consecuentes propuestas de exacerbación de lo punitivo con las que se pretende “tranquilizar” a la sociedad, deben rechazarse en cuanto suponen el retorno a lo que ya se creía superado, esto es, a un tratamiento exclusivamente represor y desprovisto de cualquier finalidad educativa. Si el referente para la opción por una u otra tendencia pretende encontrarse en lo que está sucediendo con el DP de adultos, el panorama no resulta alentador.

VI. Bibliografía citada

- BERNUZ BENEITEZ, María José: *Justicia de menores española y nuevas tendencias penales. La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil*, en: RECPC 07-12 (2005), 12:1- 12:23.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel: *¿Es conveniente un endurecimiento del Derecho penal juvenil?*, en: ADP 2002, 285-317.
- *El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España*, Atelier, Barcelona, 2006.
- COLÁS TURÉGANO, Asunción: *Presupuestos de la responsabilidad penal del menor*, en: CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta/COLÁS TURÉGANO, Asunción: *La responsabilidad penal del menor de edad*, Tecnos, Madrid, 2002, 15-99.
- CRUZ BLANCA, María José: *Derecho penal de menores (Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores)*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002.
- CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz: *El régimen penal del joven adulto-mayor de dieciocho y menor de 21*, en: CPC 96 (2008), 6-44.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis: *¿Es posible un modelo compartido de reeducación y reinserción en el ámbito europeo?*, en: RECPC 10-09 (2008), 09:1- 09:36.
- FERNÁNDEZ MOLINA, Esther: *Entre la educación y el castigo. Un análisis de la justicia de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio: *Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico*, en: RDPC 3 (1999), 33-76.
- *La reforma de 2006 del sistema español de justicia penal de menores*, en: Política Criminal 5 (2008), 1-31. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_1_5.pdf
- GÓMEZ RIVERO, M.^a Carmen: *Una vuelta de tuerca más: la LO 8/2006, modificadora de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, en: ANARTE BORRALLÓ, Enrique (dir.): *Tendencias de la justicia penal de menores. (Una perspectiva comparada)*, Iustel, Madrid, 2010, 97-137.

- GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta: *La delincuencia juvenil desde el prisma del Consejo de Europa: una primera lectura de las reglas europeas para los menores delincuentes que son objeto de sanciones y medidas*, en: La Ley 7179 (2009).
- *El tratamiento de la delincuencia juvenil en la Unión Europea. Hacia una futura política común*, Ministerio del Interior-Lex Nova, Valladolid, 2010.
 - *Un nuevo reto para la Unión Europea: la delincuencia juvenil*, en: MUÑOZ CONDE, Francisco/LORENZO SALGADO, José Manuel y otros (dirs.): LH-Landrove, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 531-567.
- HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel: *Capítulo III: La intervención sobre menores en conflicto social*, en: HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel (coord.): El sistema español de justicia juvenil, Dykinson, Madrid, 2002, 41-54.
- HERRERO HERRERO, César: *Delincuencia de menores. Tratamiento criminológico y jurídico*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2008.
- HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe: *Derecho penal juvenil*, Bosch, Barcelona, 2003.
- MADRID VIVAR, Dolores: V. MAYORGA FERNÁNDEZ, M.ª José/MADRID VIVAR, Dolores.
- MARAFIOTI, Luca: *El proceso penal de menores en Italia. Notas problemáticas*, en: ANARTE BORRALLA, Enrique (dir.): Tendencias de la justicia penal de menores. (Una perspectiva comparada), Iustel, Madrid, 2010, 37-56.
- MARTÍN LÓPEZ, Mª Teresa: *Modelos de justicia juvenil: análisis de Derecho comparado*, en: MARTÍN LÓPEZ, Mª Teresa (coord.): La responsabilidad penal de los menores, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, 67-103.
- MARTÍNEZ MACÍAS, Lola/MORENO MORENO, Fernando: *Reflexiones sobre el papel de la víctima en la justicia penal de menores*, en: ANARTE BORRALLA, Enrique (dir.): Tendencias de la justicia penal de menores. (Una perspectiva comparada), Iustel, Madrid, 2010, 155-181.
- MAYORGA FERNÁNDEZ, M.ª José/MADRID VIVAR, Dolores: *Segunda parte: estado de la cuestión*, en: RODRÍGUEZ GARCÍA, Alfredo/ MAYORGA FERNÁNDEZ, M.ª José/MADRID VIVAR, Dolores: Los menores en un Estado de Derecho: Normativa internacional, nacional y autonómica. Prevención de la delincuencia infanto-juvenil, Dykinson, Madrid, 2009, 85-104.
- MONTERO HERNÁNZ, Tomás: *La justicia juvenil en España: comentarios y reflexiones*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *La política criminal de menores como expresión de una continuada contradicción*, en: BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F./CRUZ BLANCA, María José (dir.): El Derecho penal de menores a debate, Dykinson, Madrid, 2010, 15-52.
- ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario: *Derecho penal de menores*, 4ª ed., Bosch, Barcelona, 2007.
- PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima: *Menores infractores: Estudio empírico de la respuesta penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- PRITTWITZ, Cornelius: *La justicia penal de menores en Alemania*, en: ANARTE BORRALLA, Enrique (dir.): Tendencias de la justicia penal de menores. (Una perspectiva comparada), Iustel, Madrid, 2010, 21-36.

- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.^a Isabel: *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*, Comares, Granada, 1998.
- TAMARIT SUMALLA, Josep M.^a: *¿Hacia un sistema europeo de sanciones penales?*, en: GARCÍA VALDÉS, Carlos y otros (coords.): *EH-Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, 647-1669.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos: *Derecho penal juvenil europeo*, Dykinson, Madrid, 2005.
- *Capítulo IV: Modelos de justicia penal de menores*, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos/SERRANO TÁRRAGA, María Dolores (eds.): *Derecho penal juvenil*, 2^a edición, Dykinson, Madrid, 2007, 143-186.
 - *Capítulo V: Justicia penal de menores. Marco internacional*, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos/SERRANO TÁRRAGA, María Dolores (ed.): *Derecho penal juvenil*, 2^a edición, Dykinson, Madrid, 2007, 187-230.

ESCÁNDALOS ECONÓMICOS Y REFORMAS PENALES: Prevención y represión de las infracciones societarias en la era de la globalización*

Luigi Foffani

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Módena y Reggio Emilia

Resumen: El artículo analiza brevemente la oleada de graves escándalos económico-financieros desencadenados en todo el mundo en el curso de los últimos años (Enron, Parmalat, etc.), comparando las distintas reacciones de los legisladores de cada país, y deteniéndose en especial en las recientes reformas introducidas en la normativa penal económica en los Estados Unidos y en Italia, para concluir subrayando las exigencias de armonización de esta materia (con especial atención a los delitos societarios) en el ámbito de la Unión Europea.

Palabras clave: Enron; Sarbanes-Oxley-Act; Parmalat; delitos societarios; armonización europea

Abstract: This essay shortly analyzes the wave of severe economical scandals of the last years all over the world (Enron, Parmalat, etc.), comparing the different reactions of the national legislators, focusing on the recent reforms of the economic criminal law in USA and in Italy. Finally the author emphasizes the need of an harmonization of the criminal law rules on corporate crimes inside the European Union.

Keywords: Enron; Sarbanes-Oxley-Act; Parmalat; corporate crimes; european harmonization

Abreviaturas:

Cass. pen.: Cassazione penale

Corr. giur.: Il Corriere giuridico

Dir. Giust.: Diritto&Giustizia

Dir. pen. proc.: Diritto penale e processo

Foro it.: Il Foro italiano

Giur. comm.: Giurisprudenza commerciale

Guida dir.: Guida al diritto

JZ: Juristenzeitung

LP: Legislazione penale

* Texto de la ponencia inaugural del Congreso de Alumnos de Derecho Penal de Salamanca (22 marzo 2012).

Riv. it. dir. proc. pen.: Rivista italiana di diritto e procedura penale

Riv. soc.: rivista delle società

Riv. trim. dir. pen. ec.: Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia

ZIP: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis

1. En la economía globalizada del nuevo milenio, la “*corporate criminality*” está viviendo un momento de especial actualidad: además, las extraordinarias oportunidades de la “*new economy*” han abierto nuevas posibilidades operativas a la criminalidad de guante blanco, acompañadas de márgenes de ganancias de una entidad y rapidez desconocidas en la economía tradicional. Sólo en los Estados Unidos, según datos publicados por la revista *Fortune*, se calcula que excluyendo del estudio «las sociedades cuyas acciones han perdido al menos del 75% desde el 1 de enero de 1999 al 31 de mayo de 2002, los administradores de 1035 sociedades han “robado” más o menos 66.000 millones de dólares (con puntas máximas individuales que en algunos casos superan los 900 millones de dólares). Los han robado mientras los inversores perdían el 70%, el 90%, o *todos* sus ahorros: mientras las sociedades se hundían, ellos se hacían “inmensamente, extraordinariamente, obscenamente ricos»¹.

Efectivamente, el cambio de siglo, con el final de la optimista e ilimitada fe en el “dios mercado”, ha ofrecido en pocos años un impresionante abanico de desviaciones patológicas y criminales: primero en los Estados Unidos y pocos meses después también al otro lado del Atlántico, en el corazón de la vieja Europa: Francia, España, Alemania e Italia han sido testigos de una proliferación de grandes escándalos financieros y clamorosos procesos penales económicos, en ocasiones con efectos desestabilizadores para las propias instituciones políticas (como ha ocurrido, en particular, en Italia, donde ya a lo largo de los años 90 las investigaciones judiciales sobre las relaciones ilícitas entre el mundo de la empresa, la Administración Pública y el poder político provocaron un auténtico terremoto institucional del que aún hoy se sufren las consecuencias con la desaparición de los partidos tradicionales y una profunda transformación del sistema político-institucional²).

¹ GIMEIN, *You Bought They Sold*, en *Fortune*, nº 16, 2 septiembre 2002, p. 38-44, cit. por F. STELLA, *Il mercato senza etica*, introducción a C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2002, p. II.

² Sobre la experiencia de “Tangentopoli”, desde un punto de vista estrictamente penal, cfr. sobre todo G. FORTI, *L'insostenibile pesantezza della “tangente ambientale”: inattualità di disciplina e disagi*

El final de la guerra fría y de la división del mundo en bloques no ha podido impedir – y quizá casi ha contribuido a fomentar – el surgimiento de nuevas amenazas globales y nuevas formas de inseguridad colectiva: la gran criminalidad económica, con el gran desconcierto de los mercados que cada vez con más frecuencia la acompaña, actualmente forma parte de aquellas amenazas de nuestra era – del terrorismo al desastre nuclear, de la alteración del ecosistema a la difusión de nuevas enfermedades – que turban el sueño de la que se ha dado en llamar la “sociedad del riesgo”³: una sociedad del riesgo que se dirige siempre con mayor angustia hacia los poderes públicos y al sistema de la Justicia penal en busca de nuevas protecciones y nuevas seguridades. El sistema penal se encuentra sobrecargado, y por ello a su vez corre el riesgo de sufrir una verdadera convulsión por estas nuevas demandas, sin embargo no puede eludir la petición de tutela por parte de la sociedad.

2. En el campo de la criminalidad económica y societaria, la primera (cronológicamente) y más contundente respuesta por parte de los poderes públicos, dotada además de una carga simbólica fuertemente emotiva, ha llegado del propio corazón del imperio, es decir, de los Estados Unidos, cuyo optimismo y fe en las virtudes infinitas de la autorregulación del mercado y su capacidad de aislar y

applicativi nel rapporto corruzione-concussione, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 476 ss.; ID., *Unicità o ripetibilità della corruzione sistemica? Il ruolo della sanzione penale in una prevenzione “sostenibile” dei crimini politico-amministrativi*, en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, p. 1069 ss.; ID., *Remarks on the role of criminal sanction in a sustainable prevention of crimes in the public administration. The Italian experience of systemic corruption*, en P. BERNASCONI (coord.), *Responding to corruption. Social defense, corruption and the protection of public administration and the independence of justice*, Napoli, 2000, p. 173 ss.; T. PADOVANI, *Il problema “Tangentopoli” tra normalità dell’emergenza ed emergenza della normalità*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 448 ss.; A. PAGLIARO, *La lotta contro la corruzione e la recente esperienza italiana di “Mani pulite”*, en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, p. 1122 ss.; D. PULITANÒ, *La giustizia penale alla prova del fuoco*, en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, p. 1 ss. Véase también el texto y la exposición de motivos del llamado “proyecto de Cernobbio”: *Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell’illecito finanziamento di partiti*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1025 ss. y en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 911 ss., con contribuciones de D. PULITANÒ, F. STELLA, G.M. FLICK, F. SGOBBI, L. FOFFANI; v. también C.F. GROSSO, *L’iniziativa di Di Pietro su Tangentopoli. Il progetto anticorruzione fra utopia punitiva e suggestione premiale*, en *Cass. pen.*, 1994, p. 2347 ss.; A. PAGLIARO, *Per una modifica delle norme in tema di corruzione e concussione*, en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 55 ss. En la vasta literatura de corte socio-criminológico, en especial, D. DELLA PORTA, *Lo scambio occulto. Casi di corruzione politica in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1992; D. DELLA PORTA/A. VANNUCCI, *Corruzione politica e amministrazione pubblica. Risorse, meccanismi, attori*, Bologna, Il Mulino, 1994; M. D’ALBERTI/A. FINOCCHI (coord.), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994; D. NELKEN, *Tangentopoli*, in M. BARBAGLI/U. GATTI (coord.), *La criminalità in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 55 ss.; ID., *Il significato di Tangentopoli, la risposta giudiziaria alla corruzione e i suoi limiti*, in *Storia d’Italia. Annali*, vol. XIV, Torino, Einaudi, 1988, p. 597 ss.

³ U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1986.

circunscribir los comportamientos patológicos se ha visto sacudida como nunca antes por los casos Enron, Worldcom, Arthur Andersen, Global Crossing, Tyco, sólo por citar los más conocidos. Un hombre político de primera línea como el senador Edward Kennedy observaba que «las infracciones societarias roban a la nación: roban a nuestros hijos el aire y el agua limpia, roban a los ciudadanos más ancianos en términos de paz mental, atrayéndoles hacia inversiones desconsideradas; [...] las infracciones societarias minan la confianza general en nuestro sistema de libre competencia»⁴. En efecto, la crisis ha convulsionado las raíces de todo el sistema estadounidense de la “*corporate governance*”, que - a pesar de la difundida adopción de códigos éticos a lo largo de los años inmediatamente precedentes - se ha revelado incapaz de contener y regular el temperamento egoísta de los *managers*.

El caso *Enron*, en particular, ha revelado cuán devastadora para la estabilidad de los mercados puede ser la combinación de la búsqueda patológica de la maximización de las ganancias a toda costa con la constante y fantasiosa elaboración de nuevos instrumentos financieros, creadores de una riqueza virtual en constante movimiento y cada vez más desligada de la producción y distribución de bienes “reales”. Ha sido el mayor escándalo financiero de la historia de los Estados Unidos. La Enron, un gigante en el sector de la energía, quiebra improvisamente el 2 de diciembre de 2001 a causa de pérdidas colosales que determinaron el hundimiento de las acciones en la bolsa, causando daño a innumerables accionistas. Tales pérdidas habían sido determinadas por los *top-managers* de Enron, quienes, con varias maniobras fraudulentas que habían llevado incluso a la creación de sociedades fantasma, y que servían a enmascarar las auténticas operaciones, se apropiaron de sumas que superan los 600 millones de dólares. Estas operaciones se habían disimulado falsificando las cuentas anuales de la sociedad. El hundimiento de Enron ha provocado una serie de reacciones en cadena: investigaciones penales por parte del F.B.I. sobre Enron y sobre la sociedad auditora Arthur Andersen, que era quien certificaba las cuentas anuales de Enron y que destruyó los documentos relativos a estas operaciones. Y en cualquier caso ha provocado un daño imposible de resarcir a miles de inversores⁵. Como dijo Paul Krugman en un editorial en

⁴ Declaraciones citadas por F. STELLA, *op. cit.*, p. V.

⁵ Sobre el caso *Enron* cfr. especialmente R. HEFENDEHL, *Enron, Worldcom und die Folgen: das Wirtschaftsstrafrecht zwischen kriminalpolitischen Erwartungen und dogmatischen Erfordernisse*, en *JZ*, 2004, p. 18 ss.; KERSTING, *Auswirkungen des Sarbanes Oxley Gesetzes in Deutschland: Können deutsche Unternehmen das Gesetz befolgen?*, *ZIP* 2003, p. 233 ss.; SCHWARZ/HOLLAND, *Enron, WorldCom und die Corporate-Governance-Diskussion*, *ZIP* 2002, p. 1661 ss. En la doctrina italiana, en particular, S.

el *New York Times*, «el desastre Enron no es la simple historia de la quiebra de una sociedad, es la historia de la quiebra de un sistema», y precisamente por eso el caso Enron no ha sido un caso aislado: según datos de la *Enforcement Division* de la *Securities Exchange Commission (SEC)*, sólo en los primeros siete meses del 2002 se habían iniciado 122 expedientes de investigaciones federales por falsedad en las cuentas⁶.

Las respuestas del Gobierno y del Parlamento fueron draconianas: el 30 de julio de 2002, el Presidente Bush firmó la «*Sarbanes-Oxley Act of 2002*», aprobada unos días antes por abrumadora mayoría en el Congreso y presentada a los mercados por el mismo Presidente de los Estados Unidos como «*the most far reaching reforms of American business practices since the time of Franklyn Delano Roosevelt*»⁷. La ley, llamada también «*Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002*»⁸, es decir, ley de 2002 de reforma de la contabilidad de las compañías y de protección al inversor, prevé nuevas «medidas dirigidas a prevenir y castigar los comportamientos fraudulentos y los episodios de corrupción, a entregar los culpables a la Justicia y a proteger los intereses de los trabajadores y los accionistas». La reforma busca «la mejora de la calidad y la transparencia de las relaciones financieras, de los controles externos de las sociedades y de la contabilidad de las *public companies*». Los puntos más importantes de la reforma son:

1) la constitución del nuevo «*Public Company Accounting Oversight Board*»: se trata de un organismo de vigilancia y control con funciones de supervisión de la documentación y actividad de las *public companies* sujetas a las *securities law*. La Comisión puede decidir realizar inspecciones de la contabilidad de la sociedad, abrir investigaciones o procedimientos disciplinarios y, en caso de necesidad, puede aplicar sanciones adecuadas (de naturaleza administrativa, naturalmente).

CACCHI PESSANI, *Corporate governance, sistema dei controlli e intermediari reputazionali negli Stati Uniti d'America dopo il caso Enron*, en *Giur. comm.*, 2003, p. 746 ss.; COLCERA, *I sistemi di vigilanza delle società italiane quotate nei mercati regolamentati: il Sarbanes-Oxley Act, un modello per l'Italia?*, en *Le Società*, 2005, p. 791 ss.; M.V., *Critiche (e apprezzamenti) al Sarbanes-Oxley Act.*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1007 ss.; U. MATTEI/F. SARTORI, *Conflitto continuo. A un anno da Enron negli Stati Uniti e in Europa*, en *Politica del diritto*, 2003, n° 2, p. 177 ss.

⁶ Cfr. E. MONTANI, *L'esperienza degli Stati Uniti*, en A. ALESSANDRI (cur.), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, IPSOA, 2002, p. 457.

⁷ Discurso del Presidente Bush del 30 de julio de 2002, in www.whitehouse.gov/news/releases/2002.

⁸ Pub. L. 107-204, 116 Stat. 745 (2002). Sul *Sarbanes-Oxley-Act* cfr. ad es. M. LIPTON/L.A. MCINTOSH, *Corporate Governance in the Light of Sarbanes-Oxley and the NYSE Rules*, en *M&A Lawyer* (Sept. 2002), p. 8 ss.

2) Se refuerza la independencia de las sociedades de revisión responsables de controlar las *public companies*.

3) Se aumenta los recursos destinados a la SEC.

4) Por último – y este es el aspecto más relevante desde nuestro punto de vista – prevé un significativo aumento de las penas previstas por los delitos cometidos por los administradores de las sociedades: para los casos más graves de fraude en la gestión de la sociedad, el máximo de la pena prevista se aumenta de 5 a 20 años de reclusión. Es cierto que se trata de incrementos de pena destinados en gran parte a quedarse en el terreno de lo simbólico, ya que el máximo de la pena se aplica muy raramente: sin embargo, el mensaje que se pretende transmitir a los jueces es claramente el de aplicar el mayor rigor en el tratamiento de los delitos societarios.

La *Sarbanes-Oxley-Act* completa, en el terreno de la responsabilidad penal de los administradores, una intervención político criminal que ya a lo largo de los años 90 había reforzado el sistema de la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, refiriéndose a los casos en los que los delitos o infracciones penales societarias se cometan en el interés de la empresa. La U.S. *Sentencing Comisión* de hecho, había llevado a cabo una reforma basada en la política del “bastón y la zanahoria”, previendo altísimas penas pecuniarias contra las sociedades (bastón) y al mismo tiempo otorgando reducciones de esta pena de hasta el 80% o más (zanahoria) a las sociedades que preventivamente se doten de programas de autorregulación (*compliance programs*) tendentes a dar vida a comportamientos empresariales con estándares rigurosos de *ética managerial*⁹.

3. Me he detenido en el ejemplo de los Estados Unidos por ser extremadamente significativo: por un lado, porque es en este país donde ha comenzado esta nueva modalidad de criminalidad societaria, con una dimensión y agresividad desconocidas en el pasado; por otro lado, porque la respuesta del legislador ha sido, como hemos podido ver, de una dureza inusitada y difícil de imaginar en la mayor parte de los ordenamientos europeos, especialmente en lo atinente al exasperado aumento de los límites máximos de la pena.

⁹ F. STELLA, *op. cit.*, p. V.

En el otro lado del Atlántico, en Europa, las cosas han ido de manera muy diferente. Es paradigmático, como contraposición a la experiencia estadounidense, el caso del ordenamiento jurídico italiano, sobre el que me detendré brevemente. En los últimos meses de 2003 y en el principio de 2004 en Italia ha tenido lugar una explosión prácticamente contemporánea de una serie de grandes escándalos financieros – los más importantes son aquellos en los que se han visto implicados dos de los mayores grupos industriales alimentarios del país, *Cirio* y *Parmalat*¹⁰ – caracterizados por proporcionar un riquísimo abanico de comportamientos criminosos en la gestión de la empresa y de las operaciones de mercado (falsedad en la contabilidad y en las comunicaciones sociales, quiebra, manipulaciones bursátiles, obstaculización de las funciones de vigilancia, falsas comunicaciones de los auditores, etc.), con consecuencias ruinosas para una vastísima platea de inversores, afectados como accionistas y, sobre todo, como obligacionistas de las sociedades protagonistas¹¹.

Sobre todo el caso Parmalat puede definirse como el Enron italiano, y probablemente constituye el escándalo financiero más grave que jamás haya tenido lugar en Europa, también en este caso debido a colosales distracciones de fondos de la sociedad llevadas a cabo por los propios administradores de la sociedad en beneficio propio y de la familia Tanzi, que ostentaba el paquete de acciones mayoritario. En el momento del hundimiento definitivo, el grupo Parmalat tenía un “agujero” de 14.000 millones de Euros, hasta ese momento ocultado a los órganos de control y a la opinión pública a través de una serie impresionante de falsificaciones contables. Estamos hablando de una cifra que representa más del 1% del PIB italiano: bajo este punto de vista, como se ha escrito en el *Financial Times*, el crack de Parmalat representa proporcionalmente para el Estado y para los ciudadanos italianos una carga muchísimo mayor que la provocada por el escándalo Enron en los Estados Unidos, a pesar de que el valor absoluto de la cifra de la quiebra de Enron fuera muy superior. Para dar una idea

¹⁰ Sobre el caso *Cirio* cfr. M. ONADO, *I risparmiatori e la Cirio: ovvero, pelati alla meta*, en *Mercato concorrenza regole*, 2003, p. 499 ss.; sobre el caso *Parmalat*, en especial, cfr. G. CAPOLINO/F. MASSARO/P. PANERAI, *Parmalat. La grande truffa*, Milano, 2004; CINGOLO, *Lo schema Tanzi*, Roma, 2004; P. DALCÒ/L. GALDABINI, *Parmalat. Il teatro dell'assurdo*, Parma-Milano, 2004; M.K. DI STASIO, *Il caso Parmalat*, Roma, 2004; G. FRANZINI, *Il crac Parmalat*, Roma, 2004; F. VELLA (ed.), *Parmalat: tre anni dopo*, en www.lavoce.info, 19 diciembre 2006 (con contribuciones de M. ONADO, F. VELLA, L. FOFFANI, F. MUCCIARELLI, L. STANGHELLINI, E. BARUCCI/M. MESSORI).

¹¹ Sobre los escándalos financieros y su influencia en la evolución de la intervención penal en la economía en Italia cfr., en la literatura penalística más reciente, A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economica*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 101 ss.; L. FOFFANI, «Sicurezza» dei mercati e del risparmio: il diritto penale dell'economia di fronte alle tensioni della «modernità», in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Napoli, Jovene, 2011, p. 1921 ss.

de los daños provocados a los inversores¹², contra los administradores y los propietarios del grupo Parmalat se han interpuesto 75.000 denuncias penales, y en los procesos penales actualmente en curso ante los tribunales de Milán y Parma se han constituido más de 40.000 partes civiles en petición de resarcimiento de daños. De dimensiones poco inferiores se puede mencionar el caso Cirio, que ha afectado a 35.000 pequeños inversores, por un total de 1.125 millones de Euros.

En realidad, la criminalidad económica en Italia nunca ha dejado de llenar las primeras páginas de los periódicos en estos últimos años: desde el *crack* Sindona y del Banco Ambrosiano hasta la “epopeya” de los procesos de Tangentopoli, la atención de la opinión pública se ha visto periódicamente atraída por la intervención de la Justicia penal en materia económica; en estos últimos sucesos, sin embargo, sea por las dimensiones y por lo difundido de los daños sufridos por los inversores, sea por la estridente contradicción con la línea político-criminal que se venía imponiendo a nivel legislativo, la presión ejercida por parte de la opinión pública sobre el legislador ha sido mucho más fuerte que en otras ocasiones.

4. Para comprender el porqué, hay que dar un pequeño paso atrás, y recorrer las últimas etapas de las intervenciones legislativas italianas en materia económica. En el año 2001, pocas semanas antes de las elecciones generales (bajo el gobierno Amato y una coalición de centro-izquierda), se introdujo por primera vez en Italia una forma de responsabilidad de las empresas por delitos cometidos por los directivos o por los empleados “en interés o beneficio” de la propia persona jurídica: una responsabilidad formalmente administrativa, pero sustancialmente de naturaleza penal, que vulneraba el tradicional principio *societas delinquere non potest*¹³. Se trató, por lo tanto, de una

¹² Se calculan unos 135.000 ahorradores afectados en el caso Parmalat.

¹³ Sobre la nueva normativa de la responsabilidad de las personas jurídicas derivada de delito, véase, en general, AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, IPSOA, 2002; AA.VV., *La responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, en *Cassazione penale*, 2003, suplemento al n° 6, Milano, Giuffrè, 2003; AA.VV., *L'ultima sfida della politica criminale: la responsabilità (penale?) degli enti collettivi*, en *Legislazione penale*, 2003, p. 349 ss.; E. AMATI (ed.), *La responsabilità da reato degli enti. Casi e materiali*, Torino, UTET, 2007; G.A. DE FRANCESCO (ed.), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, Torino, Giappichelli, 2004; G. GARUTI (ed.), *La responsabilità amministrativa degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, CEDAM, 2002; G. LATTANZI (ed.), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, 2. ed., Milano, Giuffrè, 2011; F. MONESI (ed.), *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. Etica d'impresa e responsabilità degli enti*, Milano, Giuffrè, 2005; F.C. PALAZZO (ed.), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, CEDAM, 2003.

reforma revolucionaria a nivel de los principios del Derecho, pero en realidad – sobre todo a causa de las fortísimas presiones y la gran resistencia ejercitadas por el mundo empresarial sobre el legislador - se trataba de una reforma inicialmente muy tímida en el plano de los contenidos concretos, ya que esta nueva responsabilidad de las personas jurídicas derivada de delito se preveía sólo para un número restringidísimo de delitos (corrupción y fraude de subvenciones públicas)¹⁴. En cualquier caso, se trataba de un pequeño pero significativo paso dirigido a una mayor responsabilización de las empresas en la prevención y represión de las infracciones de carácter societario.

Poco tiempo después, sin embargo, con la llegada al poder del nuevo Gobierno Berlusconi, este viento cambió rápidamente. La primera intervención legislativa adoptada por la nueva mayoría parlamentaria de centro-derecha recayó sobre la materia de los delitos societarios, con la ley de delegación de 3 de octubre del 2001, nº 366 y el decreto legislativo de 11 de abril del 2002, nº 61¹⁵. Una tal urgencia por parte del legislador, se ha visto inmediatamente como cualquier cosa menos casual, vista la significativa cantidad de causas penales pendientes por delitos societarios – en particular por el delito de falsas comunicaciones sociales – que afectaban al Presidente del Gobierno. De este modo, la reforma de los delitos societarios se convirtió en la primera de una larga serie de leyes *ad personam* que han caracterizado la XIV legislatura, dando vida a un fenómeno de abuso sistemático del instrumento legislativo sin igual en la Historia de la Italia republicana¹⁶.

Las modificaciones se realizaron sobre todo degradando la clase y la entidad de las sanciones (con importante reflejo en los plazos de prescripción), con el cambio del régimen de la procedibilidad y, por último (y sobre todo), con la introducción de límites

¹⁴ El ámbito de los delitos susceptibles de suscitar la responsabilidad de una persona jurídica ha sido de todos modos progresiva e inexorablemente aumentado en el curso de los últimos años, sobre todo bajo el impulso de las iniciativas político-criminales adoptadas en sede europea.

¹⁵ Sobre los nuevos delitos societarios vease, en general, A. ALESSANDRI, (ed.), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, IPSOA, 2002; L. FOFFANI, Art. 2621-2642 c.c., en C.E. PALIERO/F. PALAZZO (ed.), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2ª ed., Padova, CEDAM, 2007, p. 2443 ss.; A. GIARDA/S. SEMINARA (ed.), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, CEDAM, 2002; F. GIUNTA (ed.), *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, Torino, Giappichelli, 2002; A. LANZI/A. CADOPPI (ed.), *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio*, Padova, CEDAM, 2006; C. LUNGHINI, Art. 2621-2642 c.c., en E. DOLCINI/G. MARINUCCI (ed.), *Codice penale commentato*, 2ª ed., Milano, IPSOA, 2006; M. MASULLO/A. BIANCONI, en T. PADOVANI (ed.), *Leggi penali complementari*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1218 ss.; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 2007.

¹⁶ Cfr. sobre este fenómeno, en sentido netamente crítico, E. DOLCINI, *Leggi penali “ad personam”, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 50.

cuantitativos para la punibilidad así como de causas de no punibilidad inexistentes en la normativa anteriormente vigente. El resultado de estas modificaciones fue el de un intento científico, por parte del legislador, de hacer que la reciente normativa fuera inefectiva desde el principio¹⁷: los delitos societarios – y sobre todo el más temido de ellos debido a sus potenciales destinatarios, que es la norma que castiga las falsas comunicaciones sociales – prácticamente venían neutralizados; el mensaje implícito lanzado a la opinión pública era que se había dejado “manos libres” en la gestión empresarial renunciando al control penal en el sector de la criminalidad económica: para estos tipos de autor (y sólo para estos) la política criminal se presentaba de este modo con el dulce rostro de la “tolerancia máxima” y de un “Derecho penal del amigo”.

El fundamento de las opciones político-criminales tomadas por ese legislador no fue la exigencia - que sin embargo se aduce en la exposición de motivos que acompaña el decreto - de afirmar los ideales garantistas que se hallan bajo el reconocimiento del principio que en materia penal requiere la lesión de un bien jurídico (principio de ofensividad), cuanto más bien la búsqueda indiscriminada de espacios de impunidad a conductas fraudulentas en la gestión de la empresa social, en la implícita convicción que el Derecho penal – cuando pretende hacer valer una exigencia de transparencia informativa hacia los socios y los terceros – representa un peso sofocante para la libertad de empresa¹⁸.

5. Los efectos de la reforma no tardaron en hacerse notar: decenas de procesos pendientes por falsedad en las cuentas se concluyeron rápidamente con sentencias absolutorias, o por haberse cumplido los plazos de prescripción (como consecuencia de la fuerte reducción de los límites penales establecidos por legislador), o por la imposibilidad de probar que los hechos superasen el umbral cuantitativo de punibilidad introducido por la reforma. Es inútil añadir que entre los muchos imputados que se beneficiaron de esta situación se encontraba el mismo Jefe del Gobierno, absuelto por prescripción en los juicios celebrados contra él.

¹⁷ En estos términos, especialmente, C.E. PALIERO, *Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine alle incriminazioni*, en *Guida dir.*, 2002, n. 16, p. 37.

¹⁸ Para un análisis crítico más detallado de la reforma, y para los indispensables reenvíos al riquísimo debate que ha suscitado en la doctrina, se reenvía a un trabajo anterior ya aparecido en esta misma revista: L. FOFFANI, “*Cronica de una muerte anunciada*”: la reforma de los delitos societarios en Italia, en *Rev. pen.*, 15 (2005), p. 57 ss.

La reforma de los delitos societarios llevada a cabo por el legislador italiano en 2002 desentonó desde el principio con la contraria línea de rigor frente a la criminalidad societaria que en esos mismos meses se venía afirmando en EE.UU.; y, sobre todo, era evidentemente incompatible con las exigencias de una seria protección del interés de los accionistas, de los acreedores y de los ahorradores en la transparencia de la información societaria y en la correcta administración por parte de los *manager*. Sin embargo, las críticas prácticamente unánimes de la doctrina nada pudieron frente a la omnipotencia de la mayoría parlamentaria.

Nada más aprobarse la ley, no tardaron en ponerse en marcha los mecanismos de comprobación de legitimidad constitucional y comunitaria, pero la *Corte costituzionale*, solicitada a valorar la cuestión, retuvo que la opción tomada por el legislador, si bien criticable desde el punto de vista de la oportunidad, formaba parte de los espacios de discrecionalidad político-criminal que la Constitución garantiza al legislador¹⁹. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, competente de juzgar la conformidad de las leyes nacionales con los principios del Derecho Comunitario, aún reconociendo que el interés de los accionistas y de terceros a la transparencia de la información societaria goza de protección en el ámbito del Derecho Comunitario, ha evitado juzgar el contenido de la decisión político-criminal tomada por el legislador italiano²⁰.

¹⁹ Corte cost. 2004/161, en *Guida dir.*, 25/2004, p. 73, con comentario de A. LANZI; en *Corr. giur.*, 2004, p. 1301, con comentario de G. CERQUA; en *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1497, con comentario de F. GIUNTA; en *Cass. pen.*, 2004, p. 3938, con comentario de GIZZI.

²⁰ TJCE, gr. sez., 3-5-2005, en *Guida dir.*, 20/2005, p. 93, con nota de A. DI MARTINO; *Foro it.*, 2005, IV, c. 285 ss.; en *Cass. pen.*, 2005, p. 2764 ss., con notas de G. INSOLERA/V. MANES y RUGGIERI; en *Foro ambrosiano*, 2005, p. 96 ss., con nota de CAMERA; v. además, en doctrina, AA.VV., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, coord. por R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto y P. Veronesi, Torino, Giappichelli, 2005; A. BERNARDI, *Falso in bilancio e diritto comunitario*, en *Annali Univ. Ferrara*, 2003, p. 43 ss.; L. FOFFANI, *Bienes jurídicos de relevancia comunitaria y protección penal: el caso de las falsedades en las cuentas de sociedades mercantiles*, en *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Homenaje a Santiago Mir Puig*, dirigido por D.M. Luzón Peña, Madrid, La Ley, 2010, p. 777-787 ed en *Revista Penal*, 27 (2011), p. 41-50; ID., *Verso un'armonizzazione europea del diritto penale dell'economia: la genesi di nuovi beni giuridici economici di rango comunitario, il ravvicinamento dei precetti e delle sanzioni*, en *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, dirigido por G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Milán, Giuffrè, 2011, p. 583-610, en *Liber amicorum per Massimo Bione*, Milán, Giuffrè, 2011 ed en *Studi in onore di Franco Coppi*, Turin, Giappichelli, 2012, p. 989-1014; G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Milán, Giuffrè, 2003; MANNONI, *Falso in bilancio e ordinamento comunitario*, Milán, Giuffrè, 2004, p. 87 ss.; G.D. SALCUNI, *Il "canto del cigno" degli obblighi comunitari/constituzionali di tutela: il caso del falso in bilancio*, en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, p. 93 ss.; C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 171 ss.

Sin embargo, dos años después de la entrada en vigor de la reforma, fue la explosión de la serie de escándalos a los que antes me he referido – y en especial al caso Parmalat – lo que reveló la gravedad de la situación a la opinión pública, hasta ese momento más bien distraída y desinteresada en lo que respecta a los avatares de la reforma penal societaria. Exponentes del Gobierno (y el mismo Presidente del Gobierno) no tardaron en declarar públicamente que la reforma de los delitos societarios no tenía nada que ver con los escándalos que habían impresionado al público de los inversores y a la propia “comunidad de los negocios”, ya que los comportamientos criminosos que habían emergido de las investigaciones en curso se remontaban esencialmente a periodos anteriores a la reforma legislativa a la que aquí nos hemos referido. Pero la autodefensa del legislador, obviamente, no es suficiente: porque si es cierto – y nadie lo había puesto en duda – que no es posible reconstruir relación causa-efecto alguna entre la reforma de los delitos societarios y los fenómenos de patología de la gestión que se encuentran en el origen de estos escándalos, también era igualmente cierto e indiscutible que la reforma en cuestión hacía que su persecución penal fuera mucho más difícil que bajo la normativa anterior.

Obligado por la presión de la opinión pública a tomar medidas en el asunto, el Gobierno presentó, a principios de 2004, un proyecto de ley sobre la tutela del ahorro²¹, que preveía una reforma de las autoridades de vigilancia del mercado financiero y de las sociedades cotizadas en bolsa, pero que evitaba cuidadosamente intervenir sobre la normativa penal societaria. Tras un extenuante y tormentoso debate parlamentario, que duró casi dos años, y tras un número infinito de modificaciones del proyecto de ley original, el legislador se orientó – con la ley de 28 de diciembre 2005, n° 262²² - a mantener sustancialmente inalterado el sentido de la reforma de 2002, limitándose a prever sanciones administrativas para las falsedades que no superen los umbrales cuantitativos de punibilidad, y un aumento de pena (de todos modos más bien contenido: reclusión de 2 a 6 años; nada que ver con la medida de las penas previstas por infracciones similares en la Sarbanes-Oxley Act norteamericana) para la falsedad en las cuentas que hayan provocado un daño de proporciones catastróficas al ahorro nacional (destrucción de valores de títulos de entidad en su conjunto superior al 0'1 por

²¹ Sobre este proyecto inicial del gobierno cfr. E. MUSCO, “Maquillage” *alla Consob e bacchettate nei casi limite*, en *Dir. Giust.*, 2004, n. 6, p. 8 ss.; S. SEMINARA, *Considerazioni penalistiche sul disegno di legge in tema di tutela del risparmio*, en *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 503 ss.

²² Sobre el texto final de la ley cfr. especialmente S. SEMINARA, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, en *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 549 ss.

mil del PIB o daño a un número de ahorradores superior al 0'12 por mil de la población censada en Italia).

Al final de este *iter* parlamentario largo y conflictivo es bastante evidente que el interés fundamental que el legislador de la reforma de los delitos societarios persiguió fue aquel – perfectamente realizado y a estas alturas ya inmodificable – de dar vida a una especie de amnistía oculta en favor de algunos imputados excelentes, con referencia a los procesos pendientes en el momento de la intervención legislativa; una conclusión, ésta, que no puede más que dejarnos desconcertados sobre las actuales condiciones de salud del Estado de Derecho en Italia.

6. Más allá del caso italiano, que presenta aspectos muy peculiares, no cabe duda de que en toda Europa el tema de una reforma de la normativa penal societaria – tanto en materia de responsabilidad de las personas físicas de los administradores, como en cuanto a la responsabilidad de la propia sociedad como persona jurídica – sea de gran actualidad. Las exigencias de una economía globalizada, la perspectiva de la formación de un mercado financiero unitario en el ámbito de la Unión Europea, junto al rápido avance del proceso de armonización europea de la normativa extrapenal en materia de sociedades mercantiles, hacen que cada vez se perciban como más estridentes y contradictorias las diferencias de normativa actualmente existentes en Europa, en este mismo sector, en materia penal. El Derecho penal, a falta de una seria estrategia de armonización, corre el riesgo de convertirse en un instrumento de alteración de la competencia, induciendo a los operadores menos honestos a trasladar sus actividades a los países que presentan legislaciones penales más débiles y complacientes, o bien, al contrario, disuadiendo a los operadores serios, en busca de seguridad y protección jurídica, de la idea de invertir en ese país.

La obra de armonización europea de la normativa penal económica, y específicamente de la normativa penal societaria, se ha hecho extremadamente difícil por la actual falta de una clara atribución de competencia penal de las instituciones de la Europa Comunitaria. El reciente Tratado de Lisboa²³ - después del fracaso del proyecto de Constitución Europea - abre sin embargo nuevas e importantes perspectivas en esta

²³ *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007* (DOUE, 2007/C306/01).

dirección, en cuanto se prevé que «cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate» (art. 69B, parr. 2). No hay duda de que uno de los ámbitos en los que esta previsión del legislador europeo podría encontrar aplicación es precisamente el de los delitos societarios.

En lo que respecta al contenido concreto de los proyectos de armonización, hay que observar que las instituciones comunitarias se han preocupado hasta el presente sobre todo de la protección de los intereses específicamente comunitarios, con la redacción del proyecto denominado «Corpus Juris para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea»²⁴ y con el llamado «Libro Verde de la Comisión Europea». Tiene miras más amplias otro proyecto (el llamado proyecto de los «Eurodelitos»²⁵), de redacción privada, sin un encargo institucional, llevado a cabo por parte de un grupo de estudiosos coordinados y dirigidos por el Prof. TIEDEMANN: el proyecto, en el que también el autor de estas líneas ha tenido el honor de tomar parte, prevé un modelo de armonización del Derecho penal de la Economía en la Unión Europea que presenta una parte general y una parte especial y comprende la casi totalidad de los sectores más importantes de la materia penal económica.

En lo que atañe específicamente a la normativa de los delitos societarios, la propuesta de los Eurodelitos es la de una fuerte reducción y racionalización de la intervención penal, que hoy en día se presenta en muchos ordenamientos nacionales confusa, pletórica e ineficaz. Las directrices básicas de la intervención penal en materia societaria se han sintetizado en torno a tres bienes jurídicos: la veracidad e integridad de la información societaria de contenido económico, la protección del patrimonio social

²⁴ Cfr. M. DELMAS-MARTY/J.A.E. VERVAELE (eds.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States/La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États Membres*, vol. I-IV, Antwerpen-Gröningen-Oxford, Intersentia, 2000.

²⁵ Cfr. K. TIEDEMANN (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Rechtsdogmatik, Rechtsvergleich, Rechtspolitik. Freiburg-Symposium*, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymanns, 2002. Una versión sintética del proyecto ha sido publicada también en España (*Eurodelitos. El Derecho Penal económico en la Unión Europea*, dir. por K. Tiedemann y coord. por A. Nieto Martín, Cuenca, UCLM, 2004) y en México (ed. coord. por L. Arroyo Zapatero, K. Tiedemann y A. Nieto Martín, Ciudad de México, INACIPE-UCLM, 2006) y es de próxima publicación en Italia (*L'armonizzazione del diritto penale dell'economia nell'Unione Europea: il progetto "Eurodelitti"*, coord. por L. Foffani y L. Picotti, Milano, Giuffrè).

frente a los abusos de los administradores y la salvaguardia de la integridad del capital social. Sobre esta base el proyecto, en un esfuerzo de síntesis que supone la búsqueda de un “mínimo común denominador” entre los diferentes ordenamientos nacionales europeos, propone tres tipos penales: la administración desleal (art. 45), la lesión del capital social (art. 46) y la falsa información societaria (art. 47)²⁶.

Estas son, por tanto, las líneas esenciales sugeridas en el proyecto Eurodelitos para la reforma de la normativa penal de las sociedades mercantiles a nivel europeo: una reforma, naturalmente, que – si alguna vez se realizase – podría aspirar a presentarse como un posible modelo general de normativa incluso más allá del continente europeo; p.ej. para aquellos países de la América Latina que también aspiran a una armonización de sus legislaciones penales en materia económica. El deseo es el de una intervención equilibrada y uniforme, respetuosa con los principios fundamentales de la materia penal²⁷ y lejano, sea de los excesos rigoristas del modelo norteamericano, que del modelo que se ha impuesto en Italia en los últimos años, que equivale en la práctica a un abandono por parte del legislador de la idea de un control penal de la criminalidad económica.

²⁶ Cfr. L. FOFANI, *Handelsgesellschaft- und Insolvenzstrafrecht*, en *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, cit., p. 311 ss.; ID., *Delitos concursales y societarios*, en *Eurodelitos*, cit., p. 103-104.

²⁷ Sobre este último punto véase en especial EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE (ECPI), *Manifiesto sobre la política criminal europea*, en *ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009, p. 697 ss. y, en España, en *Rev. Pen.*, 27 (2011), p. 83 ss.

IMPRESCRIPTIBILIDAD Y TERRORISMO: ¿QUO VADEMUS?

Dr. Víctor Gómez Martín
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Barcelona

Resumen: Como es sabido, el 23 de junio de 2010 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. De acuerdo con lo dispuesto en la Disposición final séptima, la LO 5/2010, de 22 de junio, entró en vigor a los seis meses de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es, el 23 de diciembre de 2010. Una de las instituciones de la Parte General del Código Penal que se vio sometida a más relevantes modificaciones, con no menos relevantes consecuencias prácticas, fue la prescripción del delito.

Cuatro son, fundamentalmente, las novedades introducidas en la materia por la LO 5/2010. Por una parte, se modifica el ámbito de aplicación de la regla de la imprescriptibilidad (art. 131.4 CP). Por otra, se elimina el plazo de prescripción de tres años, pasando a prescribir a los cinco años los delitos que lo hacían a los tres (art. 131, párr. 4º CP). En tercer lugar, se introduce una nueva regla de determinación del plazo de prescripción en caso de concurso de delitos y de delitos conexos (art. 131.5 CP) Y, por último, se modifica el régimen de interrupción de la prescripción (art. 132.2 CP). Las líneas que siguen tienen como objetivo exponer los rasgos fundamentales de la primera de estas novedades legales, así como formular algunas observaciones críticas sobre las mismas. En las mismas se demostrará hasta qué punto está influyendo el populismo punitivista y la vía retribucionista del Derecho penal internacional en el alcance de cláusulas de imprescriptibilidad como la prevista en el art. 131.4 CP.

Palabras clave: Imprescriptibilidad; Derecho Penal Internacional; terrorismo; populismo punitivo.

Abstract: As is known, the June 23, 2010 was published in the Official Gazette of Law 5/2010, of 22 June, which amended the Organic Law 10/1995, of 23 November, the Criminal Code. In accordance with the provisions of the seventh Disposal, LO 5/2010, of June 22, came into force six months after its complete publication in the Official Gazette, that is, the December 23, 2010. One of the institutions of the General Part of the Penal Code was subject to more significant changes, with no less relevant practical consequences, was the statute of limitations.

Four are mainly the new developments in the art from the LO 5/2010. First, amending the scope of the applicability rule (art. 131.4 CP). Furthermore, it eliminates the limitation period of three years, to five years prescribed crimes they did three (art. 131, para. 4 CP). Third, we introduce a new rule for determining the limitation period in the event of insolvency of crime and related offenses (art. 131.5 CP) And finally, amends the interruption of prescription (art. 132.2 CP). The following lines are intended to

expose the fundamental features of the first of these new laws, and make some critical remarks about them. At the same will demonstrate how it is influencing populism and retributivist international criminal law in the scope of applicability clauses as provided in Art. 131.4 CP.

Key words: No statute of limitations; International Criminal Law; Terrorism; punitive populism.

I. Planteamiento

1. Como es sabido, el 23 de junio de 2010 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. De acuerdo con lo dispuesto en la Disposición final séptima, la LO 5/2010, de 22 de junio, entró en vigor a los seis meses de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es, el **23 de diciembre de 2010**. Una de las instituciones de la Parte General del Código Penal que se vio sometida a **más relevantes modificaciones**, con no menos relevantes consecuencias prácticas, fue la **prescripción del delito**.

2. Cuatro son, fundamentalmente, las novedades introducidas en la materia por la LO 5/2010. Por una parte, se modifica el ámbito de aplicación de la regla de la **imprescriptibilidad** (art. 131.4 CP). Por otra, **se elimina el plazo de prescripción de tres años**, pasando a prescribir a los cinco años los delitos que lo hacían a los tres (art. 131, párr. 4º CP). En tercer lugar, se introduce una nueva regla de determinación del plazo de prescripción en caso de **concurso de delitos y de delitos conexos** (art. 131.5 CP) Y, por último, se modifica el régimen de **interrupción** de la prescripción (art. 132.2 CP). Las líneas que siguen tienen como objetivo exponer los rasgos fundamentales de la primera de estas novedades legales, así como formular algunas observaciones críticas sobre las mismas.

II. La modificación del ámbito de aplicación de la regla de la imprescriptibilidad (art. 131.4 CP)

1. Planteamiento

3. La LO 5/2010 modificó el ámbito de aplicación de la imprescriptibilidad de determinados delitos, con sus excepciones. Hasta dicha reforma, el **art. 131.4 CP** declaraba la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. Disponía dicho precepto: *“Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado no prescribirán en ningún caso”*. La redacción procedía de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en vigor desde el 1 de diciembre de 2004. El texto anterior del art. 131.4 CP, resultante de la LO 10/1995, 23-11, era el siguiente: *“El delito de genocidio no prescribirá en ningún caso”*¹. La ampliación de la regla de la imprescriptibilidad a los delitos *“de lesa humanidad (...) y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”* operada por la LO 15/03 obedeció, fundamentalmente, a la voluntad del legislador de adecuar el Código Penal español a las exigencias de los principales acuerdos internacionales existentes sobre la materia, y, en particular, a lo dispuesto en el Convenio de 26 de noviembre de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad (PEDREIRA GONZÁLEZ, 2005, p. 1560) y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998.

4. Con la LO 5/2010, la regla de la imprescriptibilidad experimenta una nueva ampliación. En este caso, la regla se hace extensiva a los **delitos de homicidio o asesinato terrorista**. Junto a ello, la reforma introduce una excepción: los delitos previstos en el **art. 614 CP**, que se verán sometidos al régimen general de prescripción. El nuevo art. 131.4 CP reza, en suma, como sigue: *“Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.*

¹ La imprescriptibilidad de ciertos delitos constituyó una importante novedad del CP 1995. Con anterioridad al mismo todos los delitos sin excepción eran prescriptibles. Llama la atención sobre este extremo OLAIZOLA NOGALES (1998, p. 744).

Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona”.

5. Esta reforma operada por la LO 5/2010 obliga a poner nuevamente sobre el tapete la controvertida cuestión de si resulta o no asumible, desde el propio **fundamento** de la institución de la prescripción del delito, que determinados delitos seleccionados por el legislador no prescriban nunca. No se trata, por supuesto, de un debate nuevo, ni siquiera *de lege lata*: antes de la LO 5/2010, el Código Penal todavía en vigor ya declaraba el carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (RAGUÉS I VALLÈS, 2004, pp. 91 ss.). No obstante, la necesidad de una toma de postura sobre el particular se hace todavía mayor desde el momento en que, con la LO 5/2010, el ámbito de aplicación de la regla de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, genocidio y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado se extiende, además, a otros delitos, concretamente **al homicidio y asesinato terrorista**.

2. Naturaleza de la prescripción del delito: ¿Sustantiva o procesal?

6. La institución de la prescripción del delito se halla prevista en el Código Penal español como una **causa de extinción de la responsabilidad criminal** (art. 130.6^a CP)². Una de las cuestiones más discutidas sobre la misma es si dicha causa tiene naturaleza **procesal** o **sustantiva**³. Ciertamente, no cabe ignorar que algunas

² Una extensa exposición de la evolución histórica de la regulación de la institución en la legislación española se encuentra en MEDINA CEPERO (2000, pp. 301 ss).

³ Una parte de la doctrina y la jurisprudencia no comparte esta disyuntiva, al entender que la causa de extinción de la responsabilidad penal que nos ocupa tiene un contenido *mixto*. Según esta postura, el fundamento de que la responsabilidad de uno o varios sujetos por la comisión de un delito pueda ser declarada extinguida por un Juez o Tribunal como consecuencia del transcurso de un determinado período de tiempo desde que aquella tuvo lugar es multifactorial, y, en cualquier caso, mixto: por una parte, de naturaleza procesal y, por otra, de naturaleza sustantiva: REY GONZÁLEZ (1999, pp. 53 ss.); MORILLAS CUEVA et al. (2000, p. 1095); MEDINA CEPERO (2000, p. 3330; 2001, pp. 43 ss.); MARTÍN PALLÍN (2008, p. 1576); en términos similares sobre la naturaleza sustantiva o procesal de la prescripción se expresa GILI PASCUAL (2008, p. 690), calificando la disyuntiva de “*históricamente mal planteada*” e “*inexistente cuando de presupuestos de la pena se trata, desde el momento en que el Derecho penal, a diferencia de otras ramas del ordenamiento, no puede realizarse —no existe— al margen del proceso*”; CHOZAS ALONSO (2010, pp. 224 ss.); HERNÁNDEZ GARCÍA (2011, 4/2907),

importantes cuestiones concernientes a la prescripción del delito requieren de la intervención del Derecho procesal. Tal es el caso, por ejemplo, de la determinación del acto procesal interruptor del cómputo o de la concreción de cuándo puede entenderse paralizado el procedimiento, ambas recogidas en el art. 132.2 CP. No obstante, considero ampliamente compartible la idea de que la institución de la prescripción tiene naturaleza fundamentalmente **sustantiva** (PASTOR ALCOY, 1993, p. 8155; OLAIZOLA NOGALES, 1998, p. 747; LASCURAÍN SÁNCHEZ, 1997, p. 371; MIR PUIG, 2011, 33/26; MAPELLI CAFFARENA, 2011, pp. 524 y 529; PRIETO RODRÍGUEZ, 1998, p. 386; MOLINA FERNÁNDEZ, 2011, 20/6678; RODRÍGUEZ HORCAJO, 2011, p. 252).

7. Según la doctrina dominante, la disyuntiva no es baladí. De su resolución dependería, por ejemplo, la decisiva cuestión de si las normas reguladoras de la prescripción (por ejemplo, la que amplía el plazo de prescripción de algunos delitos de tres a cinco años) pueden ser o no de aplicación retroactiva *in malam partem* (OLAIZOLA NOGALES, 1998, p. 749; GILI PASCUAL, 2001, pp. 19 ss. y 64; MORILLAS CUEVA et al., 2000, p. 1098 s.; RAGUÉS I VALLÈS, 2004, p. 78; MIR PUIG, 2011, 33/26; MAPELLI CAFFARENA, 2011, p. 525; RODRÍGUEZ HORCAJO, 2011, p. 252). No obstante, considero más atendible el punto de vista doctrinal que según el cual la discusión sobre la naturaleza jurídica de la institución debe **relativizarse**. En palabras de PEDREIRA GONZÁLEZ, “(...) *el complejo problema de la naturaleza jurídica, aunque ha pretendido convertirse en la pieza central de la materia que nos ocupa, ha sido una cuestión sobrevalorada y que carece de las repercusiones que normalmente se le atribuyen. Las consecuencias trascendentes que se asocian a mantener una u otra naturaleza jurídica pueden solucionarse sin excesivas dificultades por una aplicación correcta y leal de los principios esenciales de un Estado Democrático de Derecho*” (PEDREIRA GONZÁLEZ, 2005, p. 1557). No es en absoluto incoherente, por ejemplo, defender la irretroactividad de las disposiciones perjudiciales para reo **en todo caso**, con independencia de su naturaleza procesal o sustantiva. No en vano el art. 9.3 CE establece que “[l]a Constitución garantiza (...) la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (...)”, sin excepción alguna, por tanto, para las disposiciones de naturaleza procesal (PEDREIRA GONZÁLEZ, 2004, pp.

afirmando que “[l]a prescripción no constituye, solo, un óbice de punibilidad sino también de persecución, de sustanciación del propio proceso penal”; plantea la disyuntiva, sin tomar partido al respecto, NÚÑEZ FERNÁNDEZ (2011, p. 1004).

159 y 161; el mismo, 2005, pp. 1557 s.; en parecidos términos MOLINA FERNÁNDEZ, 2011, 20/6678; Díez RIPOLLÉS, 2011, p. 778)⁴.

3. El fundamento material de la prescripción del delito

8. Por lo anteriormente expuesto, más allá de si se trata de una institución de Derecho penal o procesal, lo realmente decisivo (y lo que realmente podrá llegar a desplegar consecuencias prácticas) es la cuestión relativa al **fundamento material** de la prescripción penal.

9. Desde una **perspectiva procesal**, se afirma que en la prescripción del delito lo que prescribe en realidad no es la infracción penal, que presupone una sentencia condenatoria que, por definición, no existe, sino la **acción penal** (MEDINA CEPERO, 2001, p. 37). En ausencia de condena previa, no sería correcto hablar de extinción de responsabilidad penal, ya que ésta, en puridad de conceptos, ni siquiera habría llegado a nacer. Concebida de este modo, la prescripción del delito sería, en realidad, más que un óbice de punibilidad uno de **perseguibilidad** (MEDINA CEPERO, 2001, p. 43; HERNÁNDEZ GARCÍA, 2011, 4/2907). Como fundamento material de este postura encuentra extendido el argumento de que, transcurrido un prolongado período de tiempo desde la comisión del delito, **las dificultades probatorias** (eventualmente en perjuicio del derecho de defensa del reo) del hecho se ven sensiblemente incrementadas (REY GONZÁLEZ, 1999, p. 55). De este modo, si como consecuencia del transcurso de dicho intervalo temporal sucede que la Administración de Justicia advierte que no va a ser posible practicar diligencias de investigación tendentes a esclarecer los hechos, o

⁴ En el mismo sentido PEDREIRA GONZÁLEZ (2005, pp. 1557 s.): “(...) la afirmación de la naturaleza procesal de una norma o institución no permite extraer automáticamente la posibilidad de su aplicación retroactiva, sino que lo que procede en estos casos es examinar la razón de ser del principio de irretroactividad. Depende, por lo tanto, del fundamento y alcance que posea dicho principio, y, más concretamente, del carácter absoluto o relativo que pueda atribuirse en el ámbito procesal a la regla *tempus regit actum*. Y no puede ser más claro que en nuestro ordenamiento jurídico la aplicación indiscriminada de esta regla, que, concebida para las actuaciones procesales, ostenta y debe ostentar un valor relativo, produciría consecuencias inconstitucionales, contrarias al art. 9.3 de la CE y a las exigencias mínimas del principio de seguridad jurídica. (...) Desde esta idea fundamental y fundamentadora, es claro que una aplicación retroactiva de los preceptos relativos a la prescripción del delito está afectada por el mencionado principio, pues se hallaría motivada por casos ya acontecidos y acomodada a estos”.

recabar de otro modo material probatorio suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al hipotético responsable de los hechos, desde la perspectiva procesal que ahora nos ocupa dejará de tener sentido la persecución de los hechos (REY GONZÁLEZ, 1999, p. 54; se refieren a este argumento GILI PASCUAL, 2001, p. 67; SERRANO GÓMEZ, 2003, pp. 85 s.; RODRÍGUEZ RAMOS, 2009, p. 489).

Frente a la tesis de que la prescripción constituye una garantía encaminada a reducir el margen de error judicial por las supuestas dificultades de valoración de la prueba como consecuencia del transcurso del tiempo, cabe destacar, por una parte, que las mencionadas dificultades probatorias bien pueden tener lugar aunque no haya transcurrido el plazo de prescripción del delito (RAGUÉS I VALLÈS, 2004, p. 31; GONZÁLEZ TAPIA, 2003, p. 52). Y al contrario: no siempre que ya ha transcurrido el plazo de prescripción concurren aquellas (GILI PASCUAL, 2001, p. 67; GONZÁLEZ TAPIA, 2003, p. 49). Además, si el principio *in dubio pro reo* obliga a dejar sin pena todo hecho que no haya quedado suficientemente probado, ello no es por el transcurso del plazo de prescripción, sino en cualquier caso, con total independencia de si la ausencia de prueba viene o no determinado por dicho factor (GILI PASCUAL, 2001, p. 67; GONZÁLEZ TAPIA, 2003, pp. 50 ss.; PASTOR, 2010, p. 643). No en vano, en el caso del Código Penal español, los plazos de prescripción de delitos y faltas previstos en el art. 131.1 CP no guardan proporcionalidad alguna con el grado de dificultad probatoria de la clase de delito, sino con la mayor o menor gravedad de la infracción, que nada tiene que ver con aquélla (GILI PASCUAL, 2001, p. 68; GONZÁLEZ TAPIA, 2003, pp. 49 y 51). De hecho, puesto que el art. 131.5 CP declara imprescriptibles determinados delitos, con apoyo en el argumento que ahora nos ocupa debería concluirse que en estos delitos la imprescriptibilidad obedece a la ausencia de dificultades probatorias asociadas al paso del tiempo, lo cual, desde luego, no tiene por qué ocurrir (GILI PASCUAL, 2001, p. 68).

10. Todavía desde la perspectiva que ahora nos ocupa, una parte de la doctrina y la jurisprudencia invoca como fundamento de la prescripción el **derecho fundamental a un proceso con todas las garantías** (MEDINA CEPERO, 2001, p. 41), y, en particular, **sin dilaciones indebidas** (REY GONZÁLEZ, 1999, pp. 57 ss.; se hacen eco de esta circunstancia GILI PASCUAL, 2001, p. 69; SERRANO GÓMEZ, 2003, pp. 86 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, 2004, p. 25). No obstante, es evidente que se trata de dos garantías independientes, ya que no existe el menor inconveniente en afirmar la concurrencia de

una de ellas sin la otra (GILI PASCUAL, 2001, p. 71). No en vano, en el Código Penal español la prescripción del delito se interrumpe, como se expondrá más adelante, con el inicio del procedimiento, o mejor dicho, con su dirección contra el indiciariamente responsable (art. 131.1 CP), de modo que, salvo en los casos (excepcionales) de paralización procesal, la prescripción del delito se producirá antes del inicio del proceso. En cambio, para que pueda hablarse de dilaciones indebidas es necesario que el procedimiento haya dado inicio y se haya dilatado en el tiempo de forma extraordinaria. Buena muestra de ello es el tenor literal del nuevo art. 21.6ª CP, que recoge la circunstancia genérica atenuante de dilaciones indebidas. De acuerdo con este precepto, *“la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa”*. Debe entenderse que la *“tramitación del procedimiento”* se inicia cuando el reo adquiere la condición de imputado y finaliza con la resolución judicial firme que ponga fin a la vía penal (ALCÁCER GUIRAO, 2010, 28/7027). Si se trata de una resolución dictada en segunda instancia y las dilaciones indebidas se producen en la tramitación del recurso, la atenuante podrá ser acordada de oficio (STS 1078/09, 5-11).

Tampoco es correcta la idea de que la prescripción consiste en un instrumento concebido para contribuir al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia mediante una suerte de reprobación del Juez que incurre en dilaciones indebidas en la tramitación de la causa, o la concesión a la víctima de un título que sostenga una pretensión indemnizatoria (GONZÁLEZ TAPIA, 2003, p. 60). Frente a esta idea, es preciso señalar que si la Administración de Justicia adolece de disfunciones estructurales que la hacen particularmente lenta y la convierten en una fuente inagotable de dilaciones indebidas, probablemente la solución de tal problema no pasa, precisamente, por una ampliación o reducción de los plazos de prescripción, sino por las correspondientes reformas estructurales del sistema. Por lo demás, sin duda extraño instrumento sancionador de dilaciones indebidas sería aquél que tuviera como fundamento la reprobación del Juez que incurre en ellas sin valerse para ello de un aparato sancionador (GILI PASCUAL, 2001, p. 74; RAGUÉS I VALLÈS, 2004, pp. 29 s.).

11. En un sentido próximo, suele invocarse como uno de los fundamentos de la institución, por fin, el **principio de seguridad jurídica**. En virtud del mismo, se señala,

constituye una garantía político-criminal irrenunciable que el responsable por la comisión de un delito tenga conocimiento de que, transcurrido un determinado período de tiempo desde la comisión del hecho delictivo, el mismo ya no podrá ser perseguido. Dicho con otras palabras: que después de un determinado período de tiempo, la espada de Damocles representada por la pena prevista para el delito deberá dejar de pender sobre el cuello de su responsable (PEDREIRA GONZÁLEZ, 2004, pp. 147 s. y 152)⁵.

En relación con esta línea argumentativa, cabe admitir, ciertamente, que la institución de la prescripción guarda evidente relación con la idea de seguridad jurídica. No obstante, ya no resulta tan compartible la tesis de que esta idea constituye el núcleo mismo del fundamento de la prescripción del delito como causa de extinción de la responsabilidad criminal (GONZÁLEZ TAPIA, 2003, p. 63). La razón principal salta a la vista: la seguridad jurídica no depende de la prescripción, ya que sin prescripción podría seguir existiendo seguridad jurídica (GILI PASCUAL, 2001, pp. 72 s.). Como con razón afirma RAGUÈS I VALLÈS, la seguridad jurídica, más que fundamento de la prescripción es un efecto de la misma⁶. De hecho, incluso podría decirse que, en cierto sentido, genera mayor inseguridad un sistema en el que algunos delitos (los más) prescriben y otros (los menos) no lo hacen que un sistema (al margen de los problemas constitucionales a los que ello podría conducir) en el que se consagrara la imprescriptibilidad de todos los delitos sin excepción alguna. Siguiendo esta línea argumentativa, también podría decirse que un sistema de prescripción como el español —que en este extremo no se distingue en absoluto de los ordenamientos jurídico-penales de nuestro entorno cultural— en el que existen diferentes plazos de prescripción en función de la mayor o menor gravedad de las distintas infracciones penales provoca mayor grado de inseguridad jurídica del que provocaría un sistema con un plazo único de prescripción para todos los delitos (GILI PASCUAL, 2001, p. 75).

⁵ Según PEDREIRA GONZÁLEZ (2005, p. 1557), “[l]a prescripción del delito encuentra su fundamento, no en la ausencia de necesidad de pena desde el punto de vista de sus fines, ni mucho menos en la imposibilidad de lograr los objetivos del proceso, sino en la exigencia de que no se prolongue de forma indefinida la incertidumbre de la amenaza penal. No es, por lo tanto, que ya no puedan lograrse los fines de la pena o los objetivos del proceso, sino la exigencia de certeza y seguridad”. Sobre esta línea de argumentación, sin compartirla, vid. RAGUÈS I VALLÈS (2004, p. 28).

⁶ Según este autor, si no resulta aceptable, por ejemplo, alterar de forma aleatoria los plazos de prescripción de las infracciones penales no es porque la institución descansa sobre el fundamento de la seguridad jurídica. Al contrario: sería precisamente como consecuencia de una tal modificación de los plazos que la seguridad jurídica se vería afectada (en términos parecidos RAGUÈS I VALLÈS (2004, p. 29); CHOCLÁN MONTALVO (2008, p. 551).

12. De lo anteriormente expuesto en relación con la naturaleza sustantiva de la prescripción de la infracción penal se desprende que no resulta posible comprender correctamente el fundamento material de la naturaleza extintiva de la responsabilidad criminal de la institución si la misma no es puesta en relación con las **funciones de la pena** (comparten esta perspectiva LASCURAÍN SÁNCHEZ, 1997, p. 372; GILI PASCUAL, 2001, pp. 76 ss.; GONZÁLEZ TAPIA, 2003, p. 71; MIR PUIG, 2011, 33/24 s.)⁷.

13. Desde este punto de vista, debe descartarse, en primer lugar, una fundamentación de la prescripción en clave **retribucionista**. Por una parte, difícilmente puede explicar la prescripción una noción que no sirve para justificar ni la función del Derecho penal ni los fines de la pena. A los argumentos contrarios a la retribución, ya sobradamente conocidos (por todos MIR PUIG, 2011, 3/10 y 62 ss.), hay que añadir que existen evidentes razones de Derecho positivo que permiten concluir que en la actual legislación penal española la retribución no es una de las funciones de la pena (MIR PUIG, 2011, 3/70 ss.). De hecho, tal y como correctamente apunta GILI PASCUAL, la mera existencia de la prescripción del delito en un ordenamiento jurídico constituye, en sí misma, un indicio *de lege lata* de que en dicho ordenamiento la pena no cumpliría una función de retribución. Fundamentada la función de la pena en términos absolutos (pena no como medio, sino como fin en sí mismo), la extinción de la responsabilidad criminal por prescripción del delito carece de toda explicación. ¿Qué explicación tendría el levantamiento de la sanción del hecho por el mero transcurso del tiempo cuando en clave de realización de la idea de Justicia mediante la sanción del hecho delictivo lo procedente sería aplicarla? (GILI PASCUAL, 2001, p. 76)⁸.

⁷ Otra perspectiva se encuentra en PASTOR (2010, p. 644), para quien “*el rasgo más característico del Estado constitucional y democrático de Derecho es la auto-limitación, especialmente, por supuesto, la auto-restricción del poder penal estatal. Esta idea incluye también límites temporales que se llevan muy bien con el ideal humanista que está detrás del principio del Estado de Derecho; si el hombre no es eterno tampoco puede serlo su artificio que es el derecho. Además, en la extinción del poder penal por el paso del tiempo se dejan ver también otras nociones relativas a la imagen que el ser humano tiene de sí mismo: evolución, cambio, superación, estabilidad y resolución de las controversias en tiempo útil*”.

⁸ Clara muestra no solo de la inconveniencia de fundamentar la prescripción del delito en la idea de retribución, sino, incluso, de la *contraditio in terminis* que tal fundamentación representaría es la postura de MARTÍN PALLÍN (2008, p. 1581), para quien “[l]a prescripción, en la mayoría de los casos, lleva en sí el germen de la injusticia material, pero se justifica por el hecho de que en otros supuestos no tendría razón el castigo penal a destiempo interrumpiendo y alterando una vida que se había olvidado del hecho delictivo”.

14. De los anteriores argumentos se colige que el auténtico fundamento de la causa de extinción que ahora nos ocupa se encuentra en la **función preventiva de la pena**. Es habitual en la doctrina la referencia a que, dependiendo de la mayor o menor gravedad del hecho delictivo, y de la mayor o menor extensión del período de tiempo transcurrido desde su comisión, la percepción del hecho delictivo como más o menos necesitado de pena por parte de la colectividad irá variando (GILI PASCUAL, 2008, p. 690). Así, por ejemplo, un pequeño hurto cometido hace cinco años y que no ha sido perseguido durante dicho espacio de tiempo puede ser percibido por la colectividad como un **hecho perteneciente al pasado**, ya superado, y, por tanto, carente de toda necesidad **preventivo-general** de pena. Cuando ello sucede, la declaración de la extinción de la responsabilidad criminal no pondría en cuestión la función preventivo-general de la pena, ya que tal ausencia de responsabilidad no genera en la colectividad alarma o sensación subjetiva de impunidad alguna (GILI PASCUAL, 2001, p. 81; GONZÁLEZ TAPIA, 2003, pp. 78 s.; RAGUÉS I VALLÈS, 2004, p. 40; DíEZ RIPOLLÉS, 2011, p. 778). Es posible, además, que el transcurso de un determinado período de tiempo desde la comisión de la infracción penal traiga consigo la consecuencia de que ya no sea necesario imponer una pena al responsable para que éste no vuelva a delinquir en el futuro. Si una vez transcurrido dicho plazo el sujeto ya se ha resocializado de forma espontánea podría haber desaparecido, con ello, la **necesidad preventivo-especial** de la pena (GILI PASCUAL, 2001, p. 81; RAGUÉS I VALLÈS, 2004, p. 40; DíEZ RIPOLLÉS, 2011, p. 778).

15. Ciertamente, si se conviene que la pena debe cumplir una función de protección de la sociedad mediante la **prevención** de la comisión de delitos, y, al mismo tiempo, que el objeto del Derecho penal únicamente es la configuración del orden social *actual* (GILI PASCUAL, A., 2001, p. 77; el mismo, 2008, p. 690; CHOCLÁN MONTALVO, 2008, p. 551) o la preservación del orden social *vigente* (RAGUÉS I VALLÈS, 2004, pp. 42 y 92), la extinción de la responsabilidad penal por prescripción del delito debería producirse cuando se compruebe que la pena, una vez transcurrido un determinado período de tiempo desde la consumación del delito, ya no es necesaria para prevenir la comisión del delito. Ello sucederá cuando la colectividad contemple el hecho delictivo como algo ya superado o perteneciente al pasado, esto es, no necesitado preventivo-generalmente de pena (GILI PASCUAL, 2001, p. 77; RAGUÉS I VALLÈS, 2004, pp. 43 s.).

Cuando mayor sea la gravedad del hecho mayor será el período de tiempo que deberá transcurrir desde su comisión para que el mismo sea contemplado por la colectividad como un evento perteneciente al pasado (RAGUÉS I VALLÈS, 2004, p. 45)⁹.

16. De entre las diferentes fundamentaciones preventivas de la prescripción, la que parece encontrarse en la base de la concreta regulación de la prescripción del delito recogida en el Código Penal español es la que vincula la prescripción del delito a la **ausencia de necesidad preventivo-general de pena** (GONZÁLEZ TAPIA, 2003, p. 209; CHOCLÁN MONTALVO, 2008, p. 551). Clara muestra de ello es el **art. 131.1 CP**. En dicho precepto se encuentran los diferentes plazos de prescripción del delito. Se trata de plazos cuya **duración es directamente proporcional a la gravedad del delito**, determinada, a su vez, por la duración de la pena asignada al delito (MORILLAS CUEVA et al., 2000, p. 1099; GONZÁLEZ TAPIA, 2003, p. 80).

17. En cambio, el precepto no tiene en cuenta para la determinación del plazo de prescripción del delito las circunstancias personales del sujeto (GONZÁLEZ TAPIA, 2003, p. 74). No cabe derivar del art. 131.1 CP, por ello, una fundamentación **preventivo-especial** de la prescripción. Ciertamente, el castigo de un hecho delictivo mucho tiempo después de su comisión podría perjudicar la resocialización de su autor, ya que éste podría percibirlo personalmente como una respuesta injusta a un hecho ya pretérito (GILI PASCUAL, 2001, p. 81). Podría decirse que la no desocialización del sujeto que se consigue en algunos casos a través de la prescripción del delito constituye, sin duda, un efecto colateral beneficioso de esta institución (RAGUÉS I VALLÈS, 2004, p. 40). Ello no significa, sin embargo, que el fundamento de la prescripción sea preventivo-especial. Es evidente que no siempre el mero transcurso del tiempo consigue eliminar la peligrosidad del autor de la infracción (GILI PASCUAL, 2001, pp. 80 ss.; GONZÁLEZ TAPIA, 2003, p. 73; RAGUÉS I VALLÈS, 2004, p. 35) o con el de que, al contrario, la resocialización del sujeto se habría podido producir ya con anterioridad al *dies a quo*. Por esta doble razón no debe extrañar que el art. 131.1 CP ninguna referencia haga para la determinación de los plazos de prescripción a la incidencia del transcurso del tiempo

⁹ No obstante, RAGUÉS (2004, p. 46) llama la atención sobre el hecho de que el proceso de “olvido” de los hechos por parte de la sociedad debería ser algo gradual y no plazo fijo determinante de un concreto punto de inflexión.

desde la consumación del delito en el proceso de resocialización del sujeto. En caso de que el legislador español hubiese partido del presupuesto de que el mero transcurso del tiempo trae consigo, en general, la resocialización del sujeto, debería haber previsto (como sucede en otros ordenamientos jurídicos) como causa de interrupción del plazo prescriptivo la comisión de un nuevo delito (GONZÁLEZ TAPIA, 2003, p. 73), cosa que, sin embargo, no sucede.

4. La nueva regla de la imprescriptibilidad del delito (art. 131.4 CP)

18. Con apoyo en todo ello, cabe extraer, por de pronto, una primera conclusión: dentro del marco de que dispone el legislador para establecer los ilícitos penales y las correspondientes penas, se encuentra, como es lógico, su potestad para arbitrar las reglas que estime oportunas acerca de la prescripción de los delitos y de las penas, de acuerdo con los criterios de política criminal y de seguridad jurídica que considere idóneos en cada caso concreto. En este contexto, partiendo del principio de la prescriptibilidad de los delitos¹⁰, el legislador penal se encontraría constitucionalmente legitimado para establecer determinadas excepciones al mismo, declarando la **imprescriptibilidad** de ciertos delitos (SSTC 157/1990, 18-10, F.J. 3; 63/2001, 17-3, F.J. 7).

19. Partiendo de esta extensa premisa, difícilmente cuestionable si se aceptan los presupuestos axiológicos del sistema de garantías del ordenamiento jurídico-penal español, cabe formular razonablemente, no obstante, la siguiente pregunta: **¿Resulta compatible con todo ello que determinados hechos delictivos no prescriban nunca?** En relación con este particular, se encuentra ampliamente extendida en la doctrina la tesis de que en el caso de determinados delitos de particular gravedad, como, por ejemplo, los de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, puede concluirse que es muy probable que tales infracciones sólo llegarán a ser percibidas por la colectividad como algo ya superado o

¹⁰ Dispone la STC 63/2001, 17-3, F.J. 7, en este sentido, que “*sería cuestionable constitucionalmente un sistema jurídico penal que consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y faltas*”. Destaca el carácter excepcional que debe caracterizar a las reglas de la imprescriptibilidad PEDREIRA GONZÁLEZ (2004, p. 207).

pertenciente al pasado con la muerte de sus responsables (KLUG, 1965; STREE et al., 2010; RAGUÉS I VALLÈS, 2004, p. 92; en contra PASTOR, 2010, p. 644).

20. Ello es, precisamente, lo que sucede con los delitos a los que el Código Penal español asigna la etiqueta de “imprescriptibles”. Ciertamente, tanto los delitos de lesa humanidad, como los de genocidio, como, por fin, los que atentan contra las personas y los bienes protegidos en conflicto armado, constituyen hechos delictivos que, atendiendo no sólo a su extrema gravedad, sino también al modo en que pueden llegar a incidir en los propios pilares estructurales del sistema democrático y la pacífica convivencia en sociedad, pueden dejar en la colectividad una **huella prácticamente imborrable**. Desde la perspectiva de la percepción que la colectividad suele tener de tales hechos, resulta difícilmente discutible que en las tres constelaciones delictivas previstas hasta la LO 5/2010 en el art. 131.4 CP, el transcurso de un período de tiempo —incluso prolongado— desde que los mismos tuvieron lugar no impide seguir afirmando la existencia de necesidad preventivo-general de pena (RAGUÉS I VALLÈS, 2004, p. 92).

21. En el precepto que ahora nos ocupa el legislador penal ha decidido —como ya se ha indicado— declarar imprescriptibles todas las infracciones penales incluidas en el seno de determinados grupos de delitos (los ya mencionados de lesa humanidad, de genocidio, contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, y de terrorismo con resultado de muerte), **con total independencia del concreto marco penal de cada una de las infracciones**. De este modo, en cierto modo el art. 131.4 CP viene a poner en cuestión el fundamento de la institución de la prescripción del delito relativo a la falta de necesidad preventivo-general de pena. A este respecto, baste recordar que en el art. 131.1 CP, el legislador hace depender el plazo de prescripción del delito de la mayor o menor gravedad del hecho, determinada a su vez, como es lógico, por la mayor o menor gravedad de la pena que el delito tiene asignada.

La técnica legislativa empleada por el legislador en el art. 131.4 CP conduce a **importantes problemas prácticos**. Es evidente que aunque la solución de la imprescriptibilidad de los delitos de referencia pueda resultar atendible desde consideraciones de necesidad preventivo-general de pena, ello no significa, sin

embargo, que **todos** los delitos que se encuentran en las correspondientes rúbricas merezcan ser declarados imprescriptibles. Piénsese, por ejemplo, en el delito de **negación o justificación del genocidio**, previsto en el **art. 607.2 CP** (RAGUÉS I VALLÈS, 2004, p. 94), o en el de **orden o realización de actos contrarios a los Tratados Internacionales**, recogido en el **art. 614 CP**.

De acuerdo con el primero de estos dos preceptos, “[l]a difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de **prisión de uno a dos años**”¹¹. A tenor del segundo, el **art. 614 CP**, “[e]l que, con ocasión de un conflicto armado, realizare u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados Internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de **prisión de seis meses a dos años**”¹². A la vista de las penas previstas en los arts. 607.2 y 614 CP, en defecto de la previsión recogida en el art. 131.4 CP los delitos de referencia, después de la LO 5/2010 prescribirían **a los cinco años**. La pregunta es, entonces, si atendiendo a la escasa gravedad de la pena prevista

¹¹ Negrita añadida. El precepto ha sido objeto de una Cuestión de Inconstitucionalidad, planteada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona a propósito de la resolución del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del condenado en primera instancia en el conocido caso de la Librería Europa. En la Cuestión se planteó la eventual inconstitucionalidad del art. 607.2 CP por una supuesta contradicción con el art. 20.1 CE. La cuestión fue resuelta por la STC 235/07, de 7 de noviembre. En la misma, el TC que declaró inconstitucional la primera de las dos modalidades típicas: la negación del genocidio. No obstante, el TC matizó su declaración de inconstitucionalidad afirmando que si el legislador añadiese a la mera negación algún otro elemento, como, por ejemplo, la idoneidad objetiva de la conducta para incitar a la violencia contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, o, cuando menos, para provocar un clima de hostilidad social contra dichos grupos, la tipificación como delito de la negación del genocidio sería perfectamente conforme al art. 20.1 CE. Sin embargo, después de la LO 5/2010 el tenor literal del art. 607.2 CP permanece inalterado, por lo que la tipificación de la primera de las conductas típicas previstas en el precepto (la mera negación del genocidio) sigue siendo inconstitucional.

¹² Negrita añadida. El precepto ha sido modificado por la LO 5/2010. El tenor literal del nuevo artículo es el que sigue: “El que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, regulación de los medios y métodos de combate, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato debido a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”. La nueva redacción incorpora una referencia a la vulneración de Tratados Internacionales “relativos a la (...) regulación de los medios y métodos de combate”, inédita en el anterior art. 614 CP.

para ambos delitos, puede afirmarse razonablemente que tales infracciones son realmente merecedoras de ser declaradas imprescriptibles.

La LO 5/2010 se ha mostrado **sensible a esta eventualidad**. No obstante, lo ha hecho **sólo a medias**: ha excluido del conjunto de delitos imprescriptibles el delito del art. 614 CP, pero se ha dejado en el tintero, en cambio, el delito de genocidio previsto en el art. 607.2 CP (también advierte esta circunstancia DÍEZ RIPOLLÉS, 2011, p. 781). Sobre la primera de estas dos decisiones, debe compartirse la opinión emitida por el CONSEJO FISCAL en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, según la cual “[l]a exclusión como imprescriptible del delito previsto en el artículo 614 del Código Penal, es coherente con la pena en abstracto dispuesta en el tipo reflejada en la escasa gravedad de la pena que podría dar lugar a la condena condicional” (Consejo Fiscal, Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 73). Es evidente que este argumento resulta perfectamente extensible al delito previsto en el art. 607.2 CP. La omisión en que incurre la LO 5/2010 en relación a este extremo constituye, por ello, un **olvido difícilmente justificable**. Ante el mismo, resulta atendible la interpretación restrictiva de la expresión “*delitos de genocidio*” propuesta por un sector de la doctrina, de acuerdo con la cual sólo serán imprescriptibles los supuestos de genocidio más graves, esto es, los subsumibles en el art. 607.1 CP, no los del apartado 2. (PEDREIRA GONZÁLEZ, 2004, pp. 208 s.; PEDREIRA GONZÁLEZ, 2005, pp. 1560 s.; MORILLAS CUEVA et al., 2000, p. 1112; RAGUÉS I VALLÈS, 2004, p. 94).

III. Imprescriptibilidad y terrorismo: en la pendiente resbaladiza

22. Como ya se ha dicho, la principal novedad introducida por la LO 5/2010 en materia de imprescriptibilidad delictiva es la incorporación al catálogo de delitos que no prescriben de “*los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona*”¹³. Siendo indudable la gravedad de los delitos declarados imprescriptibles por

¹³ En el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008 estaba prevista, en relación con los delitos de terrorismo, la imprescriptibilidad de otros dos delitos: el de lesiones del art. 149 CP y el de detenciones ilegales. En contra de tal previsión (que finalmente no se convirtió en Derecho positivo) se

el art. 131.4 CP, la inclusión del homicidio y el asesinato terroristas en la regla obliga a preguntarse si realmente tiene sentido declarar imprescriptibles tales delitos y no otros de similar gravedad, sancionados por el legislador español con similar rigor punitivo, y que podrían dejar en la colectividad una huella como mínimo tan perenne como algunos atentados terroristas. Dejando al margen la particular realidad sociológica del terrorismo en nuestro país, y reconociendo que la cuestión resulta altamente controvertida, podrían existir *prima facie* algunas razones que abonarían la tesis de que la decisión legislativa no es absolutamente descabellada¹⁴.

23. Una primera explicación se encontraría en el **Preámbulo de la LO 5/2010**, que señala en referencia al extremo que ahora nos ocupa lo siguiente: “[l]as modificaciones en materia de prescripción del delito se completan con la declaración de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona. El fundamento de la institución de la prescripción se halla vinculado en gran medida a la falta de necesidad de aplicación de la pena tras el transcurso de cierto tiempo. La reforma se fundamenta en este punto en **que tal premisa no puede cumplirse frente a conductas delictivas que presentan las características del tipo mencionado**”¹⁵. No obstante, como puede comprobarse fácilmente la justificación de la reforma realizada por el Preámbulo de la Ley es **absolutamente circular**. El Preámbulo se limita a apuntar la no concurrencia de la falta de necesidad de pena en el caso de los delitos ahora incorporados al art. 131.4 CP, argumentando “**que tal premisa no puede cumplirse frente a conductas delictivas que presentan las características del tipo mencionado**”, sin explicar cuáles son tales características. Sigue pendiente de respuesta, por ello, la pregunta de por qué el homicidio o el asesinato, pese a tratarse de

pronunció el voto particular formulado por la vocal del Consejo General del Poder Judicial Excm. Sra. Dña. Margarita Uría, 2009, pp. 2 ss.

¹⁴ Debe quedar al margen del presente trabajo, por exceder ampliamente de su objeto, la resolución de algunas dudas interpretativas que despierta el nuevo texto del art. 131.4 CP. Una de ellas es la relativa a si el precepto también declara la imprescriptibilidad de la tentativa del homicidio y el asesinato terrorista o únicamente de la modalidad consumada de tales delitos. Comparto con MOLINA FERNÁNDEZ (2011, 20/6688) y RODRÍGUEZ HORCAJO (2011, p. 258), que la referencia expresa en el nuevo art. 131.4 CP a la *causación de la muerte de una persona* obliga a entender que sólo el delito consumado es imprescriptible. Igualmente, parece razonable —como propone el propio MOLINA FERNÁNDEZ (2011, 20/6688)— interpretar restrictivamente la regla, dejando fuera de su ámbito de aplicación los casos de homicidio imprudente.

¹⁵ Negrita añadida. El argumento se halla, igualmente, en el Dictamen de la Comisión de Justicia al Proyecto de Ley discutido en las Cortes. Vid., a este respecto, Cortes Generales, 2010, p. 4.

delitos extraordinariamente graves, prescriben, y ello no sucede, en cambio, cuando tales delitos forman parte de los llamados “delitos de terrorismo”¹⁶.

24. Una interpretación sistemática de los **arts. 571 y 572.1º CP** permite concluir que el resultado de muerte al que se refiere el nuevo art. 131.4 CP es el causado por “[l]os que perteneciendo, atentaren contra las personas (...)”. Además de la producción de un resultado de muerte doloso, dos son los elementos que deben concurrir para que concurra el presupuesto de aplicación del art. 131.4 CP: el **elemento estructural** y el **teleológico** (MESTRE DELGADO, 1987, pp. 57 s.; ASÚA BATARRITA, 2002, p. 51; Grupo de Estudios de Política Criminal, 2008, p. 24; PRATS CANUT, 2005, p. 2526; el mismo, 2007, p. 2127; CALDERÓN CEREZO et al., 2005, p. 571; MORAL DE LA ROSA, 2005, p. 161; COLINA OQUENDO, 2007, p. 1089; añade un tercer elemento, consistente en la utilización de medios de intimidación masiva, CANCIO MELIÁ, 2008, p. 1897)¹⁷. De acuerdo con el primero de estos dos elementos, los delitos de terrorismo se caracterizan por cometerse en el marco de una **organización armada**. En virtud del elemento teleológico, el terrorismo consiste en un fenómeno orientado a la consecución de un **fin o resultado político**. De la conjunción de estos dos elementos es posible deducir que el denominador común de todo delito de terrorismo consiste, precisamente, en la realización de actos de **violencia política organizada** (LAMARCA PÉREZ, 1993, p. 536). Esta circunstancia permite distinguir el terrorismo de otras conductas no violentas, así como también de conductas violentas realizadas sin finalidad política (CANCIO MELIÁ, 2008, pp. 1898 s.), o con dicha finalidad, pero no organizadas (LAMARCA PÉREZ, 1985, pp. 90 y 95; la misma, 1993, p. 536)¹⁸.

¹⁶ Crítico con la reforma en este punto, calificándola como expresión de Derecho penal simbólico y destacando que el legislador no explícita ninguna razón tendencialmente empírica que permita justificarla, HERNÁNDEZ GARCÍA (2011, 4/2912). En idéntica dirección RODRÍGUEZ HORCAJO (2011, p. 258).

¹⁷ En idéntico sentido se pronuncia la SAN 64/2007, 29-10: “(...) A este concepto ha de añadirse otro elemento: que se trate de grupos que por el uso del armamento que poseen o por la clase de delitos que cometen causen inseguridad en la población con tal intensidad que impida el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios de la ordinaria y habitual convivencia ciudadana, es decir, que produzcan miedo a un grupo o a la generalidad de la población, que es el signo distintivo del terrorismo”.

¹⁸ Gráfica a este respecto es, por ejemplo, la SAN 64/2007, de 29 de octubre, relativa al delito de estragos terrorista. Según esta resolución, “el tipo penal previsto en delito de estragos terroristas se caracteriza, debe reiterarse, por la concurrencia de tres elementos esenciales: a) la integración en una banda armada u organización terrorista; b) la utilización de unos determinados medios comisivos — armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos—, y c) su carácter tendencial: en colaboración con sus objetivos y fines. Partiendo de una interpretación limitada del concepto de banda armada, constituyen factores indicativos la permanencia o la estabilidad del grupo, la imprescindible

25. Según lo que acaba de ser expuesto, el doble factor diferencial entre un homicidio o un asesinato común y un homicidio o un asesinato terrorista viene determinado por la concurrencia en el delito terrorista del elemento estructural-teleológico. La concurrencia de este doble elemento determina un **mayor desvalor del hecho**. De la acción, por la **existencia de un colectivo organizado** que desarrolla su actividad de forma sistemática y que coordina de forma institucional las diferentes aportaciones individuales de sus miembros en orden a la comisión de un número indefinido de delitos. Y **del resultado** porque el delito terrorista debe perseguir la **imposición coactiva a la colectividad de un clima de alarma e inseguridad** (GARCÍA ARÁN, 2004, p. 2606, fundamentando esta conclusión en los arts. 1.1 y 10 CE).

26. No es de extrañar, por ello, que algunos *gestores atípicos de la moral* (SILVA SÁNCHEZ, 2011, pp. 64 ss.) vengan demandando la calificación de los delitos de terrorismo como **“delitos de lesa humanidad”**. Claro ejemplo de ello es la Asociación de Víctimas del Terrorismo (LANDA GOROSTIZA, 2010, p. 21 ss.) y el Grupo Parlamentario Mixto, cuya enmienda a la LO 5/2010 acabó materializándose en la extensión de la cláusula de la imprescriptibilidad a los delitos de homicidio y asesinato terrorista prevista actualmente en el Código Penal (LANDA GOROSTIZA, 2010, p. 24)¹⁹.

27. A pesar de que la E. de M. nada dice al respecto, el nuevo art. 131.4 CP bien podría fundamentarse *de lege lata* en una supuesta subsumibilidad de los delitos de terrorismo en los **“delitos de lesa humanidad”**, de conformidad con la definición prevista en el **Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998**. El **art. 7.1** del mismo define los delitos de lesa humanidad *“cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una*

relevancia o la entidad suficiente como para originar terror, inseguridad e incidencia en la vida social. (...)”. Sobre todo lo expuesto, vid., ampliamente, con ulteriores referencias bibliográficas, GÓMEZ MARTÍN (2010, pp. 27 ss.).

¹⁹ La calificación de los delitos de terrorismo como delitos de lesa humanidad se encuentra expresamente recogida en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional. Claro ejemplo de ello es el Auto del Juzgado de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional de 26 agosto 2002, por el que se acordó, dentro del sumario 35/2002, la suspensión de actividades de los partidos políticos Herri Batasuna- Euskal Herriarrok-Batasuna, en el que se llega a afirmar en la descripción de los hechos lo siguiente: “(...) todas estas acciones han sido sistemáticamente dirigidas contra sectores de la población definidos y, a veces, de forma indiscriminada, por lo que no debe dudarse de calificar las acciones de la organización terrorista ETA, en la que se encuadra HB-EH-Batasuna, como crímenes contra la humanidad” (LANDA GOROSTIZA, 2010, p. 24).

población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de Derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física". Aparentemente, los delitos de terrorismo no se encuentran recogidos en el catálogo de delitos de lesa humanidad que acaba de ser expuesto. No obstante, algunos de los delitos que suelen cometerse desde organizaciones terroristas (singularmente el asesinato) sí lo están. Además, la cláusula de recogida prevista en la **letra k** sería lo suficientemente amplia para incluir cualquier delito de terrorismo imaginable.

28. En esta línea de argumentación, suele recordarse que el **art. 7.2 a) del Estatuto de Roma** contiene, además, un **concepto legal de "ataque contra una población civil"**. De acuerdo con el mismo, por tal "*se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política*". Partiendo de que —como ya se ha expuesto *supra*— el organizativo (estructural) es uno de los dos elementos de la definición de terrorismo (el otro es, recuérdese, el elemento teleológico), el sector dominante de la *Cámara de Cuestiones Previa de la Corte Penal Internacional* entiende que el término "**organización**", presente en el precepto que ahora nos ocupa, debe ser interpretado de tal modo que incluya también a las estructuras no estatales²⁰, como, por ejemplo, las **terroristas**.

²⁰ El paso se dio, fundamentalmente, a propósito de la Decisión sobre Kenia relativa al conflicto étnico ocurrido en dicho país durante los años 2007 y 2008. La situación se remonta a la violencia que

29. Frente al punto de vista que acaba de ser expuesto deben ser formuladas diversas **consideraciones críticas**. En lo que al catálogo de delitos de lesa humanidad del art. 7.1 del Estatuto se refiere, es evidente que cuando la letra a) alude al asesinato no lo hace tomando como referencia el asesinato cometido desde una organización terrorista, sino su dimensión de *“ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”*. En cuanto al contenido de **la letra k)** del precepto, debe admitirse que, ciertamente, una interpretación extensiva del mismo permitiría entender que algunos de los delitos que suelen caracterizar a las organizaciones terroristas podrían ser entendidos como *“actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”*. No obstante, de nuevo debe recordarse que tales actos sólo serán delitos de lesa humanidad en el sentido del Estatuto de Roma —y con los efectos que tal calificación despliega— *“cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”*. Y que ello suceda por principio en cualquier supuesto de delito terrorista es algo que se encuentra lejos de constituir una verdad incontrovertida. Por lo demás, sin esta última restricción el **carácter desmedidamente abierto** del contenido de la letra k que ahora nos ocupa permitiría incluir en su seno prácticamente cualquier delito. Con ello, el ámbito de aplicación de la cláusula devendría prácticamente ilimitado. Esto es, difícilmente compatible con el **mandato de determinación** como límite irrenunciable del *ius puniendi* derivado del principio de legalidad penal (LANDA GOROSTIZA, 2010, p. 648).

30. El catálogo de delitos del art. 7.1 del Estatuto de Roma nada aclara, por tanto, sobre si tiene sentido o no calificar los delitos de terrorismo como delitos de lesa

tuvo lugar, fundamentalmente, en el período inmediatamente posterior a las elecciones de los años 2007 y 2008 en dicho país africano. Comprende cientos de incidentes con varios grados de organización según la región en que se desarrollaron y las dinámicas entre las diferentes etnias (kikuyus, kissi, kalenjins, luos, luhyas, etc.) que se vieron comprometidas. Los hechos se resumen en tres grupos de casos: ataques iniciados por grupos asociados con el Movimiento Democrático Naranja (partido de la oposición) y dirigidos contra los seguidores del Partido de Unidad Nacional (partido gobernante); una segunda categoría, que agruparía ataques de respuesta por parte de miembros de grupos afectados por los incidentes iniciales de agresión; y, una tercera categoría, que guarda relación de los actos violentos de la policía. Para dar una idea de la dimensión de los hechos, algunas de las cifras apuntan, en las fases iniciales, a unos 1200 muertos, 3500 heridos y más de 350.000 desplazados sólo en el período de tiempo que va del 27 de diciembre 2007 al 28 de febrero de 2008, además de un número no identificado de violaciones y otras formas de ataque sexual. Las cifras de muertos por la policía durante los meses de junio a octubre de 2007 señalan al menos 500 muertos en ejecuciones sumarias y cientos de muertos más en 2008, además de cientos de torturados. Sobre todo esto vid. LANDA GOROSTIZA (2010, pp. 13 s.).

humanidad a los efectos previstos por el propio Estatuto. Así las cosas, la cuestión planteada debe centrarse, entonces, en torno al propio **concepto legal de delito de lesa humanidad del Estatuto**. A este respecto, aunque desde un punto de vista gramatical el término “organización” abarcaría también las estructuras de naturaleza terrorista, lo esencial es conocer, por una parte, si es éste el auténtico designio de la Ley (interpretación teleológico-objetiva); y, por otra, si tal interpretación resulta o no compatible con los principios limitadores del *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho. En otras palabras: no se trata de si los delitos de terrorismo pueden encajar o no en la literalidad de la definición legal de delito de lesa humanidad del Estatuto, sino de si, desde una perspectiva consecuencialista, ello resulta políticamente criminalmente aceptable. En mi opinión, la respuesta a esta pregunta debe ser necesariamente **negativa**.

31. Algunas destacadas voces se alzan para destacar que el art. 7.1 y 2 del Estatuto debe ser interpretado de forma necesariamente **restrictiva**. Éste es, por ejemplo, el punto de vista expresado en la opinión disidente de las decisiones de la *Cámara de Cuestiones previas de la Corte Penal Internacional* del Juez Hans-Peter Kaul. Comparte este punto de vista un creciente sector doctrinal (por todos, CASSESE, pp. 166 y 177; LANDA GOROSTIZA, 2010, pp. 18 s.). Desde esta dirección se afirma —con toda razón— que sería sin duda paradójico calificar como delitos contra la humanidad infracciones que, pese a su indudable gravedad, carecen de **carácter transnacional**, por tratarse de fenómenos fundamentalmente locales (CASSESE, pp. 166 y 177; LANDA GOROSTIZA, 2010, pp. 18 s.). Es obvio, por ejemplo, que en términos de transnacionalidad el terrorismo de E.T.A. nada tiene que ver con los crímenes del Nacional-socialismo alemán, o las masacres de Camboya, ex-Yugoslavia o Ruanda (LANDA GOROSTIZA, 2010, pp. 25 s. y 29). Tal circunstancia se compadece con el hecho de que en el momento de su constitución (1998), en las discusiones sobre el alcance del Estatuto de Roma los delitos de terrorismo fueron expresamente excluidos. Como lo fueron —contra todo pronóstico— en la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, celebrada en junio de 2010 en Kampala (Uganda) (LANDA GOROSTIZA, 2010, pp. 21 s., nota 65)²¹.

²¹ En dicha Conferencia se aprobó, por una parte, una resolución que enmienda al Estatuto de Roma, al definir el crimen de agresión y determinar las condiciones bajo las cuales la Corte penal ejercerá

La razón fundamental por la que el Estatuto de Roma declara imprescriptibles los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de guerra reside en que tales delitos suelen cometerse desde las propias entrañas del Estado. Con ello, las probabilidades de que su autor garantice su impunidad por el mero transcurso del tiempo aumentarían exponencialmente, de no ser, claro está, porque el Estatuto los declara imprescriptibles (PASTOR, 2010, pp. 645 s.). Ciertamente, el Estatuto distingue entre los casos en que el ataque contra una población civil se realice "*de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política*". No obstante, cuando tal organización no sea estatal y, por ello, no se encuentre íntimamente conectada a las entrañas del sistema estatal, decaerá desde su propia base el fundamento de la imprescriptibilidad del delito que acaba de ser mencionado.

IV. A modo de epílogo: ¿temperatura bajo cero?

32. Las anteriores reflexiones conducen a una conclusión que ya está empezando a ser denunciada por un creciente sector de la doctrina. Bajo la cobertura de la (aparentemente neutra) reivindicación del estatuto de delitos contra la humanidad de los delitos (de extrema gravedad, pero en general de ámbito local) de terrorismo, lo que en realidad se pretende no es otra cosa que extraer para esta clase de delitos las consecuencias previstas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Esto es, la competencia objetiva exclusiva de dicho Tribunal; la inidoneidad de esta categoría delictiva como posible objeto de Leyes de Amnistía y de la garantía procesal de cosa juzgada; y, por fin, su **imprescriptibilidad** (PASTOR, 2010, p. 650 s.; LANDA GOROSTIZA, 2010, pp. 29 s.). Con ello, probablemente se esté dando un paso más en la dirección de considerar a estos delitos parte integrante del fenómeno conocido como "**Derecho penal del enemigo**" (PASTOR, 2010, p. 651). De este modo, a las ya conocidas características de éste²², vendría a sumarse un nuevo rasgo distintivo: la imprescriptibilidad del delito.

su competencia respecto del mismo; y, por otra parte, se incluye asimismo alguna modificación de los crímenes de guerra. No se incorporó, sin embargo, ninguna modificación ni enmienda del artículo 7 referido a los crímenes contra la humanidad ni menos aún con relación a delitos de terrorismo (LANDA GOROSTIZA, 2010, pp. 21 s., nota 65).

²² Y que, en esencia, se resumen en las que siguen: a) supone un adelantamiento de las barreras de protección penal sin una pena más reducida con respecto a la pena de momentos más avanzados del

33. Tal circunstancia produce consecuencias difícilmente asumibles. Por una parte, se atenta contra el **principio de proporcionalidad**, al extenderse la regla de la imprescriptibilidad a hechos delictivos de gravedad y alcance muy dispar. Por otra, se asiste a un no menos obvio **efecto de pendiente resbaladiza**: como suele ocurrir con otros efectos del Derecho penal del enemigo, las consecuencias normativas previstas por la Ley para los delitos considerados **de enemigo** corren el riesgo de hacerse extensivas o acabar contaminando a otros grupos de delitos (JAKOBS, 2003, pp. 39 y 56; el mismo, 2004, p. 61). No es casualidad que en la actualidad la bandera de los delitos contra la humanidad y su imprescriptibilidad esté empezando a ser enarbolada de forma intensa a favor de otros delitos, como los **delitos contra la libertad sexual** o, incluso, de los **delitos de corrupción**. Por lo demás, el recurso al Derecho penal internacional en materia de imprescriptibilidad del delito acaba provocando una suerte de *efecto boomerang* en las legislaciones nacionales: lo que inicialmente el Estado no había considerado imprescriptible, finalmente se acaba deviniendo en tal como consecuencia de los compromisos internacional asumidos por el Estado (PASTOR, 2010, p. 646).

34. Tomando el símil de JIMÉNEZ DE ASÚA con la punibilidad de los actos preparatorios, afirma recientemente DANIEL PASTOR que el régimen de prescripción de los delitos y las penas funciona como un termómetro que permite medir la temperatura liberal del sistema: cuanto mayor sea el ámbito de aplicación de las reglas sobre prescripción, mayor será la temperatura liberal del sistema, y viceversa (PASTOR, 2010, p. 645). Paradójicamente, desde el Derecho penal internacional —el Estatuto de Roma es un claro ejemplo a este respecto— la cuestión suele verse de un modo bien distinto,

iter criminis; b) representa un cambio de perspectiva, de acuerdo con el cual el Derecho penal debería mirar no sólo hacia el pasado (hacia el hecho ya cometido), sino también hacia el futuro (el hecho venidero, que aún está por llegar: por ejemplo, el castigo de los llamados “*Klimadelikte*”); c) constituyen la transición de una “legislación penal” (“*Strafrechtsgesetzgebung*”) a una “legislación de lucha” o “de combate” (“*Bekämpfungsgesetzgebung*”); y, por último, d) conduce a una reducción o relajamiento de las garantías procesales propias del proceso penal (JAKOBS, 2000, p. 661; CANCIO MELIÁ, 2003, pp. 79 ss.). Algunos autores consideran que la descripción de JAKOBS del Derecho penal del enemigo puede ser completada con otros elementos. Este es el caso, por ejemplo de HAFFKE, en Alemania, y PÉREZ DEL VALLE, en España. Para el primero, una característica esencial del Derecho penal del enemigo estaría representada por la idea de que en la descripción de los tipos penales que podrían ser merecedores de aquella calificación, el legislador habría obviado por completo la delimitación entre tentativa y consumación, así la distinción entre autoría y participación, asumiendo, de este modo, un concepto unitario de autor (HAFFKE, 1995, pp. 785 s.). Según PÉREZ DEL VALLE, otro aspecto fundamental del Derecho penal del enemigo sería la absoluta inoperatividad a efectos de exención de la responsabilidad penal, del error de prohibición, dado que en el ámbito del Derecho penal del enemigo toda infracción afectaría “a puntos esenciales de la ley natural que requiere el contrato social” (PÉREZ DEL VALLE, 2001, p. 610).

incluso inverso: la prescripción del delito, lejos de ser contemplada como una conquista liberal, suele considerarse un molesto lastre que dificulta la persecución del delito (PASTOR, 2010, pp. 645 s.). Tal circunstancia no obsta que pueda alcanzarse, en suma, la siguiente conclusión: si todo ello es cierto —como creo—, entonces la temperatura liberal del Código Penal español ya empieza a estar —al menos en lo que al objeto del presente trabajo respecta— prácticamente bajo cero.

Bibliografía citada

- ALCÁZER GUIRAO, R., 2010 “Dilaciones indebidas”, en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, Madrid: Francis Lefebvre.
- ASÚA BATARRITA, A., 2002, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental”, en ECHANO BASALDUA, J. (coord.), *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao: Universidad de Deusto.
- CANCIO MELIÁ, M., 2003, “¿«Derecho penal» del enemigo?”, en JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas.
- COLINA OQUENDO, P., 2007, en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (coord.), *Código Penal*, 2ª ed., Madrid: La Ley.
- CONSEJO FISCAL, Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal,
- CORTES GENERALES, Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados (Pleno y Diputación permanente), año 2010, IX Legislatura, nº 160, sesión nº 151.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A., 2008, “Interrupción de la prescripción”, en BOIX REIG, J (dir.)/LLORIA GARCÍA, P. (coord.), *Diccionario de Derecho penal económico*, Madrid: Iustel.
- CHOZAS ALONSO, J.M., 2010, en GASCÓN INCHAUSTI, F. (coord.), *Repercusiones sobre el Proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal*, Pamplona: Aranzadi.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., 2011, *Derecho penal español*, PG, 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch-
- GILI PASCUAL, A., 2001, *La Prescripción en Derecho Penal*, Pamplona: Aranzadi.
- GILI PASCUAL, A., 2008, “Prescripción (de la infracción penal)”, en BOIX REIG, J (dir.)/LLORIA GARCÍA, P. (coord.), *Diccionario de Derecho penal económico*, Madrid: Iustel.
- GÓMEZ MARTÍN. V., 2010 “Notas para un concepto funcional de terrorismo”, en SERRANO PIEDECASAS, J.R./DEMETRIO CRESPO, E. (dirs.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid: Iustel.

- CALDERÓN CEREZO, A./CHOCLÁN MONTALVO, J.A., 2005, *Código Penal comentado*, Bilbao: Deusto jurídico.
- CASSESE, A., 2008, *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.
- HAFFKE, B., 1995, "Drogenstrafrecht", ZStW 107.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J., 2011, en ORTIZ DE URBINA, I. (coord.), *Memento práctico Penal Económico y de la Empresa*, Madrid: Francis Lefebvre, 2011.
- JAKOBS, G., 2000, en SCHULZ, L., "Tagungsbericht. Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum Feindstrafrecht", ZStW 112.
- JAKOBS, 2004, en ESER, A./HASSEMER, W./BURKHARDT, B. (coords. versión alemana)/MUÑOZ CONDE, F. (coord. versión española), *La ciencia del Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- LANDA GOROSTIZA, J.-M., 2010, "La sombra de los crímenes contra la humanidad en la política antiterrorista española: reflexiones críticas", RECPC 12-10.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., 1997, "Artículo 131", en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.)/JORGE BARREIRO, A. (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid: Civitas.
- MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, "Artículo 131 CP", en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Valladolid: Lex nova.
- MARTÍN PALLÍN, J.A., 2008 "La prescripción de los delitos: ¿mera política criminal o derecho fundamental", La Ley.
- MEDINA CEPERO, J.R., 2000, "La prescripción del delito: hacia una nueva regulación procesal penal", RPJ, 59.
- MEDINA CEPERO, J.R., 2001, *El tratamiento procesal penal de la prescripción del delito*, Madrid: Dykinson.
- MESTRE DELGADO, E., 1987, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid: Ministerio de Justicia.
- MIR PUIG, S., 2011, *Derecho penal*, PG, 9ª ed., Barcelona: Reppertor.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2011, "Prescripción del delito", en EL MISMO (coord.), *Memento práctico Penal*, Madrid: Francis Lefebvre.
- MORAL DE LA ROSA, J., 2005, *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., 2011, "La extinción de la responsabilidad penal y la cancelación de antecedentes penales", en GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J.M./MELENDO PARDOS, M./NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal*, PG, Madrid: Dykinson.
- OLAIZOLA NOGALES, I., 1998, "La prescripción del delito en supuestos de concurso de delitos", AP.
- PASTOR, D.R., 2010, "La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en conexión con el fenómeno del terrorismo", en SERRANO PIEDECASAS, J.R./DEMETRIO CRESPO, E. (Dirs.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid: Iustel.

- PASTOR ALCOY, F., 1993, “La prescripción de los delitos y las faltas. Análisis jurisprudencial”, RGD, 588.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., 2000, “Artículo 131 CP”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, IV, Madrid: Edersa.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., 2005, “La prescripción de las infracciones penales tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre”, *La Ley*.
- PÉREZ DEL VALLE, C., 2001, “Sobre los orígenes del “Derecho penal del enemigo”. Algunas reflexiones en torno de Hobbes y Rosseau”, CPC 75.
- PRATS CANUT, M., 2005, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.)/MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 4ª ed., Pamplona: Aranzadi.
- PRATS CANUT, M., 2007, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.)/MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 6ª ed., Pamplona: Aranzadi.
- PRIETO RODRÍGUEZ, J.I., 1998, “Hacia una reinterpretación de la prescripción penal”, AP, 20.
- REY GONZÁLEZ, C., 1999, *La prescripción de la infracción penal (en el Código de 1995)*, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons.
- RAGUÉS I VALLÈS, R., 2004, *La prescripción penal: Fundamento y aplicación. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal*, Barcelona: Atelier.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D., 2011, “La nueva regulación de la prescripción penal. Una reforma en busca de seguridad jurídica, una reforma «pro acciones»”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Madrid: Civitas.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., 2011, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Buenos Aires-Montevideo: B de F.
- STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., 2010, en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H., *Strafgesetzkomentar*, 28ª ed., Munich: Beck.

EL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE ÓRGANOS HUMANOS

M^a del Carmen Gómez Rivero
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Sevilla

Resumen: El trabajo se ocupa de delimitar el alcance del art. 156 bis, introducido al CP por la reforma operada por la LO 5/2010, relativo al tráfico ilegal de órganos. Punto de partida de esta tarea es precisar cuál sea el bien jurídico protegido en la norma, una cuestión que se presenta ciertamente compleja a la luz de los elementos típicos del delito. La presente contribución parte de que el interés protegido es el control estatal de los distintos actos relacionados con el trasplante, lo que implica, junto con otros intereses de alcance colectivo, la preservación de políticas públicas de salud. A partir de lo anterior, la presencia de elementos típicos relacionados con la vida o salud de los concretos afectados opera como un criterio de restricción del alcance del precepto.

Palabras clave: Interés protegido; obtención ilegal de órganos; trasplante; tráfico ilegal de órganos; publicidad; autoría y participación; consumación; concursos.

Abstract: The present article deals with the interpretation of the art. 156 bis Penal Code, introduced by LO 5/2010, concerning trafficking in human organs. For this purpose, the paper point out the interest protected by the norm, which appears as a debated question due the characteristics of this crime in Penal Code. The paper considers that the protected interest is the state control of different acts concerning transplantation human organs, which includes among other aspects, publics health policies. According with this viewpoint, the meanings of elements of the offense relating to the protection of life and health consists of reducing the scope of the offense.

Keywords: Interest protected; illegally obtaining human organs; illegal trafficking in human organs; advertising; authorship and participation; consummation; concurrence.

Sumario: 1. Consideraciones previas; 2. La preocupación por erradicar y castigar el tráfico ilegal de órganos. Un breve recorrido por los distintos instrumentos internacionales y comunitarios; 3. La delimitación del bien jurídico protegido por el art. 156 bis CP; 4. Los elementos del tipo del delito del tráfico ilegal de órganos humanos; 4.1. Elementos del tipo objetivo; 4.1.1. *Las conductas típicas*; 4.1.2. *La ilegalidad como característica común a las distintas modalidades típicas*; 4.1.3. *El objeto material de la conducta: los órganos humanos ajenos*; 4.1.4. *Los sujetos del delito*; 4.2. Elementos del tipo subjetivo; 5. La consumación del delito; 6. Las consecuencias jurídicas previstas por el art. 156 bis; 7. Relaciones concursales; 8. Valoración final. Bibliografía citada.

1. Consideraciones previas

Mucho se ha escrito sobre la realidad que envuelve al tráfico ilegal de órganos humanos. De ella dan cuenta interesantes estudios en la materia, que ponen sobre el tapete no sólo las cifras de su práctica, sino también los móviles que con frecuencia la inspiran, los precios que suelen alcanzar los distintos órganos en el mercado ilegal, o los principales países a los que pertenecen tanto sus oferentes como sus demandantes¹. Por encima de estos pormenores, lo cierto es que cada trato esconde tras de sí, con más o menos variantes que recuerdan que *los infelices lo son cada uno a su manera*, la historia de un intercambio de desasosiegos, aun cuando de distinta índole. Por un lado, la penuria económica del donante, perteneciente en la mayoría de los casos a los países del llamado Tercer Mundo, dispuesto a vender una parte de su cuerpo a cambio de un precio, por definición insuficiente para rescatarle definitivamente de su miseria. Por otro lado, la angustia del receptor, decidido a pagar ingentes cantidades de dinero con tal de conseguir, como sea, el único remedio para su enfermedad. Pero todavía, junto a las dos partes de este intercambio de zozobras suele aparecer en escena una tercera, ajena a cualquier situación de necesidad, y que actúa con el único fin de obtener un provecho a costa de los respectivos pesares de aquellos. Se trata de los intermediarios, a menudo estructurados en redes organizadas y cuyo potencial logístico se orienta, unas veces a poner en contacto a las dos partes necesitadas; otras, simplemente, a la captación de personas con las que por medio del engaño, la violencia o el abuso, nutrir la oferta de ese mercado clandestino.

Haciendo abstracción de las implicaciones éticas y sociales de esta realidad, resulta evidente desde un plano estrictamente jurídico que el tráfico ilegal de órganos humanos representa un fenómeno frente al cual el Ordenamiento jurídico no puede permanecer impasible, tampoco cuando se trata del Ordenamiento de los países que, como el nuestro, no encabezan el listado de procedencia de los donantes por precio.

¹ Así por ejemplo, según el Estudio conjunto elaborado por el Consejo de Europa y las Naciones Unidas, *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of removal of organs*, de 2009, el tráfico de órganos podría estar detrás del 5 al 10 por ciento de todos los trasplantes renales que se practican cada año en el mundo.

Entre la abundante literatura al respecto, véase por ejemplo el detallado trabajo de SCHEPER-HUGHES, "El comercio infame: capitalismo milenarista, valores humanos y justicia global en el tráfico de órganos", en *Revista de Antropología Social*, 2005, núm. 15, págs. 195 ss.; el artículo de FERRADO, M., "Tráfico de órganos. Un negocio oscuro y atroz", publicado en el diario *El País*, el 3 de mayo de 2009, o el recorrido por la realidad de distintos países que ofrece CARRASCO ANDRINO, M.M., *Derecho Penal Español, Parte Especial (I)*, 2ª ed., (dir. ÁLVAREZ GARCÍA), Valencia, 2011, págs. 259 ss.

Bastaría para entenderlo con tener presente el temor a que en el futuro en ellos proliferen el comercio ilegal de órganos, incluyendo el riesgo de convertirse en cobijo de organizaciones dedicadas a su práctica. Precisamente para combatirla, la reforma del Código Penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, tipificó por primera vez en nuestro Derecho el delito de tráfico ilegal de órganos humanos. Según explica la propia Exposición de Motivos de la Ley, su presencia obedece a la voluntad de dar cumplimiento a las directrices fijadas por distintos instrumentos, ya sean internacionales o ya se ciña su alcance al ámbito de la Unión Europea. En este sentido, la referida Exposición de Motivos cita específicamente los pronunciamientos en la materia de la Organización Mundial de la Salud así como la Declaración de Estambul, documentos que, según enseguida comprobaremos, representan tan sólo un fragmento –y no necesariamente el más reciente ni siquiera el más importante²- de la preocupación expresada en la materia por distintos foros internacionales.

No se agota, sin embargo en aquellos pronunciamientos internacionales la justificación que ofrece la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 para incorporar al Código Penal el delito de tráfico ilegal de órganos humanos. Alude igualmente al alcance cada vez más extendido del fenómeno, una preocupación que se sitúa en clara sintonía con la alerta que recogen otros documentos internacionales³. Con todo, y aun partiendo de lo documentado de este tipo de prácticas, hay que reconocer que el volumen de su realización no es elevado⁴, y menos aún en nuestras fronteras. Sí lo es, sin embargo, la importancia de cada caso registrado, dada la gravedad de los diferentes intereses implicados en los términos que tendremos ocasión de ir refiriendo, así como el riesgo potencial de su incremento a la vista de lo atractivo de las ganancias económicas que ofrece.

De hecho, similares razones a las que han impulsado a nuestro legislador a tipificar el delito de tráfico ilegal de órganos humanos, motivaron ya antes a otros Códigos penales a incorporar la correspondiente previsión que, con más o menos

² En concreto, llama la atención que no haga referencia a la Directiva del año 2010 a la que enseguida nos referiremos.

³ Véase el Estudio conjunto elaborado por el Consejo de Europa y las Naciones Unidas ya citado en la nota anterior, pág. 5.

⁴ De hecho, así lo reconocía la Resolución del Parlamento Europeo de 22 de abril de 2008, sobre donación y trasplante de órganos: “aunque las estimaciones actuales sitúan el tráfico de órganos en un nivel relativamente bajo respecto a los demás tipos de tráfico, el tráfico de órganos y tejidos se está convirtiendo en un creciente problema mundial que ocurre a escala nacional y transfronteriza y que está avivado por la demanda (se calcula que hay entre 150 y 250 casos al año en la UE)”.

extensión, sancione este tipo de prácticas. Es el caso de dos importantes modelos de referencia, como son el francés y el alemán, que contemplaban ya en sus respectivos Derechos previsiones penales relativas al tráfico ilegal tanto de órganos como de tejidos humanos. En concreto, bajo la rúbrica *De la protección del cuerpo humano*, el Código Penal francés desde 1994 castiga en sus arts. 511-2 y siguientes todo un abanico de conductas comprensivas prácticamente de cualquier secuencia relacionada con la obtención, tráfico o trasplante ilegal de órganos, tejidos o células. En el caso alemán el delito relacionado con el tráfico de órganos se contempla en la *Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben*, conocida como *Transplantationsgesetz*, de 5 de noviembre de 1997, que en sus párrafos 18 y ss. castiga el tráfico, la extracción o el trasplante ilegal de órganos o tejidos humanos.

No puede decirse, pues, que estemos ante una previsión novedosa desde el punto de vista del Derecho comparado, aunque sí desde luego desde la perspectiva de nuestro Ordenamiento. Con la mirada puesta en él, lo primero que se impone es dar respuesta a la pregunta relativa a si realmente antes de la introducción de este delito en el Código Penal podía hablarse de una impunidad absoluta de las conductas relacionadas con el tráfico de órganos. Y al respecto, la rotundidad de la respuesta negativa no se hace esperar. Hay que reconocer, en efecto, que nuestro Código Penal contaba ya antes de la reforma con preceptos bajo los que subsumir, si no todas, sí muchas de las conductas que rodean al mercado ilegal de órganos. Así, allí donde la ausencia o vicios en el consentimiento prestado por el donante del órgano no pudiera calificarse como libre, resultarían de aplicación los correspondientes tipos de lesiones, al no poderse comprender entonces la conducta bajo el supuesto de hecho del art. 156 CP que, como es sabido, exime de pena el trasplante de órganos realizado “con arreglo a lo dispuesto en la ley” siempre que medie el “consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido”⁵. Por otra parte, en esos mismos casos podía resultar de aplicación un delito contra la libertad o incluso contra la integridad moral, por cuanto no cabe duda de que aquella práctica representa la mayoría de las veces un atentado contra la dignidad del sujeto que la soporta. Todo ello sin olvidar la posibilidad de aplicar el

⁵ Del alcance de sus previsiones tuve ocasión de ocuparme en *La responsabilidad penal del médico*, 2ª ed., Valencia, 2008, págs. 290 ss., donde limitaba el sentido de su alcance precisamente al donante, no al receptor, respecto al que en tanto el trasplante tuviera finalidad terapéutica el valor de este precepto sería meramente declarativo.

delito de trata de seres humanos, que antes de la reforma de 2010 había de encontrarse en las previsiones del art. 318 CP.

Lógicamente, el reconocimiento de la existencia de tipos penales genéricos a los que reconducir muchas de las conductas relacionadas con el tráfico ilegal de órganos no supone concluir sin más afirmando que el delito ahora incorporado sea vacío o cuando menos superfluo. Porque evidente es también que aquellos distintos tipos delictivos no podían colmar siempre las necesidades de castigo que rodean a su práctica. Bastaría con pensar en los casos en que, si bien mediara el consentimiento de las partes, la extracción del órgano o su posterior implante se realizara en condiciones de falta de seguridad y, en todo caso, burlando los controles estatales que tienen por objeto la preservación de políticas públicas de salud⁶. La pregunta es si, realmente, esos espacios hasta ahora ajenos a la intervención penal no sólo son merecedores de tutela, sino que también están necesitados de protección en esta rama del Ordenamiento jurídico. Por otra parte, si la respuesta fuese afirmativa, todavía quedaría por aclarar si el concreto diseño del precepto introducido por la reforma de 2010 resulta coherente con ese interés previamente definido. Vayamos por partes. Y para ello, nada mejor que adentrarnos en el alcance de las directrices internacionales hasta ahora emanadas de distintas instancias.

2. La preocupación por erradicar y castigar el tráfico ilegal de órganos. Un breve recorrido por los distintos instrumentos internacionales y comunitarios

Como anticipábamos, la preocupación por garantizar las condiciones de seguridad y calidad de los órganos humanos destinados al trasplante así como prohibir su tráfico ilegal ha estado presente en distintos instrumentos internacionales.

Singular mención merecen, ante todo, las *Resoluciones de la Organización Mundial de la Salud relativas al tráfico de órganos y tejidos humanos*. En concreto, son

⁶ Sobre la situación anterior a la reforma y las posibilidades de castigar el tráfico de órganos conforme a los genéricos tipos de lesiones, véase por todos MUÑOZ CONDE, F., “Einige Fragen des ärztlichen Heileingriffs im spanischen Strafrecht”, en *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 3. Aufl., 2007, págs. 408 ss., págs. 703 ss.

de citar las Resoluciones WHA40.13, de 1987, WHA42.5, de 1989⁷ y WHA44.25, de 1991⁸, orientadas a reprimir el tráfico ilegal de órganos humanos y a asegurar las condiciones de su extracción y trasplante. Basadas en ellas, la Resolución WHA 57.18, adoptada en 2004 por la 57ª Asamblea Mundial de la Salud sobre trasplante de órganos y tejidos humanos, instó a los Estados a la adopción de una serie de medidas para garantizar la seguridad y calidad tanto en relación con los trasplantes alogénicos como xenogénicos. Ya de forma más reciente deben citarse los pronunciamientos contenidos en los *Principios rectores sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos*, aprobados por la 63ª Asamblea de la OMS, de 21 de mayo de 2010. En ellos se subraya la gratuidad de las donaciones de órganos y se condena su tráfico y el turismo de trasplantes, como medidas con las que garantizar la seguridad, calidad y eficacia de los procedimientos de donación y de trasplante, así como del material humano empleado. El documento incide igualmente en la transparencia y trazabilidad, asegurando al mismo tiempo la protección del anonimato y la privacidad de los donantes y receptores.

Esencial es igualmente la cita de la *Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes*, aprobada en la Cumbre internacional sobre turismo de trasplantes y tráfico de órganos convocada por la Sociedad de trasplantes y la Sociedad internacional de nefrología celebrada en 2008, que insiste en que el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes violan los principios de igualdad, justicia y respeto de la dignidad humana.

Ya en el ámbito de la Unión Europea, la preocupación es singularmente visible desde finales de los años 70. En concreto, ya el 11 de mayo de 1978 el Consejo de Ministros del Consejo de Europa adoptó su *Decisión (78)29 sobre la armonización de las legislaciones de los Estados miembros respecto de la extirpación, injertos y trasplantes de material humano*, en la que además de sentar las exigencias relativas al consentimiento del donante y la confidencialidad, declaró que ningún material humano puede ofrecerse con fines lucrativos. Dicha declaración fue confirmada en la tercera Conferencia de los Ministros de Sanidad Europeos, celebrada en París los días 16 y 17 de noviembre de 1987.

⁷ Por la que la Asamblea de la Salud pidió a los Estados Miembros que adoptaran medidas apropiadas para evitar la compra y venta de órganos humanos para trasplante.

⁸ Que aprobó los Principios Rectores sobre Trasplante de Órganos Humanos.

Inevitable resulta por otra parte la referencia al *Convenio del Consejo de Europa relativo a los derechos humanos y la biomedicina*, adoptado en Oviedo el 4 de abril de 1997, que entró en vigor el 1 de diciembre de 1999. Según reza su artículo 21, “El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser fuente de aprovechamiento”. A este Convenio se adjuntó un *Protocolo adicional referido al trasplante de órganos y tejidos de origen humano*, elaborado el 24 de enero de 2002, cuyo art. 21 dispone en su apartado primero que el cuerpo humano y sus partes no pueden constituir fuente de lucro o de otras ventajas similares, y en el segundo establece el deber de prohibir la publicidad de la oferta o demanda de órganos o tejidos mediando precio. Por su parte, el art. 22 consagra la obligación de prohibir el tráfico de órganos y tejidos⁹.

Sin abandonar el ámbito comunitario debe mencionarse la *Recomendación (2004) 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa*, adoptada el 19 de mayo de 2004, que insta a los Estados miembros a la adopción de medidas legales para la represión de la extracción e implantación ilegal de órganos y tejidos humanos, el tráfico ilegal de órganos, su publicidad, así como de lucha contra las organizaciones dedicadas a su tráfico (art. 4). Por su parte, la *Comunicación de la Comisión sobre donación y trasplante de órganos*, de 30 de mayo de 2007 (COM (2007) 275 final), manifiesta igualmente su preocupación por la lucha contra el tráfico de órganos.

En la misma línea es digna de mención la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de abril de 2008, *sobre donación y trasplante de órganos*. Tras destacar que la donación de órganos por motivos económicos es contraria a la dignidad de la persona, e instar a la Comisión para luchar contra el tráfico de órganos y tejidos así como contra el turismo de trasplantes, “insta a los Estados miembros a modificar, si procede, sus códigos penales con el fin de que los responsables del tráfico de órganos sean objeto de acciones judiciales adecuadas, incluyendo sanciones para el personal médico que intervenga en el trasplante de órganos procedentes del tráfico, y a desplegar, al mismo tiempo, todos los esfuerzos necesarios para disuadir a los receptores potenciales de recurrir a la oferta del tráfico de órganos y tejidos”. Incluye igualmente la exigencia de medidas orientadas a la “responsabilización penal de los ciudadanos europeos que hayan comprado órganos dentro o fuera de la Unión Europea”.

⁹ Véase el comentario a los aspectos relativos a la donación contenidos en el Convenio, especialmente relacionado con los menores e incapaces, de TORRES FERNÁNDEZ, E., “La donación de órganos o tejidos de donante vivo por personas incapaces de consentir a la luz del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina y su protocolo adicional”, en *Estudios Jurídico-penales sobre genética y biomedicina, Libro homenaje al Prof. Dr. Ferrando Mantovani*, Madrid, 2006.

Pero sin duda, y dejando a un lado las Directivas relativas a las células y tejidos humanos¹⁰, singular importancia adquiere la *Directiva 2010/45, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas de calidad y seguridad de órganos humanos destinados al trasplante*, de 7 de junio de 2010. A partir de la consideración de que para salvaguardar la salud pública y prevenir la transmisión de enfermedades a través de los órganos deben tomarse medidas durante su obtención, transporte y utilización, establece la obligación de los Estados de contemplar sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para quienes violen los principios que deben regir la donación (gratuidad, no publicidad, consentimiento, confidencialidad y en general garantías para la seguridad y calidad de los órganos).

Hasta aquí el recorrido por los diversos documentos internacionales en la materia. Por encima de sus peculiaridades, lo cierto es que apenas puede discutirse que la esencia de la preocupación que transmiten a los Estados y las consiguientes medidas a cuya adopción les instan exceden con mucho a la petición de que en sus respectivos ordenamientos internos castiguen el tráfico de órganos humanos conforme a los clásicos delitos de *lesiones*, como atentados contra la libertad o contra la *dignidad*. Porque cualquier Código Penal de Derecho comparado contempla en su articulado provisiones más que suficientes para asegurar el castigo de estas conductas conforme a los correspondientes delitos que protegen los distintos intereses citados. Dirigirles una petición en tales términos no obedecería, pues, a una necesidad real. Por el contrario, si alguna razón de ser quiere darse a tales iniciativas es la de asegurar una respuesta frente a los múltiples riesgos que acechan al comercio ilegal de órganos, y que exceden con mucho al injusto que puntualmente focalizan aquellos clásicos tipos delictivos. Basta, en efecto, una lectura conjunta de los distintos documentos que hemos ido citando para advertir que tras ellos se mueve el interés por asegurar de forma amplia la calidad y seguridad de los órganos, tejidos y células humanas destinados al trasplante, así como las condiciones de su realización en la secuencia que abarca desde su extracción hasta la efectiva implantación en el receptor. Y aun cuando ciertamente este interés comprende la evitación de lesiones, atentados contra la libertad o contra la dignidad, su alcance

¹⁰ De las que se ocupó la Directiva 2004/23/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos; así como la Directiva 2006/17/CE, de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos.

desborda estos aspectos. Así, por ejemplo, no cabe duda de que la extracción de un órgano a una persona fallecida cumpliendo el sentido de su voluntad previamente manifestada pero que después se destine al mejor postor, encajaría entre las prohibiciones que quieren reprimir aquellos documentos, por cuanto se afecta la calidad y seguridad del trasplante y, con ello, aspectos como la transparencia, racionalidad o justicia de la práctica. Sin embargo su castigo quedaría extramuros de las posibilidades que ofrecen aquellos clásicos delitos.

El mensaje y la preocupación, pues, de dichos instrumentos reclama la dispensa de una protección más amplia al punto de mira que es propio de los delitos contra bienes jurídicos individuales. Y adelantando en buena medida conclusiones, es ese plus el que dota de sentido a la incorporación de un tipo específico en nuestro Ordenamiento, como en cualquier otro de Derecho comparado, que castigue específicamente el delito de tráfico ilegal de órganos. Cuestión distinta será la forma en la que en concreto se plasmen los rasgos de ese delito y, consiguientemente, el juicio más o menos positivo que la regulación en cuestión merezca. Centrándonos lógicamente en exclusiva en nuestro Código Penal, de todos estos aspectos nos ocupamos en lo que sigue.

3. La delimitación del bien jurídico protegido por el art. 156 bis CP

La principal dificultad interpretativa que plantea el delito que comentamos se concentra a la hora de determinar cuál sea el bien jurídico que protege. Sabido es que la respuesta que se dé a esta cuestión, en éste como en cualquier otro tipo delictivo, condiciona de principio a fin la interpretación del respectivo delito de que se trate, esto es, desde la exégesis de su alcance hasta la resolución de las eventuales relaciones concursales que se planteen con otros preceptos penales. Pero no sólo eso. Junto con lo anterior, la identificación del bien protegido tutelado por la norma penal se erige en el delito que nos ocupa en un elemento esencial a la hora de justificar su presencia en el Código Penal. Y es que, en efecto, si se llegara a la conclusión de que, atendiendo a los rasgos típicos del art. 156 bis el interés protegido coincide exactamente con el de otros preceptos penales, las dudas en torno a la necesidad de su tipificación expresa resultarían más que fundadas.

La importancia, pues, de la delimitación del interés protegido está fuera de discusión. Resulta, sin embargo, que la trascendencia de la tarea contrasta con la opacidad del texto legal, de cuya lectura difícilmente puede extraerse una solución que resistiera su calificación como inequívoca. A ello ha contribuido a buen seguro la ausencia de tradición en nuestro ordenamiento jurídico de un delito que tipificara expresamente las conductas relacionadas con el tráfico ilegal de órganos, de modo tal que, según ya veíamos, hasta la reforma de 2010 su castigo sólo encontraba acomodo, en su caso, en los clásicos delitos que protegen bienes jurídicos fundamentales de alcance individual (básicamente los de lesiones y homicidio, libertad o dignidad), bien en los tipos que castigan el traslado o, en general, la utilización de personas con aquellos fines y que, también desde la reforma de 2010, encuentran su exacto encaje en el delito de trata de seres humanos contemplado en el art. 177 bis.

Motivado por una u otra causa, a primera vista cualquier postura acerca de cuál sea el interés protegido por el art. 156 bis parece poder encontrar argumentos que la respalden. No hay mejor prueba que el dato de que en la doctrina no faltan partidarios de los dos posicionamientos más radicales imaginables; a saber, el que, de un lado, defiende que este delito toma como referente de su protección el interés individual consistente en preservar la salud de las personas, básicamente del donante¹¹ y, de otro, el que entiende que la finalidad del precepto es la de proteger un bien jurídico de dimensión colectiva que, como tal, desbordaría la óptica individual de los sujetos en concreto afectados para preservar las condiciones de seguridad del tráfico de órganos y, en términos amplios, de la salud pública¹².

Como decíamos, ninguna de las dos posturas está huérfana de argumentos. A la primera de ellas respalda, con un valor nada desdeñable, la ubicación del delito en el

¹¹ Es la postura sostenida por GARCÍA ALVERO, R., "El nuevo delito de tráfico de órganos", en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, (coord. ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC), Valencia, 2010, págs. 183 ss., 186 ss.; publicado también en *La nueva reforma penal de 2010: análisis y comentarios* (coord. QUINTERO OLIVARES), Navarra, 2010, págs. 141 ss.; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., "El delito de tráfico de órganos humanos", en *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, JULIO DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO (pr.), 2011, págs. 279 s.; BENÍTEZ ORTÚZAR, I., *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial* (coord. MORILLAS CUEVA), Madrid, 2011, págs. 118 s.

¹² En este sentido MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 18 ed., Valencia, 2010, pag. 132; QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español. Parte Especial*, 6ª ed., Barcelona, 2010, pág. 147; GÓMEZ MARTÍN, V., *Derecho penal. Parte Especial, tomo I* (dir. CORCOY BIDASOLO), Valencia, 2011, pág. 102; CARRASCO ANDRINO, M.M., *Derecho Penal Español. Parte Especial, ob. cit.*, págs. 265 ss.; FELIP I SABORIT, D., "Delito de lesiones; el nuevo delito de tráfico, obtención y trasplante ilegales de órganos humanos", en *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma* (dir. SILVA SÁNCHEZ), Madrid, 2012, págs. 245 ss., 250 s.

Título III del Libro II del Código Penal, dedicado a las lesiones. Todavía los seguidores de esta opción encuentran otro apoyo legal que parece ser decisivo para apoyarla; a saber, la atención a las concretas penas asignadas por el delito. No se olvide que éstas se gradúan en función de que el órgano sobre el que recaigan las distintas conductas típicas sea o no principal, fijando el legislador el marco penal para cada uno de estos casos en correspondencia exacta con el previsto en los arts. 149 y 150 para los casos, respectivamente, de pérdida o inutilización de un órgano principal o no. El culmen de todos estos argumentos pareciera encontrarse en las palabras de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, para la que “aunque nuestro Código Penal ya contempla estas conductas en el delito de lesiones, se considera necesario dar un tratamiento diferenciado a dichas actividades castigando a todos aquellos que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o su trasplante”.

Por su parte, tampoco faltan razones a los partidarios de considerar que el bien jurídico protegido tiene alcance supraindividual. Ante todo cuentan en su haber con argumentos de orden lógico o, si se quiere, gestados desde la confianza en la racionalidad de las decisiones legales. Para empezar porque, según ya apuntábamos, el sentido que cabalmente cabe atribuir a los documentos internacionales, a alguno de los cuales alude la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, excede con mucho de la preocupación por castigar puntualmente el tráfico de órganos conforme a un delito de lesiones, homicidio, contra la libertad o la dignidad. Y, en consecuencia, como absurdo habría de tildarse que el legislador español pretendiera dar respuesta a aquella inquietud incorporando un tipo delictivo cuyo valor fuese tan solo redundante respecto a la protección dispensada ya por los clásicos delitos de lesiones, sin aportar nada más. Todavía, junto con los argumentos anteriores tampoco faltarían otros relativos a la concreta configuración del art. 156 bis, argumentos que igualmente vendrían a avalar aquella conclusión a la que, adelantamos ya, que nos adherimos en este trabajo.

Ante todo, a sostener esta postura motiva un argumento, si se quiere en negativo, como es el rechazo a entender que esté en juego el bien jurídico individual cifrado en la preservación de la vida o salud del donante. Aun cuando sobre este aspecto tendremos ocasión de volver, adelantamos ya que el art. 156 bis refiere las distintas conductas que contempla a los “órganos humanos ajenos”, sin incluir ninguna exigencia adicional que acote su objeto. Quiere con esto decirse que su tenor literal no sólo permite comprender

las conductas que recaigan sobre órganos obtenidos o que vayan a obtenerse de donantes *vivos*, sino también el comercio ilegal de los extraídos de personas ya *fallecidas*, ya sea por muerte natural o tras su ejecución por el cumplimiento de la pena capital. En relación con lo primero, bastaría con pensar en el personal médico de un hospital que extrajera órganos de los pacientes fallecidos para después comerciar con ellos. Afirmar que en tales casos se trata de preservar la integridad, salud o incluso la vida del donante resulta manifiestamente un sinsentido¹³.

Es más, a la misma conclusión de descartar aquél bien jurídico individual atento a la seguridad del donante habría de llegarse en muchos casos de comercio o, en general, de tráfico ilegal de órganos procedentes de un donante vivo. Bastaría con detenernos ahora en la conducta de *tráfico*. La descripción legal, en efecto, permite castigar tal hecho en su contemplación aislada, esto es, al margen de la legalidad o no de la extracción, siempre que el tráfico se realice de modo *ilegal*. Resulta así que igualmente integra el ámbito típico el supuesto en el que el órgano se haya obtenido lícitamente (pongamos de nuevo el ejemplo de la extracción lícita en un hospital), pero que después el coordinador de trasplantes lo venda dentro del mismo país o incluso lo exporte a terceros a cambio de un precio, burlando de este modo las condiciones requeridas para garantizar la seguridad y calidad del proceso. De nuevo en este caso difícilmente podría sostenerse que el alcance del bien jurídico es la preservación de la salud del donante. Otro tanto habría de decirse cuando se analiza la conducta del *trasplante*. Ciertamente es que allí donde no se cumplan los requisitos sanitarios exigidos para su práctica se comprometen las condiciones de seguridad para la vida o integridad física. Pero se trata en todo caso ahora de la del potencial receptor, no la del donante, única sin embargo cuya atención pudiera dar cierto sentido a la pretensión de distinguir entre órganos principales o no principales a efectos de la graduación de la pena.

Por otra parte, y por similares razones, tampoco podría concentrarse en todos los casos el objeto de protección en la *vida* del donante del órgano. Así resulta sólo con atender al dato de que, si bien el legislador se refiere a los órganos principales junto con los no principales, entre aquellos no se cuentan necesariamente los que tienen una

¹³ Es lo que ha motivado que también en el Derecho comparado la doctrina se haya esforzado por descubrir el interés que pueda estar tras la prohibición de traficar con los órganos de personas ya fallecidas, y que algunos autores cifran en bienes jurídicos colectivos, como pueda ser la confianza en el respeto de las decisiones. Entre la abundante literatura germana, véase por ejemplo SEELMANN, K., "Organtransplantation –die strafrechtlichen Grundlagenprobleme", en *Organtransplantation*, hrsg. BRUDERMÜLLER/SEELMANN, Würzburg, 2000, págs. 29 ss.

función vital sino, como es sabido, los que cumplen una función autónoma dentro del cuerpo humano. Equiparar ambos bajo la categoría amplia de órganos principales no sólo sería un contrasentido desde el punto de vista de su respectiva contemplación valorativa, sino también atendiendo al injustificado efecto privilegiante que entonces estaría introduciendo respecto a las penas asignadas al homicidio o al asesinato.

Obviamente los argumentos anteriores relacionados con los específicos supuestos que hemos ido refiriendo no impiden reconocer que en otros se afecten las condiciones de seguridad para la vida y salud del donante. Bastaría pensar ahora en los casos en los que se reclutasen a personas con el fin de extraerle sus órganos que, además, después se trasplantasen a sujetos en condiciones de riesgo para su vida o salud. El supuesto paradigmático de cuanto ahora referimos bien pudiera encontrarse en la actividad de mafias o en general de organizaciones destinadas al tráfico de personas con el fin de extraerle sus órganos. Que en casos como éste se lesiona la salud del donante y además se pone en peligro la del receptor parece fuera de dudas. Pero sin perjuicio de referirnos con más detalle a estos casos, lo que de momento queremos significar es que tampoco en ellos la protección de la vida o salud de esos sujetos implicados es, al menos no en todos los casos, la razón de ser que en primera instancia impulsa al legislador a la incorporación de este precepto.

Cierto es que en contra de este, como de cualquier otro argumento que excluyera con carácter general que el bien jurídico protegido es de carácter individual y, más específicamente, que se ciñe a la protección de la salud e integridad física del donante, podría esgrimirse una objeción que encuentra su más enérgico respaldo en la contemplación de las penas asignadas al precepto, que coinciden a todas luces, según ya vimos, con las reservadas para las lesiones en función de que consistan en la pérdida de un órgano principal (art. 149) o no (art. 150). Ahora bien, aun reconociendo la potencia *formal* de este argumento para reconducir a las lesiones el bien jurídico protegido por el art. 156 bis, entiendo, sin embargo, que cuando se razona desde una perspectiva *material*, si de algo es indicio tal plasmación de las penas es, precisamente, de que el objeto de protección es distinto del de los referidos delitos. Y ello por varias razones. La primera, porque de otra forma habría de entenderse que el legislador está pensando como único referente de la situación de peligro a que da paso el tráfico ilegal de órganos en las lesiones, desconociendo entonces el riesgo para la vida de las personas, sin duda presente allí donde el órgano sea, no sólo principal, sino también vital. La segunda,

porque si en el art. 156 bis se protegiera la salud e integridad física habría de entenderse que el legislador ha roto en relación con las lesiones que traen causa de un trasplante no sólo las reglas generales de autoría y participación, sino también las que atienden a la fase del *iter criminis*. Debería aceptarse, en definitiva, que la conducta preparatoria, por ejemplo de ofertar un riñón, se castiga con una pena de hasta doce años de prisión, como si de su pérdida efectiva se tratase, una pena claramente desproporcionada respecto a la que asigna el legislador a los actos preparatorios punibles de las lesiones conforme al art. 151 CP¹⁴. En tercer lugar, porque si atiende en exclusiva a la situación de peligro en que se encuentra una de las partes, el donante, habría que concluir afirmando que el legislador se ha desentendido de la situación de riesgo para la salud de la otra parte del intercambio, el receptor, respecto al que sin embargo la “clandestinidad” del órgano puede determinar que se someta a su implante fuera del circuito de centros que cuentan con las garantías necesarias para la intervención.

Pero los argumentos continúan. Recordemos que la ubicación sistemática del art. 156 bis determina que a él no alcance la rebaja de la pena prevista en el art. 155, una conclusión difícil de sostener si el bien jurídico fuera de alcance individual, cifrado en concreto en la protección de la salud. En efecto, partiendo de que ciertamente la conducta no podría quedar exenta de pena conforme al art. 156, en tanto que para ello sería necesario que el trasplante de órganos se realizara “con arreglo a lo dispuesto en la ley”, y nuestra ley prohíbe, entre otros aspectos, la remuneración¹⁵, no se alcanzaría a entender por qué en estos casos no viniera en consideración la rebaja de la pena contemplada en el art. 155 CP para cualquier otro ámbito en el que tenga lugar la lesión. Si realmente el sentido del art. 156 bis fuese dispensar protección a la salud, la única explicación para que no le alcancen las reglas del art. 155 habría de encontrarse en un *paternalismo extremo*, una opción en todo caso difícilmente compatible con los esquemas que en general inspiran nuestro Derecho penal y, de forma especial, con el protagonismo de la autonomía de la voluntad en materia de lesiones¹⁶. Por último, todavía es posible aportar otro argumento en la línea de fundamentar que el bien jurídico protegido por el art. 156 bis tiene un punto de mira distinto a la protección de la

¹⁴ FELIP I SABORIT, D., “Delito de lesiones; el nuevo delito de tráfico, obtención y trasplante ilegales de órganos humanos”, *ob. cit.*, pág. 250.

¹⁵ Así lo establece el art. 8 del RD 2070/1999.

¹⁶ No es por ello de extrañar que este paternalismo, que parece estar en la base de la regulación alemana, haya recibido enérgicas críticas por parte de la doctrina de ese país. Véase por todos SCHROTH, “Die strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes” en *JZ*, 1997, págs. 1153 ss.

lesión del concreto individuo afectado. Y es que la redacción del precepto apunta en *plural* a la obtención, tráfico o trasplante de los órganos, redacción con la que parece literalmente sugerir que el acento del injusto del delito no reside, como tal, en la evitación de un resultado, sino en la prohibición de las acciones de tráfico.

A la vista de estos argumentos, entendemos que el objeto de protección del art. 156 bis se cifra en la preservación en general de las condiciones esenciales bajo las cuales resulta lícita la práctica de los actos que rodean al trasplante, desde la extracción del órgano hasta su implantación, lo que, como se ha dicho, comporta un debilitamiento del funcionamiento del Sistema Nacional de Trasplantes¹⁷. En concreto, el precepto sería expresión de la preocupación estatal por preservar, ante todo, el control de este tipo de prácticas, atribuido en el orden administrativo a la Organización Nacional de Trasplantes y, con ella, de los principios que han convertido a nuestro país en pionero en la materia. Se trata de la universalidad, anonimato, gratuidad, así como del estricto cumplimiento de las garantías sanitarias, aspectos todos ellos contemplados por la Ley 30/1979 sobre extracción y trasplante de órganos, así como por el RD 2070/1999¹⁸.

Más específicamente, bajo aquella preocupación se hallan razones relacionadas con la observancia de las políticas sanitarias que garantizan las condiciones de su buena práctica en general, más allá, por tanto, de la eventual afectación o puesta en peligro de la salud de uno o varios sujetos en concreto. Sólo así, por ejemplo, se evita la transmisión de enfermedades a través del trasplante de órganos¹⁹, lo que enlaza inequívocamente con las políticas públicas de salud²⁰. Pero también dentro de aquellos intereses relacionados con las políticas sanitarias en sentido amplio hay que contar los que atienden al respeto de criterios de *justicia*. Así se explica teniendo en cuenta que la conducta recae sobre bienes escasos cuyo uso demanda la racionalización de su empleo para atender en primera instancia a las necesidades más graves y urgentes. Lógicamente,

¹⁷ FELIP I SABORIT, D., “Delito de lesiones; el nuevo delito de tráfico, obtención y trasplante ilegales de órganos humanos”, *ob. cit.*, pág. 250.

¹⁸ A la hora de cerrar estas páginas se encuentra en proceso de tramitación el proyecto de Real Decreto por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, que incorpora al ordenamiento jurídico español el contenido de la Directiva 2010/53, de 7 de julio de 2010.

¹⁹ La comunicación de la Comisión sobre Donación y trasplante de órganos enuncia entre los riesgos del uso de órganos con fines terapéuticos la transmisión del virus VIH, de la hepatitis B y C, de bacterias, hongos y parásitos, así como distintos tipos de cáncer.

²⁰ Como escribiera FELIP I SABORIT, “todas las conductas descritas en el art. 156 bis CP son actos de debilitamiento de un elemento constitutivo de la salud pública, el funcionamiento del sistema nacional de trasplantes, construidos sobre la gratuidad, el altruismo, así como la equidad en la selección y el acceso al trasplante”, en “Delito de lesiones: el nuevo delito de tráfico, obtención y trasplante ilegales de órganos humanos”, *ob. cit.*, pág. 250.

estamos pensando ahora en los casos en los que la ilegalidad de la conducta recaiga, no sobre la extracción del órgano, sino sobre el trasplante. No cabe duda, en efecto, de que tras la prohibición de comercializar con los órganos legalmente donados se encuentran argumentos relacionados con la racionalización de los recursos disponibles por el sistema nacional y su ajuste a estrictos criterios de atención a las urgencias que en cada momento se consideren prioritarias entre sus ciudadanos²¹. Por esta vía se implica, en fin, la preservación genérica de la salud de los potenciales enfermos en lista de espera que, por sus circunstancias, demanden de forma perentoria el órgano en cuestión, con severo riesgo de otra forma para su vida o salud. Debe observarse que al atenderse de forma genérica a los *potenciales* receptores, no se trata de proteger la vida o salud de ninguno de ellos en concreto, sino que la tutela recae en primer plano sobre el colectivo en cuyo beneficio redunda el control en el proceso del trasplante de órganos²². Todavía dentro del capítulo relativo a la atención de esas políticas, no hay que olvidar el interés en que el tráfico ilegal de órganos no repercuta en el volumen de las donaciones legales. Así resultaría si entre la población se extendiese el temor a que el órgano donado pudiera entrar en un circuito ilegal, de tal modo que, al final, fuese a parar simplemente al mejor postor. Es indiscutible que ese temor pesaría en los eventuales donantes a la hora de prestar su consentimiento, con la consiguiente merma en el número de órganos disponibles.

Ahora bien, la elevación a objeto inmediato de tutela de un bien jurídico colectivo no impide reconocer que mediatamente está también en juego la protección de bienes individuales. Así resulta, en primer lugar, de la atención a las políticas públicas de salud que ya hemos mencionado, y que evidentemente tienen como objetivo último la preservación de la salud o la vida de los distintos individuos. Pero no sólo eso. También, por ejemplo, la prohibición de extraer de forma ilegal los órganos humanos trata de evitar, entre otras cosas, que la práctica se realice sin contar con el consentimiento, o al menos, sin el consentimiento libremente expresado del donante, lo que sin lugar a dudas enlaza el supuesto de hecho castigado en este delito con el interés

²¹ Como escribe CARRASCO ANDRINO, M.M., “el llamado ‘turismo de trasplantes’ merma la capacidad que tiene el Sistema Nacional de Trasplantes de un país para ofrecer este tipo de tratamiento a su población, afectando a la equidad en el acceso a estas terapias, por ejemplo cuando se venden los órganos de donantes fallecidos a receptores extranjeros”, en *Derecho Penal Español, ob. cit.*, pág. 265.

²² En este sentido se explica que, ya en el orden reglamentario, el art. 4.3 del Proyecto de RD mencionado más arriba incluya entre los principios fundamentales que rigen la obtención y la utilización clínica de los órganos humanos la *equidad* en la selección y el acceso al trasplante de los posibles receptores.

protegido en los tipos de lesiones. Lo mismo hay que decir cuando se contemplan los hechos desde la perspectiva del *receptor*. Ciertamente es que aun cuando el trasplante se realice en centros que no cuentan con las condiciones de seguridad, si aquél acepta voluntariamente el riesgo que para su salud comporta la práctica, el Derecho penal erige en principio rector el de la asunción voluntaria de la situación de riesgo, despojando al sujeto de protección conforme al expediente de las conocidas como *autopuestas en peligro*. Pero no siempre su actuación puede reconducirse a dicho principio. Bastaría con pensar en los casos en que, aun conocedor de la procedencia del órgano, al receptor se le asegurase falsamente que el lugar y métodos conforme a los que va a realizarse el trasplante cumplen estrictamente las condiciones de seguridad requeridas por este tipo de intervenciones.

Sin abandonar el capítulo de intereses con referente individual, alguna mención merece, por otra parte, la implicación de la protección de la *dignidad* de los afectados por la práctica del tráfico ilegal de órganos²³. Bastaría con pensar ahora en el caso del donante en situación de indigencia al que a cambio de una promesa o remuneración económica se le motivase para acceder a la donación. Me parece a todas luces evidente que, al margen del posible delito de lesiones que en su caso pudiera apreciarse -aun atenuado conforme al art. 155 CP- en casos como éste se afecta la dignidad de la persona a la que su estado motiva a vender sus órganos. Con todo, también en relación con este interés hay que reconocer que la óptica del precepto desborda la dimensión estrictamente individual que está en la base de los delitos que en el Código Penal preservan la dignidad, especialmente los relativos a la integridad moral. En su lugar, el protagonismo lo adquiere la prohibición de traficar con órganos humanos en cuanto práctica ciertamente contraria a la dignidad humana pero también a la ética y a los valores morales de la sociedad, lo que de nuevo remite a un bien jurídico de alcance colectivo que excede a la dignidad de la persona en concreto afectada por la transacción. Todo ello sin perjuicio, una vez más, de que de manera mediata se implique la dignidad de las personas específicamente involucradas por la práctica.

Llegados a este punto podemos concluir afirmando que la única razón que cabalmente se sitúa en condiciones de justificar la presencia del art. 156 bis en el

²³ Sobre este bien jurídico llamaba la atención GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal, Primera edición, Comentario al art. 156 bis*, Valladolid, 2010. De forma más matizada, véanse sus comentarios al mismo precepto en la segunda edición de la obra (2011), donde afirma que “la dignidad, más que el bien jurídico protegido, puede estimarse que es la *ratio legis* del precepto”, pág. 611.

Código Penal se desentiende de proteger en primera instancia bienes jurídicos individuales. En su lugar, las claves de su comprensión han de verse en la tutela de una amalgama de intereses atentos a la garantía del cumplimiento de las condiciones bajo las que se realizan los actos relacionados con el trasplante. Solo esa perspectiva se sitúa por lo demás en condiciones de explicar algunos aspectos sobre los que hemos llamado la atención, como que la ubicación del precepto quede al margen de las reglas de atenuación de la pena contempladas en el art. 155 CP para los casos en que medie el consentimiento del lesionado.

Ahora bien, hasta aquí las razones para entender que la dimensión del precepto desborda la protección de bienes individuales y en su lugar enlaza con intereses de calado colectivo. Distinto de lo anterior es que la necesidad de respetar el principio de *intervención mínima* determine que no cualquier lesión de aquellos intereses se sitúe sin más en condiciones de justificar la aplicación del art. 156 bis. Porque entonces, si así fuera, no habría más que concluir reconociendo que la norma penal sólo es un refuerzo de la normativa administrativa, una conclusión que no podría tacharse más que de criticable a la vista de los principios que en general legitiman la intervención penal en cualquier ámbito. Para salvaguardarlos, entiendo que el propio precepto ofrece claves con las que proceder a una cierta restricción del vasto ámbito de conductas que de otra forma resultarían en él incluidas. Ciertamente se trata de claves que parecen ser más el resultado del desenfoco del legislador respecto a la realidad que está castigando que trazos firmes en la configuración del delito. Pero siquiera sea de esa forma, entiendo que ofrecen al intérprete bases para fundamentar una restricción de su alcance. Entre ellas hay que contar la exigencia, según veremos, de que el órgano en cuestión sea ajeno, o la propia gravedad de las penas previstas para quienes realicen las conductas descritas en el art. 156 bis. Aun cuando ciertamente se trata de aspectos poco afortunados desde la aceptación de que el bien jurídico protegido es colectivo, permiten al menos justificar la exigencia de cierta implicación del injusto con una situación de peligro, al menos abstracta, con los bienes fundamentales cifrados en la vida o salud de *cualquiera de los intervinientes en el acto de donación*, esto es, del donante o del receptor²⁴.

²⁴ Nos distanciamos así de la postura de quienes, aun cuando exigen un referente individual para legitimar la intervención penal en la materia, lo concentran en la exigencia de una situación de peligro para la salud del donante en exclusiva. Es el caso de FELIP I SABORIT, D., en “Delito de lesiones: el nuevo delito de tráfico, obtención y trasplante ilegales de órganos humanos”, *ob. cit.*, págs. 250 s. En el mismo sentido CARRASCO ANDRINO, M.M., *Derecho Penal Español*, *ob. cit.*, pág. 267.

En efecto, hay que reconocer que la presencia de estos elementos delata que en el trasfondo del art. 156 bis está presente, al menos de manera mediata, la preocupación por proteger la vida y la salud de los sujetos implicados por la donación o recepción de los órganos. Así, la exigencia de que éste sea ajeno conecta sin lugar a dudas con un elemento definitorio del alcance de la prohibición en los delitos de lesiones o de homicidio, en tanto que ambos requieren que la conducta recaiga sobre un tercero, distinto al que realiza la acción. Por ello, desvincular la protección que ofrece el art. 156 bis de la vida o salud de los afectados en última instancia por la conducta supondría ignorar un elemento claramente presente en el precepto. Otro tanto hay que decir de las concretas penas en él contempladas. Aun cuando es cierto que puedan resultar criticables por las razones que veremos al tratar las consecuencias jurídicas del delito, lo elevado de la pena de prisión es de nuevo una muestra inequívoca de que el precepto reclama la implicación –indirecta– de los bienes jurídicos fundamentales a la vida o a la salud.

Si se admite lo anterior resulta que la atención a los intereses de alcance individual se erige entonces, no en el *fundamento* del precepto, sino en su *límite*. De esta forma podría sostenerse que nuestro legislador se sitúa en una posición distinta a la seguida por otros ordenamientos de Derecho comparado, como es el caso del alemán, que parece decidido a castigar cualquier contravención de la normativa sectorial reguladora del trasplante de órganos²⁵. Frente a tan vasto alcance de la norma penal, habrá de entenderse que nuestro art. 156 bis requiere la comprobación de un injusto material de la conducta -más allá de la contravención administrativa- cifrado en que reporte un peligro, aun abstracto, para cualquiera de las partes afectadas. Entre ellas ha de incluirse no sólo al donante o al receptor, sino también a los potenciales destinatarios del órgano en situación de urgencia, que de este modo ven frustrada la intervención, con la consiguiente situación de riesgo para su vida o salud. Se explicaría así, por ejemplo, el castigo de la venta de órganos realizada desde el propio hospital para destinarlos a quienes paguen el mejor precio. Aun cuando por las condiciones en las que se hubiera realizado la extracción así como las que rodeasen al trasplante no pudiera decirse que se ponga en peligro ni la vida ni la salud del receptor concreto que paga el precio, la

²⁵ Por todos, KÖNIG, P., “Das strafbewehrte Verbot des Organshandels”, en *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 3.ª ed., 2007, págs. 408 ss., con interesantes consideraciones críticas respecto al extenso ámbito de aplicación.

atención a la de los potenciales receptores en situación de extrema necesidad a las que se priva de acceder al órgano justificaría la intervención penal.

Llegados a este punto, no queda más que concluir que la ubicación del art. 156 bis entre los que el legislador dedica a las lesiones resulta distorsionante. En su lugar habría sido conveniente reservar su ubicación al capítulo relativo a los *Delitos contra la salud pública*, en el Capítulo III del Título XVII, relativo a su vez a los *delitos contra la seguridad colectiva*. Pero como enseguida veremos, no es este el único aspecto que resulta criticable en la plasmación del precepto. Otros tantos se ponen de manifiesto al estudiar, en concreto, los elementos típicos de este delito. De ello nos ocupamos en lo que sigue.

4. Los elementos del tipo del delito del tráfico ilegal de órganos humanos

En el apartado anterior hemos delimitado el interés de protección que dote de sentido a la incorporación del art. 156 bis y, anticipándonos en cierto modo al estudio de los concretos aspectos de su plasmación, hemos marcado algunos límites a su tutela. Es el momento ahora de detenernos en la concreta forma en la que nuestro legislador traza sus perfiles. Ello supone determinar por cuáles de las opciones posibles se ha decantado, opciones que oscilan desde la posibilidad de castigar a cualquier interviniente (incluido el donante y/o receptor del órgano); de limitar el objeto de la conducta a los órganos o extenderlo de forma amplia también a los tejidos y células que puedan ser objeto de tráfico; de exigir o no la presencia de alguna finalidad en la práctica (como la terapéutica); de requerir la presencia de un resultado o por el contrario conformar los tipos como de mera actividad o, sólo por citar otra cuestión, de respetar los criterios de autoría y participación que reconoce la dogmática jurídico penal o, por el contrario, equiparar en pena cualquier contribución al tráfico ilegal de órganos. De todo esto nos ocupamos en lo que sigue, respetando para ello la sistemática que distingue entre el estudio de los elementos del tipo objetivo y subjetivo del delito.

4.1. Elementos del tipo objetivo

4.1.1. *Las conductas típicas*

El art. 156 bis se configura conforme a la técnica de los llamados *tipos mixtos alternativos*. En concreto, castiga cuatro comportamientos que refiere, a su vez, a tres actividades distintas. Así, sanciona las conductas de promover, favorecer, facilitar o publicitar cuando recaen sobre las conductas de obtención, tráfico ilegal o trasplante de órganos.

En realidad, pese a la paridad con la que se enuncian las distintas modalidades típicas, hay que reconocer que la de trasplante se erige en referente del resto, en cuanto que representa a su vez la meta con la que deben realizarse las otras dos, esto es, la obtención y el tráfico. Sin esa finalidad, en efecto, la obtención de un órgano habría de calificarse, en el caso de proceder de una persona viva, simplemente como un delito de homicidio o asesinato, de lesiones o incluso contra la libertad o dignidad; y de proceder de una persona fallecida, todo lo más como un delito de profanación de cadáveres. La misma solución habría de sostenerse aun cuando la extracción tuviera una finalidad ajena al trasplante, como pudiera ser la experimentación. Otro tanto ha de decirse en relación con el tráfico de órganos. De nuevo, de realizarse la conducta con cualquier fin distinto al trasplante (realización de rituales, experimentación, etc.) sólo podrían venir en consideración los clásicos delitos que contempla el Código Penal para proteger la vida o salud de las personas o, en su caso, los relativos al respecto a los difuntos.

Entrando en el alcance de cada una de las conductas típicas, en primer lugar, el legislador refiere la obtención ilegal de los órganos. Si hacemos abstracción del adjetivo, la obtención se define en la Directiva 2010/45 como “el proceso por el cual los órganos donados quedan disponibles” (art. 3 j)²⁶. Se trata de un concepto que abarca sin lugar a dudas la conducta de *extracción* del órgano, que se define en el art. RD 2070/1999 como el “proceso por el cual se obtienen el o los órganos de un donante vivo o fallecido para su posterior trasplante en uno o varios receptores”. Pero permite también incluir en su seno el acto de adjudicación del órgano ya extraído a un tercero,

²⁶ El proyecto de Real Decreto por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad entiende por tal “el proceso que se extiende desde la donación hasta la extracción quirúrgica y la preparación de uno o varios órganos, de un donante vivo o fallecido, y por el que aquéllos quedan disponibles para su trasplante en uno o varios receptores”.

bien sea con la finalidad de comercializar con él, bien de trasplantarlo al destinatario. Con todo, en tanto que esta segunda acepción de la “obtención” encuentra su encaje en la modalidad de tráfico ilegal a la que después nos referiremos, su alcance a efectos del delito debe ceñirse al de la extracción del órgano de que se trate.

Siguiendo de nuevo la definición ofrecida por el RD 2070/1999, por *trasplante* se entiende “la utilización terapéutica de los órganos humanos que consiste en sustituir un órgano enfermo, o su función, por otro sano procedente de un donante vivo o de un donante fallecido”²⁷.

Más compleja se presenta la comprensión de lo que se considere tráfico ilegal de órganos. De hecho, las dificultades vienen ya propiciadas por el hecho de que en puridad la noción de tráfico ilegal permite abarcar no sólo el traslado físico de órganos, sino también su obtención e implante²⁸. Sin embargo, la necesidad de reservar un espacio propio a cada una de esas conductas determina la conveniencia de limitar el concepto de tráfico a las actividades de transporte, mantenimiento y almacenamiento de los órganos. Más allá de este aspecto, las dudas interpretativas en torno al alcance de su concepto se plantean a la hora de dilucidar si el término empleado por el legislador abarca otros limítrofes, como son los de *comercio de órganos y turismo de trasplantes*. Recordemos que cada uno de estos conceptos obedece a realidades distintas, según aclaran algunos documentos internacionales. Así, la Declaración de Estambul reserva el término *tráfico de órganos* para los casos en que la conducta se realice sin contar con el consentimiento del afectado, bien sea por mediar engaño, abuso, la entrega de dinero o por el empleo de medios coactivos o intimidatorios, representando, pues, supuestos de trata²⁹. Frente a él, el concepto de *comercialización de trasplantes* lo reserva ese mismo documento para los supuestos de comercio consentido por las dos partes del

²⁷ El Proyecto de RD ya citado define el trasplante en términos prácticamente idénticos a los de la Directiva 2010/45, al entender por tal el “proceso destinado a restaurar determinadas funciones del cuerpo humano mediante la sustitución de un órgano enfermo, o su función, por otro procedente de un donante vivo o de un donante fallecido. En cuanto que este proyecto de RD la desarrolla, de tenor parecido es la definición que ofrece la Directiva 2010/45, cuando aclara que por tal se entiende “el proceso destinado a restaurar determinadas funciones del cuerpo humano transfiriendo un órgano de un donante a un receptor” (art. 3 q).

²⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español. Parte Especial, ob. cit.*, pág. 147.

²⁹ Según dispone, “el tráfico de órganos es la obtención, transporte, transferencia, encubrimiento o recepción de personas vivas o fallecidas o sus órganos mediante una amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, secuestro, fraude, engaño o abuso de poder o de posición vulnerable, o la entrega o recepción de pagos o beneficios por parte de un tercero para obtener el traspaso de control sobre el donante potencial, dirigido a la explotación mediante la extracción de órganos para el trasplante”.

intercambio³⁰. Por último, el concepto de *turismo de trasplantes* corresponde a los casos de traslado de órganos, donantes, receptores o profesionales del trasplante fuera de las fronteras jurisdiccionales de un Estado con el fin de realizar un trasplante, siempre que implique el tráfico de órganos o la comercialización de trasplantes o un debilitamiento de la capacidad del país para ofrecer los servicios de trasplantes a su propia población.

Sin embargo, no todos los documentos en la materia respetan el trazo estricto de esta definición. Por el contrario, conforme a algunos es posible manejar un concepto amplio de tráfico ilegal, comprensivo no sólo de los supuestos en que media una contraprestación económica y la práctica se realiza con consentimiento de las partes, sino en general de aquellos en los que se registra un incumplimiento de las condiciones de las que en la respectiva normativa se hace depender la legalidad del tráfico. Es lo que se deduce del estudio conjunto elaborado por el Consejo de Europa y las Naciones Unidas de 2009³¹ así como de la Directiva 2010/45/UE, en tanto que contempla la trata sólo como un supuesto de la conducta más amplia de tráfico y cifra en general los objetivos de la lucha contra el tráfico ilegal en la garantía de las condiciones de seguridad y calidad de los órganos, lo que incluye “la designación de autoridades competentes, la autorización de centros de trasplante y el establecimiento de condiciones de obtención y de sistemas de trazabilidad”.

A la vista de lo anterior, no puede decirse, pues, que el empleo del concepto de *tráfico* en el Código Penal represente un elemento normativo de significación inequívoca ni que, por ello, el legislador penal tenga necesariamente que vincularse a los parámetros que ofrece la Declaración de Estambul. Y no sólo por razones relacionadas específicamente con la naturaleza de este documento³², sino porque ya en el sentido de abogar por un entendimiento del tráfico de modo amplio habla la atención al resto de las conductas que contempla la norma penal; esto es, las de obtención y trasplante ilegal. Si en relación con ellas no se exige necesariamente el empleo de

³⁰ “La comercialización de trasplantes es una política o práctica en la que un órgano se trata como una mercancía, incluida la compra, venta o utilización para conseguir beneficios materiales”.

³¹ *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of removal of organs*, de 2009, *ob. cit.*, págs. 96 s.

³² En este sentido denuncia ROMEO CASABONA C., que la naturaleza misma del documento resiste su conversión en referente normativo, puesto que “no es un instrumento jurídico internacional de organismos gubernamentales oficiales, y no cabe, por ello, su firma y ratificación por el Estado español”, en “La prohibición del tráfico ilegal y la exclusión de la comercialización de los órganos y tejidos”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm 7/2010.

aquellos métodos comisivos, sino sólo de forma genérica su ilegalidad, habría de considerarse injustificada tal restricción cuando del tráfico se trata.

Obviamente cuestión distinta a la inconsistencia de vincular el concepto de tráfico con la definición que ofrece la Declaración de Estambul es que en la práctica lo normal sea que aquél se asocie a la consecución de una ventaja patrimonial ilícita y, con ello, que esté presente la situación de necesidad de quien la recibe. Pero también en los casos en que el donante actúe inspirado por un afán meramente lucrativo así como en aquellos otros en que la entrega de dinero no tenga como destinatario a éste, habrá de entenderse que estamos ante un supuesto de tráfico ilegal. En esta última fenomenología habría de incluirse, por ejemplo, el caso de una donación altruista y realizada con las condiciones exigidas por la correspondiente normativa pero que, sin embargo, posteriormente sea objeto de mercantilización. Pensemos en la actuación del responsable del área de coordinación de trasplantes de un hospital que destinase el órgano al mejor postor, ya sea dentro o fuera de nuestras fronteras. Lo mismo habría que decir cuando se trate de cualquier forma de desplazamiento de los órganos al margen de la normativa que regula las condiciones de seguridad y control, siempre lógicamente que estén orientados a ser trasplantados a una persona. Así, por ejemplo, el intercambio de órganos fuera de los requisitos de garantía legalmente establecidos habrá de considerarse también constitutivo de este delito, en tanto compromete las condiciones de calidad y seguridad del trasplante³³.

Por lo demás, en tanto el tipo se conforma con la realización de cualquiera de esas conductas, quedan englobadas en él modalidades que representan un grado de proximidad muy distinto respecto a la efectiva extracción, tráfico o trasplante de órganos. Así, se equipara la extracción con la publicidad del comercio de órganos. Y si bien en éste como en tantos otros delitos en los que el legislador recurre a esta técnica de equiparación de las diversas contribuciones el juicio que merece es como regla general negativo, por cuanto desconoce los criterios que en general inspiran la

³³ En sentido crítico véase PUENTE ABA, L., “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código Penal español”, *Revista de Derecho y proceso penal*, nº. 26, 2011 págs. 135 ss.: “ciertamente el legislador penal puede pretender sancionar cualquier conducta realizada al margen del sistema legal de trasplantes, que no respete los principios de altruismo y gratuidad de las donaciones, pero aun así resulta necesario distinguir el significado y la gravedad de los distintos comportamientos implicados para graduar la sanción penal aplicable a cada uno de ellos”. Aun reconociendo que asiste la razón a la autora en lo que se refiere a la necesidad de graduar la respuesta penal conforme a la gravedad que reviste cada supuesto, no es menos cierto que tal resultado ya se asegura a través de la correspondiente relación concursal con el delito de trata de seres humanos e incluso con carácter general con los delitos de coacciones o amenazas.

graduación de la pena en el orden penal, hay que reconocer que aquellas críticas deben necesariamente matizarse a la vista de las peculiaridades del objeto de protección en el delito que ahora nos interesa.

En efecto, si se parte, como aquí hacemos, de que el art. 156 bis protege un bien jurídico que enlaza con la preservación de las condiciones bajo las cuales puede considerarse lícita la secuencia que media desde la extracción al trasplante de un órgano, parece lógico que la acción típica no se agote en la efectiva realización de las conductas con mayor peso en la producción de un resultado, sino que de forma general se extienda a la práctica de las que, también con carácter previo, suponen una alteración de aquellas condiciones esenciales para garantizar la calidad y seguridad del proceso. El peso se hace recaer, en definitiva, en el *desvalor de acción*, y no en el de resultado. De hecho, según tendremos ocasión de poner de relieve al ocuparnos de los sujetos del delito, esta misma razón explica que se equiparen en pena las contribuciones de autoría con aquellas otras que en principio representarían tan solo una forma de participación.

De momento interesa llamar de otra parte la atención en que, así delimitado el alcance y la razón de ser del castigo de las conductas típicas, hay que reconocer que los verbos empleados por el legislador resultan redundantes. En concreto, cuesta descubrir la diferencia que media, por ejemplo, entre las modalidades de facilitar o favorecer cualquiera de las actividades que castiga el art. 156 bis. Al final queda la impresión de que el legislador simplemente se ha dejado llevar por la fórmula ya acuñada para tipificar otras conductas de tráfico -de manera significada, el tráfico de drogas-, de modo tal que la amplia redacción de la fórmula tan sólo se justifica por su capacidad omnicomprendensiva para recoger cualquier supuesto de colaboración. Por otra parte, es evidente que con el castigo de las conductas de promover o facilitar, se comprendía ya la de *publicitar*, que sin embargo también el legislador tipifica de manera expresa. La razón para su mención habría de verse, no sólo en la preocupación por erradicarla en cuanto instrumento decisivo para mantener la oferta y la demanda de órganos, así como en la especial facilidad de su práctica gracias a Internet. También en la pretensión por elevar a la categoría de delito la prohibición ya recogida en el RD 2070/1999, cuyo art. 8.3 prohíbe expresamente “hacer cualquier publicidad sobre la necesidad de un órgano o

tejido o sobre su disponibilidad, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración”³⁴.

4.1.2. *La ilegalidad como característica común a las distintas modalidades típicas*

A diferencia de otros tipos delictivos que castigan la realización de conductas que en todo caso han de considerarse contrarias a Derecho, obvio es que ni la obtención, ni el tráfico ni el trasplante de órganos humanos son prácticas como tales prohibidas. Al contrario, representan una pieza esencial dentro del sistema sanitario. De ahí que su tipicidad se haga depender de la comprobación de la *ilegalidad* de las condiciones con las que se llevan a cabo. Ciertamente es que el legislador sólo adjetiva expresamente como “ilegal” la conducta de tráfico. Con todo, evidente es que también deben serlo las de obtención y trasplante sobre las que recaen las acciones típicas de promover, favorecer, facilitar o publicitar.

Precisamente la referencia a la *ilegalidad* de la práctica permite contemplar el precepto como una *norma penal en blanco*, por cuanto que para determinar cuándo sea ese el caso habrá de comprobarse el incumplimiento de los requisitos exigidos en la correspondiente regulación específicamente relacionada con los órganos humanos³⁵, de forma especial en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, *sobre extracción y trasplante de órganos* así como en el RD 2070/1999, *por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos*. Conforme a esta normativa, habrían de respetarse los principios de altruismo, solidaridad, gratuidad, información, consentimiento informado de los donantes vivos, comprobación de la no oposición de los fallecidos y finalidad terapéutica previstos.

Ahora bien, una cosa es que el incumplimiento de los requisitos legal o reglamentariamente exigidos determine la ilegalidad del tráfico de órganos y otra que la infracción de cualquier exigencia contemplada en la normativa administrativa implique que la conducta, por ejemplo de trasplante, haya de considerarse ilegal. En definitiva, se trata de responder a la pregunta en torno a si estamos ante un modelo de *accesoriedad*

³⁴ La misma prohibición se contempla en el art. 13.3 de la Directiva 2010/45, así como en el Principio 6 de la Declaración de Estambul.

³⁵ Dejamos al margen la concerniente a las células y tejidos humanos, de lo que se ocupa el RD 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos.

extrema o si, por el contrario, el orden penal impone algún filtro frente al resultado que arrojaría la mera importación de los requisitos procedentes de la normativa sectorial.

La respuesta puede extraerse de cuantas consideraciones tuvimos ocasión de realizar a la hora de identificar el bien jurídico protegido por el art. 156 bis. Recordemos que entonces sosteníamos que en él se tutelan intereses de alcance colectivo, si bien con un referente mediato cifrado en la preservación de la salud -y lógicamente también la vida- de los implicados en el proceso de tráfico. De ahí debe deducirse que la ilegalidad de la práctica que interesa al precepto que comentamos no sólo requiere la afectación genérica de las condiciones de calidad y seguridad en el proceso que va desde la donación de órganos hasta el trasplante. Necesario será que adicionalmente pueda descubrirse aquella vinculación con la preservación -mediata- de las condiciones de seguridad de los implicados en la práctica, esto es, no sólo el donante o receptor, sino también los potenciales destinatarios del órgano en cuestión que, aun extraído lícitamente, se destina después, no a quien más lo necesita, sino al mejor postor. Conforme a lo anterior, por ejemplo, como ilegal a efectos penales habrá de considerarse la obtención de órganos mediando la entrega de dinero para que se destine a un paciente concreto, la extracción sin mediar el consentimiento del donante, ya sea por falta de información, por empleo de amenazas o coacciones o por tratarse de sujetos menores o incapaces, la realización de tales actividades en centros no acreditados que, más allá de la irregularidad administrativa, no cuenten con las condiciones mínimas para garantizar el éxito de la intervención (supuestos en que pudiera comprometerse siquiera sea en términos abstractos la vida o salud del donante y/o receptor), o la extracción de órganos sin pasar los controles sanitarios que aseguren que no portan enfermedades transmisibles (de nuevo afectación de la salud, individual o colectiva). Por el contrario, habrá de sancionarse en el orden administrativo o, en su caso, por los correspondientes tipos penales genéricos, el registro de otras irregularidades que no tengan incidencia -siquiera sea mediata- en la vida y salud de los afectados por el tráfico. Es lo que sucedería con la violación de la confidencialidad de la donación, requisito que aun cuando cobra un protagonismo indiscutible en la legislación administrativa para conformar la legalidad de la práctica, habrá de encontrar protección por cauces ajenos al art. 156 bis. Tampoco adquirirán relevancia penal las

irregularidades que no redunden propiamente en la operación realizada. Es lo que sucederá en los casos de entrega de precio con posterioridad a una donación legal³⁶.

4.1.3. *El objeto material de la conducta: los órganos humanos ajenos*

El legislador cifra el objeto de las distintas conductas que tipifica en los *órganos humanos ajenos*. Claramente fuera del ámbito de aplicación de la norma queda la obtención, tráfico o trasplante que recaiga sobre los procedentes de animales, esto es, el que se conoce como *xenotrasplante* o trasplante xenogénico. Es cierto que también con su práctica ilegal se implican políticas públicas de salud, con la inmediata puesta en peligro de la vida o salud del receptor del órgano. Pero por razones obvias ni existe un donante al que proteger, ni se trata de bienes escasos que pudieran dar lugar a un comercio clandestino con perjuicio para la vida o salud de los potenciales receptores en lista de espera, aspectos todos ellos que, según ya vimos, conforman el bien jurídico en la clave de una dimensión colectiva.

Concentrado, pues, el tráfico ilegal al material humano, debe observarse que al margen del ámbito típico del precepto quedan tanto la sangre y sus componentes como las células y tejidos. La línea seguida por nuestro legislador contrasta así con la amplitud de otros preceptos que sancionan en el orden penal el tráfico de órganos en el Derecho comparado, como es el caso de Alemania o Francia³⁷. Y aun cuando es cierto que de esta forma se garantiza el trazo de la intervención penal frente a ámbitos exclusivamente prohibidos por la legislación administrativa, hay que reconocer que la mayoría de los intereses afectados por el tráfico ilegal de órganos están también presentes en relación con las células y tejidos humanos. De hecho, la preocupación por proteger los órganos humanos, por un lado, y las células y tejidos, de otro, ha sido paritaria en los distintos documentos comunitarios. Recordemos que mientras de los primeros se ocupa la Directiva 2010/45, los segundos son el centro de atención de una Directiva previa, la 2004/23, de 31 de marzo de 2004, *relativa al establecimiento de normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos*. Este documento reclama en su art. 27 a los Estados la adopción de medidas

³⁶ En este sentido PUENTE ABA, L., "La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código Penal español", *ob.cit.*

³⁷ Con independencia de que las previsiones penales de este país asignen pena distinta para las conductas que contemplan, según recaigan sobre órganos o sobre células y tejidos.

eficaces, proporcionadas y disuasorias, en idénticos términos a como lo hace el art. 23 de la Directiva 2010/45. Comoquiera que sea, en tanto que el legislador ha excluido las células y tejidos del objeto del delito, su tráfico habrá de castigarse, en su caso, conforme a los delitos de lesiones (en el supuesto por ejemplo de una extracción de piel), contra la dignidad (si se tratase de la extracción no consentida de material que no comporta lesión, como pueda ser óvulos) y en todo caso su tráfico conforme a un delito farmacológico, si es que se acepta una comprensión amplia del concepto de *medicamento*³⁸.

Por lo demás, a la hora de delimitar lo que se entienda por órganos humanos, debe tenerse presente que nos encontramos de nuevo ante un concepto normativo cuya concreción requiere acudir a la normativa administrativa que en primera instancia regula la materia. En concreto, conforme al art. 3.1 del RD 2070/1999, de 30 de diciembre, se entiende por órganos “aquella parte diferenciable del cuerpo humano constituida por diversos tejidos que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un grado importante de autonomía y suficiencia”³⁹.

A la luz de esta definición surge la duda en torno a si deben entenderse incluidos en el concepto también los miembros corporales, como pueda ser una mano o un pie. Si se parte, como creo que debe hacerse, de que el protagonismo lo cobra la finalidad de su orientación a un trasplante, no deben verse razones para dejar las conductas a ellos referidas fuera del ámbito típico del precepto, en tanto los miembros corporales desarrollen funciones autónomas⁴⁰. De hecho, si aceptamos que los términos empleados por el legislador representan conceptos normativos, que colman su significado a partir del recurso a la normativa sectorial, la respuesta afirmativa puede deducirse del RD 2070/1999, que tras definir en su art. 3.1 lo que se entienda por órgano aclara que, como tales, han de considerarse “los riñones, el corazón, los pulmones, el hígado, el páncreas, el intestino y *cuantos otros con similar criterio puedan ser extraídos y trasplantados de acuerdo con los avances científico-técnicos*”⁴¹.

³⁸ FELIP I SABORIT, D., en “Delito de lesiones: el nuevo delito de tráfico, obtención y trasplante ilegales de órganos humanos”, *ob. cit.*, pág. 253.

³⁹ Definición prácticamente coincidente con la que ofrece la Directiva 2010/45/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010 (art. 3 h).

⁴⁰ GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código penal*, *ob. cit.*, pág. 619.

⁴¹ Debe observarse que la definición del proyecto de Real Decreto citado coincide con la que ya ofrece el RD 2070/1999, si bien no sólo aclara que igualmente se comprenden las partes de órganos. También añade que “A efectos de este real decreto, también se consideran órganos los tejidos compuestos vascularizados”. Según explica el Preámbulo del Proyecto de Real Decreto, la razón se debe a la escasez

Alguna mención adicional requiere la cuestión en torno a si quedan comprendidas en el ámbito típico del art. 156 bis las conductas de extracción, tráfico y trasplante de partes de órganos; de forma paradigmática, de una parte del hígado para que se regenere en el receptor. Teniendo en cuenta que también en estos casos se implican los mismos intereses que cuando se trata del tráfico de órganos completos, entiendo que la respuesta debe ser afirmativa. Esta solución la confirma, además, la contemplación del precepto sobre la base de conceptos normativos, cuya concreción requiere recurrir a la correspondiente normativa. En este sentido, la Directiva 2010/45/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, tras definir en la letra d) de su art. 3 el órgano como una parte del cuerpo humano formada por diferentes tejidos, equipara a su concepto “la parte de éste cuya función sea la de ser utilizada en el cuerpo humano con la misma finalidad del órgano completo, manteniendo los requisitos de estructura y vascularización”⁴². Cuestión distinta es que, admitida tal posibilidad, la parte del órgano extraída haya de considerarse a efectos de determinación de la pena como *no principal*⁴³.

Así delimitado lo que se entienda por órganos humanos, la única restricción que incorpora el legislador es la relativa a que tengan el carácter de *ajenos*, esto es, que pertenezcan a un sujeto distinto al que realiza las conductas típicas, restricción que evidentemente tiene consecuencias a la hora de delimitar los sujetos del delito en los términos que tendremos ocasión de referir más adelante. Lo que nos interesa de momento destacar es que, más allá de esta acotación, no puede extraerse del precepto ninguna limitación adicional por lo que a la cualidad del órgano se refiere. Resulta así que quedan comprendidos tanto los órganos procedentes de personas *vivas* como de las ya *fallecidas*. Porque tanto en uno como en otro caso están presentes buena parte de los intereses que hemos identificado a la hora de delimitar el bien jurídico protegido por la norma y, con ello, los aspectos que legitiman la intervención penal en los términos que tuvimos ocasión de señalar⁴⁴. El alcance típico del art. 156 bis se situaría así en la línea,

de los trasplantes alogénicos de tejido compuesto, así como a la imposibilidad de su almacenamiento, lo que determina la asimilación de su proceso de obtención y trasplante al de los órganos.

⁴² En tanto que incorpora a nuestro Derecho sus previsiones, el art. 3.19 del Proyecto de Real Decreto incluye la misma regla.

⁴³ FELIP I SABORIT, D., en “Delito de lesiones: el nuevo delito de tráfico, obtención y trasplante ilegales de órganos humanos”, *ob. cit.*, págs. 253 ss; GARCÍA ALVERO, R., “El nuevo delito de tráfico de órganos”, *ob. cit.*, pág. 190.

⁴⁴ Distinta es la conclusión para quienes consideran, bien que se protege la salud en exclusiva del donante, bien para aquellos que aun cuando parten de que el bien jurídico es colectivo exigen comprobar que la conducta comporta un peligro para la salud, en exclusiva, del donante. Este último es el caso de

no sólo de la *Declaración de Estambul*, que al definir lo que se entienda por tráfico de órganos comprende tanto los provenientes de personas vivas como de las ya fallecidas, sino de la *Directiva Europea de Calidad y Seguridad para Trasplantes*, que igualmente comprende uno y otro supuesto.

4.1.4. *Los sujetos del delito*

El art. 156 bis es un delito *común* que puede ser, por tanto, cometido por cualquiera que realice las distintas conductas típicas que castiga, sin que de hecho contemple siquiera ninguna cualificación o pena específica para los casos en que lo cometa un profesional sanitario. Por otra parte, según comprobamos al comentar las acciones típicas, el legislador ha empleado una fórmula amplia en su descripción, que en lo que ahora nos interesa arroja como resultado que cualquier contribución se considere como una forma de autoría. De hecho, la manera en la que el precepto describe la acción típica determina que, en realidad, sólo se contemplen los actos de participación, sin que, paradójicamente, pueda decirse que se encuentren expresamente tipificados los de autoría⁴⁵. En concreto, habrán de considerarse comprendidas en el tipo prácticas como las recogidas específicamente en algunos documentos comunitarios, entre ellas, la facilitación por parte de los profesionales de la salud del tráfico de órganos y tejidos (por ejemplo, remitiendo al paciente a un servicio de trasplantes extranjero que pueda estar implicado en dicho tráfico) o la conducta de los proveedores de seguros médicos que faciliten las actividades que fomenten directa o indirectamente el tráfico de órganos como, por ejemplo, el reembolso de los gastos generados por un trasplante ilegal⁴⁶. Cuestión distinta será que, del mismo modo en que ha procedido la jurisprudencia en relación con el delito de tráfico de drogas, sea esperable de los

FELIP I SABORIT, D., "Delito de lesiones; el nuevo delito de tráfico, obtención y trasplante ilegales de órganos humanos", *ob. cit.*, pág. 251. Véase también BENÍTEZ ORTÚZAR, I., *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial*, *ob. cit.*, pág. 122. No obstante, también a la misma conclusión llegan algunos autores que parten de que el bien jurídico es pluriofensivo. Por todos, CARRASCO ANDRINO, M.M., *Derecho Penal Español, Parte Especial (I)*, *ob. cit.*, pág. 272.

⁴⁵ Esto marca incluso una diferencia con el que suele manejarse como paradigma de la elevación a la condición de autoría de lo que no son sino formas de participación. Me refiero al delito de tráfico de drogas. En él, el legislador contempla actos claramente de autoría (la ejecución de actos de cultivo, elaboración o tráfico), aun cuando luego los equipare en pena a los de participación (promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal). A diferencia de este tipo delictivo, el art. 156 bis sólo tipifica expresamente esas formas periféricas de intervención (promover, favorecer, facilitar o publicitar) la obtención, el tráfico ilegal o el trasplante, pero sin contemplar propiamente la realización de cualquiera de estas tres actividades.

⁴⁶ Recogidas por la Resolución del Parlamento Europeo de 22 de abril de 2008, punto 54.

Tribunales de justicia una labor de cierta depuración de las contribuciones para permitir calificar como complicidad las de menor entidad⁴⁷.

Si bien en general la opción legislativa de equiparar contribuciones de diferente intensidad resulta criticable, la contemplación de este delito como de mera actividad, en el que lo importante es la atención al *desvalor de acción* y no de resultado, permite justificar que el legislador valore por igual contribuciones que sin embargo tienen un peso muy distinto en la consecución del éxito final del tráfico de órganos. Son estas mismas razones las que, según ya vimos al estudiar la conducta típica, justifican también que el precepto castigue de forma amplia modalidades que, en realidad, representan fases previas a la práctica efectiva de la obtención, tráfico o trasplante de órganos. De hecho, esta comprensión amplia determina que también se integren en el tipo las colaboraciones que propiamente tienen lugar tras el momento de la obtención, tráfico e incluso el trasplante. Bastaría pensar, por ejemplo, en el caso de quien colaborase con una entidad dedicada al trasplante ilegal de órganos prestando cuidados postoperatorios a los receptores⁴⁸. Obviamente lo anterior no quiere decir que no sean imaginables supuestos de *encubrimiento*. Pero requisito para ello será que la actuación posterior a la realización de la respectiva modalidad típica no coadyuve a la consecución de la conducta, sino que se oriente a eludir la acción de la justicia⁴⁹.

Alguna mención especial merece la opción seguida por el legislador en relación con el tratamiento que reserva a cada una de las partes protagonistas del trasplante: el donante y el receptor.

En primer lugar, en lo que al *donante* se refiere, el legislador ha optado decididamente por renunciar a su castigo. Así se deduce de la exigencia de que las respectivas conductas que contempla recaigan sobre órganos humanos *ajenos*. La razón de ser de esta opción resulta evidente en los casos en que la donación sea fruto del

⁴⁷ GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código penal, ob. cit.*, pág. 620. Esta pretensión resulta tanto más deseable a la vista de que algunos documentos internacionales distinguen entre las contribuciones que pueden realizar determinados sujetos, especialmente los profesionales sanitarios. Así, por ejemplo, el Estudio conjunto del Consejo de Europa y Naciones Unidas, ya citado, distingue entre las contribuciones que directamente inciden en el tráfico de órganos, merecedoras de sanción penal, y aquellas otras periféricas, como facilitar información sobre la posibilidad de realizar turismo de trasplantes que, según el documento, no merecerían ser criminalizadas, pág. 83.

⁴⁸ Nos referimos lógicamente a los casos en que ese cuidado está concertado de antemano al tráfico, y no a los casos de los profesionales que prestasen asistencia a quien la necesita sin haber participado en la práctica.

⁴⁹ Recordemos que el art. 451.3 a) menciona específicamente el delito de tráfico de seres humanos entre aquellos en los que es punible el llamado favorecimiento personal.

ejercicio de violencia, engaño, amenazas o coacciones al donante. Tampoco se presenta difícil su justificación allí donde hubiera emitido su consentimiento motivado por una situación de precariedad. Porque, como aclara MUÑOZ CONDE, la impunidad “se explica por las razones de necesidad económica en las que normalmente se encuentra el sujeto que ofrece sus órganos a cambio de una contraprestación”⁵⁰.

Sin embargo, la razón de ser de esta opción legislativa deja de ser diáfana en los casos en los que el donante consienta a la extracción de su órgano en condiciones de ilegalidad. Pensemos en la venta de un riñón a cambio de un precio, pero sin que en atención a las circunstancias del caso el consentimiento prestado pueda calificarse desde un punto de vista material como inválido, ni siquiera viciado en algún aspecto. Bastaría poner como ejemplo el caso de quien ofreciera su órgano a cambio de una importante suma de dinero para comprarse una nueva vivienda o incluso un capricho⁵¹ a sabiendas de que entrará en un circuito ilegal. Afirmar que en estos casos la impunidad del donante se explica sobre la base del consentimiento prestado para la lesión de un bien disponible tropezaría con dos importantes argumentos. El primero, que sabido es que nuestro Código Penal sólo reserva una atenuación de la pena para las lesiones realizadas mediando el consentimiento del titular del bien jurídico (art. 155). El segundo, que aun desconociendo lo anterior, aquel razonamiento sólo sería admisible si se partiera de la comprensión del bien jurídico en clave de garantizar la salud del donante⁵². El argumento decae, sin embargo, si se acepta, como hacemos en este trabajo, que el interés protegido es de carácter supraindividual y se traduce en preservar las condiciones de seguridad y calidad en el proceso que va desde la extracción al trasplante de los órganos, siempre que pueda comportar un riesgo, siquiera hipotético, para la salud de los potenciales afectados por la conducta. Desde este punto de vista, si se admite que ésta es apta para contribuir o favorecer la puesta en peligro de la vida o salud de terceros, no se alcanza a entender que una forma de *cooperación necesaria* en dicha situación de peligro o de lesión, caso de que llegue a materializarse, hubiera de quedar impune.

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial, ob. cit.*, pág. 132.

⁵¹ Como la noticia que saltaba a los medios de comunicación en junio de 2011, de un joven chino que vendió un riñón para comprarse el *tablet* de Appel, en <http://es.noticias.yahoo.com/vende-riñón-comprase-ipad-2>.

⁵² Recurre a este argumento, entre otros, PUENTE ABA, L., “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código Penal español”, *ob. cit.*

Según entiendo, los argumentos anteriores motivan a entender que la restricción debe explicarse más por razones de *política criminal* que relacionadas con la ausencia de intereses que merecieran protección penal. A buen seguro en la adopción de tal opción ha pesado el reconocimiento de que, si no en todos, sí en la mayoría de los casos, el donante actuará en una situación de necesidad económica. Cierto es que si era esta la situación que realmente quería castigar nuestro legislador, le bastaba con haber incorporado una cláusula, al modo en que lo hace la regulación alemana, permitiendo la renuncia a la pena o, al menos, la atenuación del castigo para el donante⁵³. Frente a esa opción, sin embargo, se ha decantado por excluir definitivamente su castigo aun en los casos en que no actuase impulsado por una situación de necesidad, renunciando, pues, a depurar las distintas situaciones imaginables. Comoquiera que sea, hay que reconocer que resulta una solución difícilmente comprensible si se tiene en cuenta que el mismo art. 156 bis castiga conductas que, sin embargo, son de mera participación en el riesgo para la lesión del destinatario. Recordemos que es típico, por ejemplo, publicitar la venta de un órgano ya extraído.

Junto con el donante, mención especial merece la postura adoptada por el legislador en relación con el *receptor* del órgano. El apartado segundo del art. 156 bis permite la rebaja de su pena en uno o dos grados cuando consiente la realización del trasplante conociendo su origen ilícito.

Con carácter previo a entrar en la valoración que merezca tal atenuación punitiva, conviene reparar en que la inclusión de esta cláusula adquiere ya valor a la hora de dejar sentado, por vía indirecta si se quiere, que el receptor del órgano es merecedor de sanción penal. Es más, su castigo se condiciona al simple conocimiento del origen ilícito del órgano, lo que de otro modo pudiera haber resultado dudoso si se parte de que esa conciencia, como tal, no supone ni tiene por qué suponer una contribución al tráfico de órganos que en todo caso ya se ha realizado. Más bien recuerda a una especie de *receptación*, en tanto que el receptor se limita a aprovecharse de los efectos de lo que ha sido el objeto de un delito ya cometido previamente por otros. A nadie se esconde, sin embargo, que las peculiaridades de esta forma de contribución frente a la colaboración o aprovechamiento que sería propia de los delitos relativos al patrimonio suscita serias dudas en cuanto a la justificación del castigo. Tal vez la objeción más contundente sea la expresada en la doctrina alemana por SCHROTH,

⁵³ Así lo dispone el parágrafo 18.4 de la *Transplantationsgesetz*.

quien al comentar el castigo que igualmente reserva para el receptor del órgano la *Transplantationsgesetz*, se pregunta la razón que justificase el castigo de quien se limita a beneficiarse del objeto del delito ya cometido cuando éste revierte en su salud. Sobre todo cuando, como observa el mismo autor, se tiene en cuenta que de todas formas el órgano ya extraído sólo tiene un destino si no se implanta: su pérdida⁵⁴.

Sea como fuere y partiendo del dato cierto de que nuestro Código Penal castiga al receptor, hemos anunciado ya que le reserva una pena privilegiada, al permitir su rebaja en uno o dos grados. Tal posibilidad la condiciona a la atención por parte del juez a las “circunstancias del hecho y del culpable”. Se trata ciertamente de una cláusula que inyecta al precepto un claro componente de inseguridad jurídica⁵⁵, pero que en todo caso tiene el mérito de permitir ajustar la respuesta penal a las circunstancias del hecho y de su autor.

A la hora de determinar cuál sea el fundamento de esa atenuación, entiendo que debe descartarse su reconducción a los esquemas de un *estado de necesidad*, como causa de justificación incompleta. Sobre este aspecto tuve ya ocasión de pronunciarme en otro lugar. Como entonces sostenía, la relación de adecuación entre el mal causado y el que se pretende evitar, en tanto límite consustancial a esa causa de justificación, requiere, entre otras exigencias, que el bien que se sacrifica a costa de otro se encuentre en una situación de peligro. Porque de otra forma su lesión no podría considerarse como un *medio adecuado* para salvar al que se encuentra en riesgo. Esta exigencia, que claramente se advierte cuando los bienes en conflicto son de igual valor, resulta también trasladable a los casos en que, pese a tener distinto rango, tienen la cualidad de esenciales, como es el caso de la vida o la salud. Porque también en ellos a los ojos del Derecho resulta inadecuada, por excesiva, la pretensión de salvar uno de esos bienes provocando la pérdida de otro, pretensión que resultaría contraria a la dignidad de la persona⁵⁶. Descartado por ello que la reducción de la pena que contempla el art. 156 bis 2 pueda encontrar su referente en los esquemas del estado de necesidad, su paralelismo

⁵⁴ SCHROTH, U., “Die strafrechtlichen Grenzen der Organlebenspende sowie der Knochenmarktransplantation”, en *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 2008, pág. 387.

⁵⁵ Hasta el punto de que en la doctrina alemana es posible encontrar posturas que tachan de incompatible con el principio de legalidad la cláusula correspondiente que igualmente contempla la *Transplantationsgesetz*, extensible no sólo al receptor, sino al donante, castigado también conforme a esta regulación. Por todos, SCHROTH, U., “Die strafrechtlichen Grenzen der Organlebenspende sowie der Knochenmarktransplantation”, *ob. cit.*, pág. 387; el mismo en “Die strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes”, *ob. cit.*, pág. 1151.

⁵⁶ GÓMEZ RIVERO, M. C., *La responsabilidad penal del médico*, *ob. cit.*, pág. 297.

ha de hallarse en lo que de otra forma podría haberse reconducido al expediente general de *la inexigibilidad de otra conducta*. Ahora bien, con ser cierto que efectivamente a ello responde la atención a las circunstancias del *culpable*, la referencia adicional a la contemplación de las del *hecho* obliga también a tener presentes aspectos que exceden a la estricta atención a su eventual situación de desesperación. En concreto, aun concurriendo ésta, no puede admitirse del mismo modo la procedencia de la rebaja de la pena cuando se trate del conocimiento, por ejemplo, de que el órgano procede de una persona ya fallecida que no consintió la donación, que cuando el receptor ha tenido un papel activo en la obtención, haciendo por ejemplo un encargo concreto a una organización dedicada a la trata de personas con fines de tráfico de órganos.

Precisamente la atención a la variedad de situaciones que pueden plantearse explica que se discuta en la doctrina si el régimen especial que contempla el Código es aplicable a todos los casos en que intervenga el receptor o si, por el contrario, se ciñe en exclusiva a aquellos en los que se limite a tener conocimiento de la ilegalidad en su origen del órgano que se le trasplanta. De seguirse esta segunda interpretación, quedarían fuera del ámbito de aplicación de esta atenuante los casos en los que el receptor se hubiera reservado alguna contribución adicional, como pueda ser desde la solicitud del órgano hasta la prestación de cualquier colaboración para facilitar su obtención o el tráfico. Aun reconociendo que la letra de la ley limita literalmente tal rebaja de la pena a los casos en que *consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito*⁵⁷, entiendo que el fundamento de la atenuación persiste con independencia de la índole de la contribución concreta que aporte el destinatario del órgano, puesto que también en esos otros supuestos puede estar presente el fundamento de la atenuante⁵⁸. Cuestión distinta será, según apuntábamos líneas más arriba, que la mayor gravedad de la contribución en el caso concreto junto con otras circunstancias concurrentes, como la ausencia de urgencia de la intervención, lleven al juez a considerar que no procede la aplicación de la citada rebaja.

⁵⁷ Lo que ha motivado que algunos autores hayan secundado una interpretación estricta. Es el caso de PUENTE ABA, L., “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código Penal español”, *ob. cit.*, por lo que concluye que quedarían fuera del beneficio penológico “todos aquellos que toman la iniciativa de esta actividad ilegal de obtención y trasplante de órganos, generalmente a través del denominado turismo de trasplantes”.

⁵⁸ La misma opinión deduzco de las consideraciones de ROMEO CASABONA, C., “La prohibición del tráfico ilegal y la exclusión de la comercialización de los órganos y tejidos”, *ob. cit.*

Por lo demás, y aun cuando es cierto que no lo menciona el precepto, las mismas razones de atenuación de la pena serían extrapolables a los familiares del receptor que cooperen en la operación. Pensemos en el padre que proporciona el dinero para la compra del órgano que necesita su hijo. En todo caso, ante la ausencia de mención al régimen de estos sujetos, la eventual atenuación de la pena de que pudieran beneficiarse habrá de discurrir conforme a los expedientes generales que contempla el Código Penal. Descartado que pueda apreciarse un *estado de necesidad*, debido a las mismas razones que ya hemos sostenido en relación con el receptor, vendrá en consideración, en su caso, la inexigibilidad de una conducta distinta por miedo insuperable, ya sea como causa de exclusión o de atenuación de la culpabilidad.

Sin abandonar el capítulo de las previsiones específicamente contempladas por el art. 156 bis, mención especial merece la contenida en su apartado tercero, relativa a los casos en que sea una persona jurídica la responsable del delito conforme al art. 31 bis CP. Para estos supuestos dispone la aplicación de la pena de multa del triple al cuádruple del beneficio obtenido así como la posibilidad de imponer las penas previstas en los arts. b) a g) del art. 33.7. Se trata sin lugar a dudas de una previsión justificada a la vista de la elevada posibilidad de la intervención de este tipo de entes en la comisión del delito, desde las agencias de viajes dedicadas a gestionar el *turismo de trasplante*, hasta las compañías de seguro que se ofrezcan a asegurar el reembolso de los gastos ocasionados⁵⁹. Con todo, y teniendo en cuenta la especial facilidad para que el delito se cometa por organizaciones y grupos criminales habría sido conveniente que el legislador hubiera contemplado una cláusula al modo del art. 369 bis, relativo al tráfico de drogas, disponiendo la imposición de penas especiales para estos supuestos, a graduar conforme al concreto rol que desempeñe el sujeto dentro de la organización. En su ausencia, habrá de recurrirse a las previsiones genéricas contempladas en los arts. 570 bis y ter. Recordemos por lo demás que en estos casos el art. 282 bis. 4, a) LECr., -reformado por la LO 5/2010- permite la intervención del agente encubierto.

Por último, y para cerrar el capítulo de cuestiones relacionadas con la autoría, alguna mención especial merece la cuestión relativa a si en los casos de publicidad de órganos en un medio o soporte de difusión mecánico resultan de aplicación las reglas del art. 30 CP. Aun cuando en principio nada se opondría a su aplicación, considero que asiste la razón a quienes destacan la dudosa compatibilidad de aquellas reglas especiales

⁵⁹ CARRASCO ANDRINO, M.M., *Derecho Penal Español, Parte Especial (I)*, ob. cit., pág. 271.

de autoría con la vocación del art. 156 por castigar todas las formas de colaboración a las conductas típicas, también las de complicidad⁶⁰.

4.2. Elementos del tipo subjetivo

El castigo de las distintas conductas tipificadas en el art. 156 bis requiere que se hayan realizado con dolo, no siendo punible, por tanto, la imprudencia, como sucedería cuando el sujeto incurriese en un *error de tipo*. Es más, de acuerdo con cuanto hemos apuntado a la hora de delimitar las conductas típicas, debe observarse que el precepto no sólo requiere el conocimiento y voluntad de traficar con órganos humanos ajenos. Debe entenderse también implícita en él la exigencia de que el responsable actúe con conocimiento de que el destino de los órganos cuya extracción, tráfico o trasplante favorece es el trasplante a un tercero. El conocimiento de esta finalidad, que resulta obvio en la modalidad de trasplante, adquiere igualmente relevancia en la delimitación del alcance típico de las de extracción y tráfico. Recordemos que sin aquella orientación la conducta sólo podría calificarse como un delito de lesiones, homicidio, contra la libertad, dignidad o incluso contra el respeto de los difuntos. Por ello, en los casos en que el sujeto obre desde el desconocimiento de tal finalidad, su responsabilidad habrá de canalizarse en exclusiva conforme a aquellos tipos delictivos.

Cuestión distinta de la anterior es la relativa a si las exigencias que hemos ido describiendo resisten la posibilidad de que este delito pueda cometerse a título de *dolo eventual*. Según entiendo, la respuesta ha de ser afirmativa, en tanto que del art. 156 bis no pueden extraerse argumentos para exigir un conocimiento y voluntad directos de cometer delito. De hecho, la eventualidad podrá alcanzar no sólo al sentido de la contribución (por ejemplo, prestar un local), sino a la finalidad de una conducta previamente ilícita y querida con dolo directo. Sería el caso, por ejemplo, del sicario al que se le encargase matar a una persona y entregar de inmediato su cuerpo a un equipo médico. Además, obviamente, del correspondiente delito de asesinato, bastaría para castigarle conforme al tipo que comentamos la comprobación de que tenía motivos para sospechar con una alta probabilidad tal destino, mostrándose indiferente respecto a ella.

⁶⁰ GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., ob. cit., pág. 620.

Por lo demás, y para concluir la referencia a los elementos relacionados con el tipo subjetivo del delito, debe observarse que nuestro ordenamiento, a diferencia de lo que sucede en el alemán, no requiere que la extracción, el comercio o el trasplante estén inspirados por la específica finalidad terapéutica⁶¹. Resulta también punible conforme al art. 156 bis la comisión de cualquiera de estos actos con finalidad experimental, de investigación o incluso cosmética, una solución digna de aplauso a la vista de que en estos casos están presentes los mismos intereses que justifican, en los términos que ya vimos, la incorporación de este delito al Código Penal. Consecuencia de lo anterior es que el eventual error del sujeto sobre la concreta finalidad que inspira el tráfico habrá de considerarse irrelevante.

5. La consumación del delito

Según tuvimos ocasión de comprobar al tratar las distintas modalidades, el art. 156 bis pone el acento en el *desvalor de acción*, y no en el de resultado. El precepto castiga, en efecto, las conductas de promover, favorecer, facilitar o publicitar la obtención, el tráfico o el trasplante de órganos con independencia del específico peso que cada una de ellas tenga en el éxito final de lo pretendido. Estamos, por tanto, ante un delito de *mera actividad*, que se conforma con la situación de peligrosidad abstracta que el legislador asocia a la realización de aquellas conductas. Así debe considerarse en tanto que prescinde de cualquier exigencia concreta, no ya de *lesión* –en tanto que ni exige la efectiva extracción del órgano⁶² ni cualquier otro resultado⁶³–, sino incluso de peligro *concreto* para los sujetos afectados por la práctica, un resultado éste que sin embargo podría haber asegurado fácilmente sólo con incluir la referencia a que las conductas de obtención, tráfico o trasplante se realizaran *poniendo en peligro la vida o salud de las personas*, al modo por ejemplo del delito farmacológico (art. 361 CP). En

⁶¹ Así resulta de los párrafos 17 y 18 de la *Transplantationsgesetz*, lo que no ha dejado de recibir críticas por parte de la doctrina. Véase por todos la que formula KÖNIG, P., “Das strafbewehrte Verbot des Organshandels”, en *Handbuch des Medizinstrafrechts*, *ob. cit.*, pág. 413 s., 417.

⁶² De una opinión distinta se muestra GÓMEZ TOMILLO, M., *Ibid.*, pág. 618, 619 s., para quien la efectiva verificación del trasplante ilegal constituye el resultado de las conductas de extracción y trasplante.

⁶³ Como la existencia de un acuerdo entre el oferente y el intermediario o receptor en el caso de la modalidad de tráfico, resultado que sin embargo en ocasiones se ha exigido en la doctrina. Es el caso de FELIP I SABORIT, D., en “Delito de lesiones: el nuevo delito de tráfico, obtención y trasplante ilegales de órganos humanos”, *ob. cit.*, pág. 255.

su lugar, recurre a la técnica propia de los delitos de *perigo abstracto*, de tal modo que el legislador *presume* la implicación de esos bienes jurídicos con la realización de cualquiera de las conductas típicas.

Sin perjuicio de que en general el recurso a esta técnica se tache como poco deseable desde el respeto de estrictos parámetros de proporcionalidad con la gravedad del daño producido, hay que admitir que encuentra cierta explicación en el delito que nos ocupa a partir de la previa comprensión del bien jurídico en él protegido en los términos de preservación de intereses de calado colectivo, según hemos sostenido. Porque desde esta perspectiva, lo que destaca es la aportación de una contribución, de la índole que sea, a su eventual afectación, difuminándose sin embargo la importancia de su efectivo alcance en la producción de un resultado relativo a los concretos bienes individuales en juego.

Ahora bien, el hecho de justificar la razón por la cual la consumación de las conductas se desvincule del efectivo éxito final del trasplante, extracción o tráfico a cuya realización coadyuvan, no supone ignorar la necesidad de comprobar que comportan una lesividad mínima que legitime la intervención penal. Conforme a esta exigencia, los Tribunales habrán de excluir del ámbito típico casos como el de quien publicita el tráfico de órganos sin saber que no cuenta con el respaldo logístico de quienes sin embargo en un momento se lo ofrecieron; esto es, los casos en los que aun cuando el anuncio encontrase demanda, sería imposible el cumplimiento de la oferta.

Distinto de lo anterior es que las respectivas conductas que tipifica el art. 156 bis requieran, como tales, consumarse para que se hagan merecedoras de la pena que contempla el precepto. Quiere esto decir que si el sujeto promete una contribución que *favorece* por ejemplo el tráfico de órganos pero posteriormente no llega a materializarla, su conducta habrá de calificarse como un acto preparatorio, impune al no castigarse en relación con este delito.

6. Las consecuencias jurídicas previstas por el art. 156 bis

Hemos referido ya que el legislador gradúa las penas asignadas al art. 156 bis atendiendo a que el órgano sobre el que recaigan las respectivas conductas tenga o no la

calidad de principal. Partiendo de cuantas consideraciones sostuvimos a la hora de delimitar el bien jurídico protegido en la norma penal, no puede más que concluirse que el recurso al mismo parámetro que guía la cuantificación de la pena propia del delito de lesiones resulta ciertamente un elemento distorsionante.

En efecto, a la vista de que en el art. 156 bis se protege un interés colectivo cifrado de modo amplio en la garantía de las condiciones de calidad y seguridad del trasplante de órganos, si bien con referente en la preservación de la vida y/o salud tanto del donante como de los receptores (potenciales o reales), la asignación de las penas previstas para las lesiones de los arts. 148 y 149 CP -hasta doce años- no sólo desenfoca dicho bien jurídico, sino que parece excesiva. De hecho, si se vuelve la vista a otros sistemas de Derecho comparado que, con independencia de sus variaciones, han incorporado este delito, se observa que las penas con que se castiga son considerablemente inferiores. Así resulta al atender al parágrafo 18 de la *Transplantationsgesetz* alemana, que reserva para quien comercie con órganos, los ceda o consienta en su trasplante una pena de prisión de hasta cinco años o bien una pena de multa. Incluso para los casos en que el sujeto realice la conducta de modo profesional, las penas de prisión oscilan de uno a cinco años. La distinta intensidad de las penas se advierte también en la regulación francesa, que por ejemplo para los supuestos más graves de obtención de un órgano por precio o de extracción de órganos para el trasplante sin mediar el consentimiento del titular (511-2) prevé, además de una multa, una pena de 7 años de prisión. Frente a ello, da la impresión de que si bien nuestro legislador ha sido consciente del significado de las recomendaciones internacionales en la materia, a la hora de asignar las penas ha desenfocado el alcance exacto de su calado, dejándose llevar sin más por la imposición de las que sin embargo serían propias si el bien jurídico a proteger fuera la salud.

Lo elevado de las penas de prisión contrasta, por otra parte, con la ausencia de previsiones específicas para determinados supuestos. Es el caso, en primer lugar, de la pena de inhabilitación para el caso en que la conducta en cuestión se realizara por parte de profesionales de la salud, siempre que estuviera propiciada precisamente por el aprovechamiento de la condición de quien actúa (pensemos por ejemplo en el caso de un coordinador de trasplantes que desviara los órganos a una red de tráfico). Recordemos que esta previsión vendría en cierto modo reclamada por algunos pronunciamientos comunitarios en la materia. Baste con traer a colación la Resolución

del Parlamento Europeo de 22 de abril de 2008 que, según destacábamos al comienzo de este trabajo, incluye entre las medidas penales a cuya adopción insta a los Estados, la de incluir sanciones para el personal médico que intervenga en el trasplante de órganos procedentes del tráfico ilegal. Por otra parte, se echa en falta que no se contemple el *comiso* de los instrumentos que hayan servido a la comisión del delito así como de los beneficios que hayan generado las actividades⁶⁴. Precisamente en atención a estos habría resultado conveniente la inclusión de una pena de *multa* -prevista según vimos en otros sistemas de Derecho comparado-, que aun cuando se fijase conforme a los esquemas de los *días-multa*, permitiera su conversión en proporcional cuando los beneficios superasen su importe.

Por último, si bien ahora desde la perspectiva de las posibilidades de su aplicación, hay que dar la razón a quienes denuncian lo criticable que resulta que la LOPJ no haya contemplado el tráfico de órganos entre los supuestos que permiten la aplicación extraterritorial de la ley penal⁶⁵, ya sea en virtud del llamado *principio real o de protección de intereses* (art. 23.3 LOPJ) o de *justicia universal* (art. 23.3 LOPJ), capítulo en el que por lo demás se han incluidos otros delitos como el tráfico ilegal de drogas o el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas. Al no incluirse el art. 156 bis entre aquellos delitos que permiten la aplicación *extraterritorial* de la ley penal, en los casos en que no pudiera establecerse una vinculación territorial de los hechos con España y estos no fueran constitutivos de delito en el país en el que se realizaron, tampoco resultarían de aplicación otros principios, como el de *personalidad*, cuando el sujeto, siquiera sea como receptor, cometiera una conducta punible conforme a nuestro Código⁶⁶. Con todo, a la vista de que el art. 156 bis incrimina de forma amplia cualquier conducta relacionada con el tráfico de órganos, cabe la posibilidad de entender que la realización de gestiones desde nuestro país (como el anuncio de la oferta⁶⁷ o la

⁶⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español. Parte Especial*, ob. cit., pág. 149.

⁶⁵ Por todos ROMEO CASABONA, C., “La prohibición del tráfico ilegal y la exclusión de la comercialización de los órganos y tejidos”, ob. cit., quien denuncia por ello que la reforma no se haya acompañado de la modificación de la LOPJ.

⁶⁶ Es lo que sucede, por ejemplo, con los supuestos registrados de españoles que viajan al extranjero para recibir un órgano. Entre ellos figura el de Óscar Garay, en 2010. Dos meses después de que le confirmaran que, debido a sus circunstancias, no era apto para entrar en la lista de trasplantes, viajó a Pekín, donde previo pago de aproximadamente 130.000 euros, le trasplantaron un hígado, probablemente procedente de un ejecutado por el régimen. El castigo de éste y de otros casos queda por completo fuera del ámbito de la jurisdicción española, ya que aun cuando su conducta resultara punible conforme al art. 156 bis, no se daría el requisito de la doble incriminación. La única posibilidad de permitir supuestos como éste sólo vendría de la mano de la interpretación que a continuación formulamos en el texto.

⁶⁷ Siempre que no se trate de la realizada por el donante, impune según ya hemos visto.

demanda, o el concierto con la otra parte, aun ubicada ésta fuera de nuestras fronteras) es subsumible en el delito y, con ello, que el hecho ha sido cometido, al menos en parte en nuestro territorio⁶⁸.

7. Relaciones concursales

En el capítulo de las relaciones concursales, alguna reflexión despierta en primer lugar la posible comisión de más de una de las modalidades típicas que contempla el art. 156 bis. De hecho, esta posibilidad está servida atendiendo a la fenomenología frecuente de casos que se va a plantear en la práctica. Baste tener en cuenta que la obtención de un órgano con la finalidad de traficar con él supone por definición una actividad de favorecimiento o facilitación de las conductas de tráfico o trasplante, tipificadas igualmente por el precepto. Frente a la pretensión de castigar estos supuestos conforme a tantos delitos del art. 156 bis como conductas en él tipificadas integren, la comprensión de la norma conforme a un *tipo mixto alternativo* determina que la apreciación de una de esas conductas absorba al resto. Resta observar, si acaso, que en tanto sostenemos que el art. 156 bis toma como punto de referencia un bien jurídico de alcance colectivo, la solución anterior no se afecta por el hecho de que las distintas acciones realizadas por un mismo sujeto activo recaigan sobre personas distintas. Así, quien fomenta la extracción del órgano de un donante en condiciones ilegales e igualmente contribuye a su tráfico e incluso al trasplante al receptor que ofrece un precio, no estaría cometiendo tantos delitos como modalidades recayesen sobre sujetos distintos, sino uno solo. A la misma conclusión habría de llegarse si una misma modalidad afectara a una pluralidad de sujetos (por ejemplo, diversas extracciones de órganos procedentes de personas distintas), casos en los que, en tanto las distintas acciones respondan a una misma unidad temporal, habrían de considerarse constitutivas de un solo delito del art. 156 bis.

Mayor dificultad plantea el tratamiento de las relaciones concursales del precepto que comentamos con otros tipos penales; de forma especial con los delitos

⁶⁸ La ausencia de esta referencia ha motivado enérgicas críticas al precepto por parte de la doctrina. Es el caso de QUERALT JIMÉNEZ, J: “la norma se presenta por méritos propios como una muestra no ya de Derecho penal simbólico, sino *propagandístico*”, en *Derecho penal español. Parte Especial, ob. cit.*, pág. 146.

contra la *vida* o *salud*. Así, en relación con las lesiones, el concurso se planteará allí donde se trate de la extracción no consentida de órganos que, como pueda ser un riñón, suponen para el donante inequívocamente una merma de su salud con independencia de las condiciones en las que se realice la extracción. Lo mismo hay que decir cuando el órgano sea vital, supuesto en el que ahora el concurso se plantearía con los delitos de homicidio o de asesinato, o incluso con uno de colaboración al suicidio, si es que el donante hubiera prestado su consentimiento para la extracción. Obviamente, en uno y otro caso el problema no surge sólo respecto a las formas consumadas, sino también respecto a las intentadas e incluso respecto a los actos preparatorios, castigados como es sabido tanto para los delitos de lesiones como contra la vida. Bastaría pensar en el concierto de dos individuos para extraer un órgano a una determinada persona, caso en el que se plantea la relación entre el acto preparatorio del delito de lesiones respecto a la calificación del art. 156 bis.

La determinación de las reglas conforme a las cuales deba discurrir el concurso de calificaciones requiere volver la vista a la comprensión del bien jurídico protegido de que partimos en clave de la protección de intereses de dimensión colectiva, si bien con un referente mediato cifrado en la preservación de la vida o la salud de las partes implicadas. Si esto es así, bien podría sostenerse que como línea de principio la solución de la relación concursal planteada habría de ajustarse a las reglas que en general inspiran la sostenida respecto a tantos otros delitos en los que de forma mediata o secundaria se involucra la tutela de un bien jurídico individual. En concreto, pudiera pensarse que si la conducta de extracción, trasplante o tráfico constitutiva de un delito contra la vida o salud llegara a materializarse tan sólo en un sujeto, sin potencialidad de alcanzar a otros, el delito individual absorbe al de peligro. Es lo que sucedería, por ejemplo, si pudiera demostrarse que el autor participó sólo de forma puntual en la extracción de un órgano de un sujeto que no consintió en ello.

Según entiendo, sin embargo, contra esta solución hablan varios argumentos. Para empezar, porque aun cuando las conductas de tráfico y las de lesión se materializasen en un único sujeto, la solución del concurso de leyes desconocería la dimensión más amplia del bien jurídico protegido por la norma, en los términos que ya tuvimos ocasión de destacar. Pero además, aun cuando se hiciera abstracción de ellos y se concediera protagonismo al argumento de que la lesión es una secuencia de la conducta de obtención de órganos, que por tanto va irremediabilmente embebida en

ésta, a la solución del concurso de leyes se opondrían otras razones. Entre ellas, que la extracción estaría dando vida a otras conductas que exceden con mucho a la de *promover o facilitar la obtención* de órganos. Porque no puede discutirse que esa extracción favorece a su vez el tráfico y el trasplante ilegal de órganos, modalidades que adicionalmente tipifica el art. 156 bis, y cuyo injusto no puede subsumirse en el delito de lesiones.

Entiendo, por ello, que el art. 156 bis habrá de entrar en todo caso en relación de concurso de delitos con el correspondiente(s) delito(s) de lesiones. La diferente dimensión a la que atienden, respectivamente, el art. 156 bis y estos otros tipos delictivos queda por lo demás de manifiesto cuando se tiene en cuenta que, por ejemplo, una organización dedicada al tráfico de órganos que efectivamente hubiera extraído los de veinte personas, habría cometido tan sólo un delito del art. 156 bis, mientras que, lógicamente, habrían de apreciarse tantos delitos de lesiones como extracciones no consentidas hubieran tenido lugar. Casi ni que decir tiene, por lo demás, que la misma regla habrá de sostenerse para los casos en que, por tener el órgano extraído el carácter no sólo de principal, sino también vital, se plantee el correspondiente concurso con el delito de homicidio o incluso de asesinato. También en estos casos junto con el delito del art. 156 bis habrán de apreciarse tantos delitos de homicidio o asesinato como sujetos en concreto implicados.

Resta tan sólo observar que el diseño concursal planteado se mantiene no sólo en relación con las formas consumadas de lesiones u homicidio, sino también, en su caso, respecto a las formas intentadas de estos delitos e incluso en relación con los actos preparatorios. Pensemos por ejemplo en la organización dedicada al tráfico de órganos que hubiera reclutado a una serie de personas con la finalidad de extraerle un órgano vital. En este caso, además de la actividad de favorecimiento de la obtención o tráfico ilegal de órganos del art. 156 bis, así como, en su caso, de un delito de trata de personas, sería responsable de los correspondientes actos preparatorios de homicidio o asesinato.

Especial referencia reclama, por otra parte, la relación del art. 156 bis con el delito de *trata de seres humanos* con finalidad de extracción de sus órganos corporales (art. 177 bis 1.c), castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión. Obviamente el concurso sólo va a presentarse allí donde la conducta en cuestión constitutiva del tráfico ilegal de órganos se realice sirviéndose el autor de cualquiera de los medios que elevan a típica la trata, esto es, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una

situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima o ésta sea menor de edad.

Basta con leer las conductas tipificadas en el art. 177 bis 1.c) para comprender que pueden considerarse comprendidas de forma genérica en el concepto de *favorecimiento o facilitación* de la extracción, tráfico o trasplante ilegal de órganos. No de otra forma pueden calificarse conductas como las de captación, transporte, traslado, acogida, recibimiento o alojamiento de la persona a la que se va a extraer el órgano de que se trate. La integración de estas conductas en el supuesto de hecho típico del art. 156 bis queda fuera de dudas desde el momento en que, como hemos tenido ocasión de sostener al trazar la consumación del delito, éste precepto no requiere la producción de resultado alguno, sino que se perfecciona con la realización de los actos que representan en general una forma de facilitar o favorecer la obtención, tráfico o trasplante de órganos. Así entendido, pudiera parecer en una primera aproximación que el delito de trata de seres humanos debiera entenderse absorbido por el de tráfico de órganos humanos. Sin embargo, a esta conclusión se opone la regla concursal contemplada en el apartado 9 del art. 177 bis, conforme a la cual, las penas en él previstas se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos, incluido el art. 318 bis así como los correspondientes a la explotación. La preocupación del legislador por castigar en toda su extensión este tipo de prácticas determina, pues, que *ope legis*, haya de apreciarse un concurso de delitos entre ambas calificaciones.

Al margen de esa regla que ofrece el legislador, hay que reconocer que en determinados casos resulta evidente la autonomía del delito de trata de personas con respecto al de tráfico de órganos. Me refiero a aquéllos en que la conducta de trata quedase en forma intentada o incluso no alcanzara los umbrales de la fase ejecutiva del delito. Porque, según hemos sostenido, el art. 156 bis, si bien no es un delito de resultado, requiere que la conducta en cuestión llegue a consumarse. Resulta así que, por ejemplo, si el autor pretendiera captar a un sujeto con la finalidad de extraerle los órganos, pero fuera detenido antes de la consecución de su propósito, sería de aplicación una tentativa del art. 177 bis. Si, introduciendo una variante en el ejemplo, tan sólo se hubiera concertado para la captación de la víctima con los mismos fines y fuera detenido antes de dar inicio a los actos ejecutivos, su calificación habría de discurrir de nuevo conforme al art. 177 bis, ahora según su apartado 8, que castiga los actos preparatorios.

Por último, en lo que se refiere a la relación del precepto que comentamos con las coacciones o amenazas que eventualmente el sujeto hubiera podido cometer, habrá de apreciarse el correspondiente concurso de delitos, en tanto que el empleo de fuerza física o psíquica es un elemento ajeno al contenido de injusto castigado en el art. 156 bis. Esta regla sólo habrá de excluirse allí donde adicionalmente se haya apreciado un concurso de delitos entre el de tráfico de órganos y la trata de seres humanos que tuviera por objeto a mayores de edad, puesto que el injusto de éste comprende el empleo de tales medios comisivos.

8. Valoración final

A la vista de cuantas consideraciones hemos realizado, resulta inevitable concluir con cierta desazón acerca de la racionalidad del nuevo art. 156 bis. Porque tras su análisis no queda más que la impresión de estar ante una especie de esquizofrenia a la hora de conjugar, de un lado, el sentido y razón de ser que justifique la presencia del precepto en el Código Penal y, de otro, determinados rasgos con los que se ha acuñado en la reforma de 2010. Por una parte, es cierto que la única explicación plausible de su incorporación es la tutela de un bien jurídico supraindividual, orientado a garantizar las condiciones de calidad y seguridad del trasplante de órganos con todas las implicaciones que ello conlleva. Es la que está en la base de los documentos internacionales que instan a los Estados a garantizar las condiciones del tráfico y trasplante de órganos y, de hecho, es a esa esencia a la que claramente responden las previsiones correspondientes de otros sistemas de Derecho comparado, como son el alemán o el francés, que sin ambages apuntan a la tutela de un interés colectivo. Hemos comprobado, en efecto, cómo en relación con el modelo alemán, a ese interés obedece no sólo la ubicación formal del precepto en una ley especial relacionada con el tráfico de órganos, sino también la configuración material de delito. Así lo delata tanto el castigo del receptor como del donante, la comprensión en el objeto del delito no sólo de los órganos humanos, sino también de las células o tejidos, así como la concreta pena asignada a estas conductas, que dista con mucho de la que correspondería al injusto de las lesiones. Lógicamente, cuestión distinta a la identificación de este objeto de protección será que después se critique o no la conveniencia de un precepto que sancione estas conductas en

el orden más grave así como su compatibilidad con el principio de *mínima intervención* que justifica su recurso, lo que dará entonces paso a todo el halo de cuestiones que rodean a esa discusión, incluida la relativa a si realmente estamos ante una expresión más del llamado *Derecho penal simbólico*⁶⁹. Pero al margen de todo ello, lo cierto es que el trazo del precepto, su utilidad así como sus consiguientes relaciones con otros tipos delictivos resultan meridianos.

Frente a esta claridad, la opción de nuestro legislador conduce a un inevitable callejón sin salida. Para empezar, es evidente que si en la línea de esos otros ordenamientos de Derecho comparado ha optado por incorporar un precepto que recoja las exigencias internacionales en materia de tráfico y trasplante de órganos, hay que entender que su punto de mira está en la preservación de las condiciones que lo rodean, no en la protección de bienes jurídicos de calado individual, básicamente la salud del donante. Porque ni a eso instaban los compromisos internacionales ni, aunque se concediera que fuera ese el alcance de tales documentos, para atenderlos era lógica la incorporación de una norma penal que no hiciera más que redundar en el castigo de los hechos como lesiones.

Las incoherencias comienzan cuando esta evidencia se pone en relación con la concreta forma en que nuestro legislador ha plasmado los rasgos del art. 156 bis, y que supone un continuo balanceo entre el injusto del tráfico de órganos y el de las lesiones. Así resulta sólo con contemplar la ubicación del precepto en el Código Penal, entre los que protegen la integridad y salud física y mental, en lugar de en la sede relativa a los delitos contra la salud pública. A ello se suma todavía la exclusión del ámbito típico de la actuación del donante, la limitación del objeto de la conducta a la extracción de órganos -dejando fuera las células y tejidos- y, sobre todo, la equiparación de las penas de este precepto con las del delito de lesiones. Evidentes son también, sin embargo, los elementos que desde la propia plasmación positiva del art. 156 bis alejan este precepto de aquellos que protegen la salud. Baste con atender a la sustracción de las penas a cualquier posibilidad de atenuación por el consentimiento de lesionado, o al claro anticipo del castigo y la equiparación en pena de las conductas más alejadas de la lesión del bien jurídico, parámetros todos ellos ajenos por completo a las reglas que en general inspiran el delito de lesiones en su modalidad consumada.

⁶⁹ En la doctrina alemana, por todos, SCHROTH, “Die strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes”, *ob. cit.*, pág. 1152.

A la vista del atolladero al que aboca la plasmación del art. 156 bis, nos hemos decantado por sostener la única interpretación del precepto que entendemos que lo dota de racionalidad; a saber, que en él se protegen intereses de calado colectivo que desbordan la óptica individual de las lesiones, y a cuya tutela instan los distintos documentos internacionales en la materia. Obvio es que el convencimiento acerca de que sólo puede ser éste el punto de partida de la comprensión de la norma no elimina las dificultades para su aplicación sin fisuras, de la misma forma que los partidarios de la opción contraria –la protección de la salud- no podrían ignorar los argumentos en contra de su exégesis. Resultaría pues, no sólo conveniente sino urgente que el legislador revisara el tenor literal del precepto para evitar que cuando el aplicador del Derecho tenga que enfrentarse con él deba optar por distintas guías interpretativas que no consiguen sacudirse de sus respectivas objeciones.

Bibliografía citada

- BENÍTEZ ORTÚZAR, I., *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial (coord. Morillas Cueva)*, Madrid, 2011.
- CARRASCO ANDRINO, M.M., *Derecho Penal Español, Parte Especial (I)*, 2ª ed., (dir. Álvarez García), Valencia, 2011.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “El delito de tráfico de órganos humanos”, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Julio Díaz-Maroto y Villarejo (dir.), Gonzalo Rodríguez Mourullo (pr.), 2011.
- FERRADO, M., “Tráfico de órganos. Un negocio oscuro y atroz”, publicado en el diario *El País*, el 3 de mayo de 2009.
- FELIP I SABORIT, D., “Delito de lesiones; el nuevo delito de tráfico, obtención y trasplante ilegales de órganos humanos”, en *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma (dir. Silva Sánchez)*, Madrid, 2012.
- GARCÍA ALVERO, R., “El nuevo delito de tráfico de órganos”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, (coord. Álvarez García/González Cussac), Valencia, 2010, publicado también en *La nueva reforma penal de 2010: análisis y comentarios* (coord. Quintero Olivares), Navarra, 2010.
- GÓMEZ MARTÍN, V., *Derecho penal. Parte Especial, tomo I* (dir. Corcoy Bidasolo), Valencia, 2011.
- GÓMEZ RIVERO, M.C., *La responsabilidad penal del médico*, 2ª ed., Valencia, 2008.
- GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código penal, Primera edición*, Comentario al art. 156 bis, Valladolid, 2010; segunda edición, Valladolid, 2011.

- MUÑOZ CONDE, F., “Einige Fragen des ärztlichen Heileingriffs im spanischen Strafrecht”, en *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 3 Auf., 2007.
- *Derecho Penal, Parte Especial*, 18 ed., Valencia, 2010.
- KÖNIG, P., “Das strafbewehrte Verbot des Organshandels”, en *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 3 Auf., 2007.
- PUENTE ABA, L., “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código Penal español”, *Revista de Derecho y proceso penal*, nº. 26, 2011.
- QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español. Parte Especial*, 6ª ed., Barcelona, 2010.
- ROMEO CASABONA C., “La prohibición del tráfico ilegal y la exclusión de la comercialización de los órganos y tejidos”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm 7/2010.
- SCHEPER-HUGHES, “El comercio infame: capitalismo milenarista, valores humanos y justicia global en el tráfico de órganos”, en *Revista de Antropología Social*, 2005.
- SEELMANN, K., “Organtransplantation –die strafrechtlichen Grundlagenprobleme”, en *Organtransplantation*, hrsg. Brudermüller/Seelmann, Würzburg, 2000.
- SCHROTH, U., “Die strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes” en *JZ*, 1997.
- “Die strafrechtlichen Grenzen der Organlebensspende sowie der Knochenmarkstrnsplantation”, en *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 2008.
- TORRES FERNÁNDEZ, E., “La donación de órganos o tejidos de donante vivo por personas incapaces de consentir a la luz del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina y su protocolo adicional”, en *Estudios Jurídico-penales sobre genética y biomedicina, Libro homenaje al Prof. Dr. Ferrando Mantovani*, Madrid, 2006.

EL MODELO ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS*

José L. González Cussac
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valencia

Resumen: Se analiza la profunda modificación introducida en el Código Penal español en 2010, al introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En primer lugar se expone la elección político criminal seguida de entre los diferentes modelos internacionales existentes. A continuación se detallan los criterios de traslación de la responsabilidad penal desde la conducta de personas físicas hasta la persona jurídica. Finalmente se examinan las cuestiones críticas planteadas tanto desde una perspectiva dogmática como singularmente de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Responsabilidad penal de las personas jurídicas; responsabilidad vicaria; Código de buena conducta corporativa; derechos fundamentales.

Abstract: This paper analyzes the profound modification of the Spanish Criminal or Penal Code, carried out in 2010, which introduces corporate criminal liability or criminal liability of legal persons. First, it expounds the political-criminal choice between different existing international models. Second, criteria for the transfer of criminal liability from the conduct of individuals to the legal person are explained in detail. Finally, it examines the critical issues raised both from a dogmatic perspective as from fundamental rights.

Keywords: Corporate criminal liability or Criminal liability of legal persons; vicarious liability; Compliance guide; fundamental rights.

1. Aspectos esenciales de la reforma de 2010

La LO 5/2010 comporta un cambio trascendental del modelo español en esta materia, que siguiendo la tendencia internacional dominante, establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Para poder comprender mejor este nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido por la reforma de 2010, es preciso contextualizarlo y situarlo en relación a otros ámbitos afines, pudiéndose para ello distinguir estos tres

planos básicos diferentes (ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC):

Primero, se mantiene el art. 31, si bien con la derogación del perturbador apartado segundo, para resolver los problemas de imputación en los delitos especiales, en los cuales la condición o calidad requerida en el tipo concurre en la sociedad, pero no en la persona física que actúa en su nombre. Es decir, regula las **actuaciones en nombre de otro**, esto es de la determinación de la responsabilidad penal en el marco de la representación, diferenciando entre el representante y el representado al realizar un acto jurídico calificado de delictivo. Por consiguiente, bajo esta expresión se contemplan no solo los supuestos de actuaciones en nombre de personas jurídicas, sino también los de actuación de una persona física en nombre de otra persona física.

Segundo, la reforma introduce un novedoso sistema de **responsabilidad penal de las personas jurídicas** en el art. 31 bis, con unos criterios autónomos de imputación, clases de penas propias y reglas específicas de aplicación de estas penas. El régimen jurídico se contiene en los arts. 31 bis, 33,7º (penas imponibles a las personas jurídicas); 52 (forma de imponer la pena de multa); 66 bis (determinación de la pena aplicable); 116,3 (responsabilidad civil); 130 (supuestos de transformación y fusión de sociedades).

Y, **tercero**, se mantiene el catálogo de **medidas accesorias** de los arts. 128 y 129 para los supuestos de actuaciones delictivas cometidos a través de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas, que por carecer de “personalidad jurídica”, no estén comprendidas en el art. 31 bis CP. Aquí únicamente advertir que no queda completamente delimitado el ámbito de aplicación del art. 31 bis y del art. 129, al menos en el sentido de comportar círculos totalmente secantes.

2. La opción político-criminal

Por todos es conocida la célebre máxima *societas delinquere non potest*. En efecto, tradicionalmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas se negaba, sustentándose esta negativa en tres grandes argumentos: las sociedades no poseen capacidad de acción; tampoco tienen capacidad de culpabilidad; e igualmente carecen de capacidad de sufrir penas. De ahí que los sistemas clásicos sólo castigaban como

autores de los delitos a las personas físicas.

Sin embargo, a lo largo de las últimas décadas esta máxima fue paulatinamente debilitándose hasta finalmente quebrarse. Resulta llamativo que el impulso del cambio siempre ha tenido su origen en instancias políticas, que con argumentos de una mayor eficacia y pragmatismo, terminaron por imponerse a consideraciones más teóricas o de mayor prudencia. Así pues, la decisión político-criminal de hacer responder criminalmente a las personas jurídicas ha ido progresivamente extendiéndose desde los países anglosajones hasta finalmente alcanzar también a los sistemas continentales. La tendencia definitivamente se ha invertido, debido a dos razones fundamentales: la necesidad de castigar los delitos socioeconómicos y financieros (*delincuencia de cuello blanco*) y la urgencia de buscar nuevas vías de lucha contra la criminalidad organizada (CARBONELL MATEU/MORALES PRATS). Pero indudablemente también por razones de legalidad, sobre todo, a causa de los problemas planteados en los delitos especiales cometidos en el marco de sociedades o por sus representantes legales. Hay que recordar que más del 80% de los delitos socioeconómicos se cometen a través de empresas (TIEDEMANN).

Las razones político-criminales que inspiran el giro de orientación pueden comprenderse mejor atendiendo a las cifras escandalosas de fraudes en EEUU en fechas anteriores a la actual gran crisis financiera, bastando recordar, a título de ejemplo, los siguientes: WORLDCOM (107 billones \$); ENRON (63'3 billones \$); ADELPHIA (24'4 billones \$); GLOBAL CROSSING (25'5 billones \$). El listado tiene que completarse con los habidos en Europa, Asia y Latinoamérica. Todos estos casos evidenciaron el fracaso del modelo llamado de "autorregulación", la debilidad del sistema tradicional de responsabilidad individual en el seno de complejas estructuras societarias, así como el de las múltiples construcciones jurisprudenciales precedentes (DEL ROSAL BLASCO). La decidida opción legislativa por la intervención penal expresa, entre la que destaca la aquí comentada de posibilitar una responsabilidad criminal de las sociedades, trata de atajar estas carencias. Es pronto para ofrecer un balance de su eficacia y eficiencia en alcanzar los objetivos, así como en evaluar los posibles "daños colaterales". En cualquier caso, no puede obviarse ni la carencia de un debate previo serio a escala internacional acerca de esta gran transformación del Derecho penal, ni tampoco la ausencia de unanimidad. En efecto, porque más allá de los diferentes modelos de implantación, muchos autores consideran innecesaria la solución penal,

mostrándose partidarios de una responsabilidad administrativa o cuanto menos consideran que para alcanzar esas finalidades no basta solo con una aparente mayor intervención punitiva.

En cualquier caso, la suma de todas estas razones impulsó con vigor la conveniencia de reformas orientadas a castigar a las propias personas jurídicas. Y aunque el debate sigue en parte abierto, sin embargo, la tendencia en el panorama internacional es ahora claramente favorable a establecer modelos de responsabilidad penal de las sociedades, sobre todo en los EEUU de América, en Canadá y en el Espacio Económico Europeo. En Latinoamérica el debate también ya está totalmente abierto. Algunos ejemplos ilustran sobradamente esta línea político-criminal favorable a la responsabilidad penal de las sociedades: Holanda (1976); EEUU; Reino Unido, Noruega e Irlanda (1991); Islandia (1993); Francia (1994); Finlandia (1995); Eslovenia y Dinamarca (1996); Estonia (1998); Bélgica (1999); Suiza y Polonia (2003); Portugal (2007). Y ahora España en 2010. A ello hay que sumar numerosos acuerdos en esta dirección dentro del espacio europeo.

Pero esta opción político-criminal dominante en el Derecho comparado se traduce luego en diferentes articulaciones (HEINE). En síntesis pueden distinguirse dos grandes modelos de responsabilidad *punitiva* de las sociedades. El primero, en realidad, establece una **responsabilidad administrativa de las personas jurídicas**. Este es el caso de Alemania, y parcialmente de Italia, pues contiene sanciones administrativas - junto a un complejo sistema penal-, pero aplicadas por la jurisdicción penal.

Un segundo modelo es el que ha optado por establecer **responsabilidad criminal de las personas jurídicas**. A su vez, éste se subdivide en dos. El primero, el de aquellos que han elegido la **imputación directa, propia e independiente** -esto es, no vinculada a la actuación de las personas físicas que actúan en el marco societario-, sustentado en la idea de la autorregulación, y que mayoritariamente recurre al “criterio del defecto de organización” o de control para determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Generalmente es conocido como modelo de “**responsabilidad propia u originaria**” o “**del hecho propio**”, y requiere una elaboración, o cuanto menos una adaptación específica, de todas las categorías centrales de la teoría jurídica del delito. Sobre las posibilidades de llevar a término esta reelaboración dogmática existe una viva polémica doctrinal, incluso entre sus partidarios (ver una exposición de la misma en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ; NIETO MARTÍN; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ; GÓMEZ-JARA DÍEZ).

Como certeramente recuerda DEL ROSAL BLASCO, hasta ahora este modelo no había tenido un reflejo expreso en ningún ordenamiento positivo, ni siquiera, contra lo afirmado por algunos autores, en el mundo anglosajón. Sin embargo, recientemente podemos observar un ejemplo de este arquetipo de responsabilidad penal directa de las sociedades en la novedosa Ley Anticorrupción británica (*The Bribery Act* de 2010), si bien muy circunscrito a la delincuencia organizada.

El segundo submodelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas es el de aquellos otros que siguen un criterio de *atribución*, o de “**responsabilidad derivada o de transferencia**”, esto es, que la actuación de determinadas personas físicas que actúan en nombre de la sociedad “*contaminan*” a ésta y le trasladan la responsabilidad penal bajo ciertos criterios de imputación (SILVA SÁNCHEZ).

Éste último es el históricamente aplicado en el área anglosajona y el más seguido en las legislaciones europeas continentales, entre ellas por la reciente española, denominado “**responsabilidad por atribución**”. En la tradición anglosajona, doctrina y jurisprudencia acudían a dos instancias diferentes para operar la transferencia de responsabilidad penal desde la persona física a la persona jurídica. Así, en unos casos manejaban la “**teoría de la identificación**” o del *alter ego*, según la cual se identificaban la voluntad de la primera con la de la segunda, “*de modo que la persona que actúa no es que actúe para la corporación, es que es la corporación*” (DEL ROSAL BLASCO). Más adelante se introdujo una nueva doctrina, denominada de “**responsabilidad vicaria estricta**”; mediante la cual la transferencia de responsabilidad penal a la empresa no solo cursaba por actuaciones u omisiones de sus directivos o administradores, sino también por comportamientos de empleados, aunque aquellos hubieran dispuesto de controles y medidas preventivas si estos no se habían ejercido en el nivel operativo.

No obstante, todos los sistemas, tanto el de responsabilidad administrativa, como los de responsabilidad penal, ya sea independiente o derivada, conviven con los mecanismos legales de solución de las actuaciones en nombre de otro, en particular, de la representación de las personas jurídicas en delitos especiales. Conforme a esta cuestión, se continúa castigando criminalmente sólo a las personas físicas que actúan como administradores o representantes de las mismas. Otras legislaciones han introducido medios legales para castigar indirectamente a las personas jurídicas, partiendo de la idea de que en realidad, su voluntad no se diferencia de la de sus

administradores. De ahí que la solución adoptada sea, en primer lugar, posibilitar la sanción penal a los administradores de las sociedades o a los que actúan en nombre de otras personas, cuando hayan sido los representantes los que tomaron las decisiones delictivas.

En el CP español anterior a la reforma de 2010 este era el caso del art. 31. El modelo se complementaba, desde 1995, con unas “medidas accesorias” que permitían disolver una sociedad, paralizar o suspender su actividad, o intervenir su administración (anterior arts. 128 y 129 CP). Sobre la naturaleza jurídica de estas últimas surgió una interesante discusión, pues aunque formalmente recibían el nombre de *medidas*, para un sector de la doctrina en realidad se trataba de auténticas penas impuestas a las propias sociedades. En realidad configuraba un sistema de responsabilidad penal *accessoria* de las personas jurídicas, que implicaba la previa responsabilidad penal principal de la persona física y de ahí, luego, se transfería a la empresa (GUARDIOLA LAGO).

3. El modelo español del art. 31 bis CP

En este precepto se establece con claridad la responsabilidad penal de la persona jurídica. Esta responsabilidad penal de la persona jurídica coexiste junto con la responsabilidad penal de las personas físicas. Pero a diferencia de la regulación anterior, para poder condenar a la persona jurídica ya no se precisa una previa declaración de culpabilidad de las personas físicas, de suerte que ambas corren autónomamente y en paralelo. De ahí que pueda hablarse de una **responsabilidad derivada y coprincipal** (QUINTERO OLIVARES). En efecto, pues el art. 31 bis 2º, contempla la posibilidad de que se impongan penas por un mismo hecho a ambas personas, jurídica y física, y que se castigue a la sociedad aunque “*la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella*”. Es más, la ruptura entre ambas esferas de responsabilidad penal se confirma con lo dispuesto en el art. 31 bis 3º, al disponer que la concurrencia de circunstancias atenuantes o eximentes en la persona física no excluye ni modifica la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Sentada la posibilidad de dos vías paralelas de responsabilidad penal, lo decisivo

será determinar con precisión bajo qué criterios es posible articularlas. Es claro que la responsabilidad criminal de las personas físicas deberá establecerse conforme a las reglas generales. La novedad estriba pues en precisar los presupuestos que permiten trasladar la imputación penal a las personas jurídicas. Pues bien, esos presupuestos para que pueda declararse la responsabilidad penal de la persona jurídica se desarrollan conforme a las dos posibles alternativas de imputación contenidas en el art. 31 bis 1º CP.

El primer presupuesto de traslación de la responsabilidad penal a la persona jurídica, descrito en el apartado primero, precisa la previa realización de un hecho delictivo, cometido “*en nombre o por cuenta y en provecho*” de la persona jurídica, por parte de alguna de las personas físicas que ostenten el poder de representación legal, o la condición de administradores de derecho o de hecho de la misma. Aquí el criterio de imputación descansa en la atribución de poder de representación legal en la persona física que comete el delito, o en su capacidad para adoptar decisiones en nombre de la sociedad y de control en su funcionamiento. Es decir, se articula el primer instrumento de impregnación o transferencia de la responsabilidad criminal a la sociedad por el poder formal o material ejercido por personas físicas que la representan y actúan por su cuenta y beneficio social.

El segundo presupuesto de *contaminación*, explicitado en el apartado segundo, requiere la previa comisión de un hecho delictivo perpetrado por personas físicas sometidas a la autoridad de quienes ostenten “poder de dirección social”, y que la comisión de este delito tenga origen en no haberse ejercido sobre ellas “*el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso*”. Esta segunda alternativa es más compleja al vincular a personas físicas con diferente grado de poder social en una escala vertical. En efecto, porque en este caso la *traslación* de la responsabilidad penal a la persona jurídica exige, de una parte, la actuación ilícita de empleados que no posean representación legal ni sean administradores, y de otra, su conexión causal con la falta del control exigible a los representantes y administradores.

Esta dualidad de reglas de imputación y su aparente dificultad interpretativa ha generado ya varias hipótesis acerca del fundamento de la imputación penal, alguna de ellas realmente sorprendente por su creatividad, muy alejadas del tenor literal posible descrito en el texto de la ley. Así, en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de 2009, se mantiene que el primer apartado del art. 31 bis 1º CP

consagra un sistema de responsabilidad vicaria pura, mientras que en el segundo apartado se instala un modelo de responsabilidad por hecho propio. En la doctrina encontramos también opiniones totalmente divergentes. Por ejemplo, para algunos autores la nueva regulación establece una responsabilidad criminal directa por la propia acción y la propia culpabilidad de la persona jurídica (ZUGALDÍA ESPINAR, 2010). Desde esta perspectiva cobrarían fuerza los llamados “códigos de buena conducta corporativa”, esto es, en la idea del “defecto de organización” o de “autocontrol”. Sin embargo, para otros autores, en realidad esta regla de imputación se acerca al clásico concepto civil de “*culpa in vigilando o in eligendo*”, por lo que se inclinan a considerar que la reforma de 2010 instaura una suerte del modelo “mixto”, entre la responsabilidad directa y el de transferencia (CARBONELL MATEU/MORALES PRATS). Una línea ecléctica también parece abrazar MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, al calificar la nueva normativa como una responsabilidad “directa e independiente”. Sin embargo, otros autores claramente apuestan por su incardinación en la doctrina de la transferencia pura y particularmente de responsabilidad vicaria (RODRÍGUEZ MOURULLO), o incluso como un “modelo amplio de identificación” (DEL ROSAL BLASCO).

Pues bien, más allá de singulares matices y críticas a la reforma, lo más importante es determinar el criterio fijado de imputación de la persona jurídica. Y en este sentido, la exégesis de la responsabilidad directa pura, esto es, por hecho propio, no se ajusta al texto de la ley, como expone detalladamente la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011. En efecto, porque la redacción legal no habla de “falta de control o de defecto de organización”, esto es, de la infracción de “códigos de buen gobierno”, internos y de autorregulación, ni tampoco de una acción y de una culpabilidad autónomas e independientes de la persona moral; sino que exige que los representantes legales o administradores hayan cometido una conducta ilícita (apartado primero); o bien que los subordinados hayan realizado una previa acción u omisión típica, dolosa o imprudentemente permitida por sus superiores. Es decir, que en el caso concreto los responsables de la empresa -sus representantes legales o administradores- no han ejercido el control debido conforme al ordenamiento jurídico.

Por tanto, el parámetro que fija el precepto para medir la infracción no son los “códigos internos de buen gobierno” de la empresa, sino la legislación vigente. Lo determinante en Derecho penal no es si la empresa está mejor o peor organizada, o si posee controles o códigos internos, sino si se ha realizado la acción típica por unos

sujetos subordinados en connivencia con los superiores. En similares términos se expresa DEL ROSAL BLASCO, al señalar que el haber tenido establecido un código interno de medidas preventivas de la sociedad es absolutamente irrelevante desde la exigencia legal explícita.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011 lo advierte rotundamente y por su trascendencia se reproduce literalmente una parte: “...la política corporativa o la llamada organización empresarial resultarán útiles -no como fundamento de la imputación de la persona jurídica, ni como sustrato sobre el que hacer gravitar la culpabilidad de la empresa como concepto trabajosamente reenviado desde las personas físicas hasta las jurídicas-, sino como instrumento para evaluar el contenido real del mandato de que es titular el gestor y aquello que, junto con las normas que regulen la actividad de que se trate, integra esa necesaria supervisión de la actividad empresarial en el caso concreto”. A lo que añade que en la actualidad existe el riesgo de creer que “la mera formalización de esos estándares constituye un salvoconducto para eludir la responsabilidad penal de la corporación. Sin embargo, lo importante en la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la adquisición de un código de autorregulación, ‘corporate defense, compliance guide’, plan de prevención del delito o como quiera llamársele, sino la forma en que se han actuado o dejado de actuar los miembros de la corporación a que se refiere el artículo 31 bis en la situación específica, y particularmente en este segundo párrafo del apartado 1º, sus gestores o representantes en relación con la obligación que la ley penal les impone de ejercer el control debido sobre los subordinados; en este contexto, resulta indiferente que la conducta de los individuos responda a una guía de cumplimiento propia que, en el mejor de los casos, constituye un ideal regulativo de emanación estrictamente privada (...); por consiguiente, lo importante será acreditar, y ésta es una cuestión de prueba, que las personas físicas a las que se refiere la norma cometieron el delito en las circunstancias a la que la misma se refiere (...). En consecuencia, no debe olvidarse que el objeto del proceso penal no lo constituye el juicio sobre la existencia o idoneidad de un código de autorregulación de la persona jurídica, sino la adecuación o inadecuación a la Ley penal de la conducta de las personas físicas a las que el precepto hace alusión” (pags. 47, 48 y 49; el subrayado es mío).

Desde luego esta regulación plantea numerosas cuestiones, entre las que cabe subrayar las siguientes: a) la determinación de las características típicas del hecho de

conexión cometido por la persona física; **b**) la entidad de la participación concreta en los hechos por parte de la sociedad, bien por acción directa o por omisión; **c**) los límites de la admisión de la imputación a los superiores a través de la comisión por omisión y del “autor detrás del autor”, con las dificultades consabidas de encaje en el sistema positivo español. No obstante, lamentablemente, hasta ahora, estas cuestiones se han venido resolviendo en la práctica de una forma un tanto burda (QUINTERO OLIVARES), que quizás la reforma pudiera coadyuvar a corregir.

El nuevo modelo se complementa con las siguientes características esenciales (ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC).

El art. 31 bis 4º, aunque no contempla eximentes propias para las personas jurídicas, sí contiene un catálogo específico de circunstancias atenuantes. Todas ellas operan *ex post factum* al hecho cometido y se hallan conectadas a criterios de arrepentimiento y colaboración procesal. Esquemáticamente son las siguientes: confesión ante las autoridades; colaboración con la investigación de los hechos; reparación o disminución del daño ocasionado; creación con anterioridad al juicio de mecanismos de control para evitar en el futuro la comisión de nuevos delitos; y, por último se incluye una atenuante analógica.

A su vez, el art. 31 bis 5º, excluye de este precepto, es decir, no permite atribuir responsabilidad penal, “*al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de Derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general*”. Mientras que la exclusión del Estado y de las Administraciones públicas parece totalmente razonable, no lo es tanto la de ciertas sociedades participadas con capital público. También se discute la de los partidos políticos y sindicatos, aunque en ambos casos ciertamente poseen regímenes establecidos en normativas específicas.

Por otra parte, el art. 33,7º contiene el catálogo específico de penas a imponer a las personas jurídicas, mientras que el art. 66 bis disciplina las reglas también específicas para determinar las penas en este ámbito.

Por último, señalar que el nuevo modelo incorporado al Código Penal español,

describe un sistema tasado de delitos en los que se admite la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Este sistema de *numerus clausus* se materializa en el Libro II, en el que en cada ámbito delictivo es necesario que conste una cláusula expresa para habilitar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

4. Dogmática y derechos fundamentales

Con este nuevo modelo se incorpora al Derecho penal la completa separación jurídica entre la persona jurídica y las personas físicas que la componen, de forma que nos encontramos ante sujetos de Derecho completamente distintos. No obstante, es necesario insistir en que el presupuesto de la imputación de uno y otro sujeto no son idénticos. En efecto, pues en el caso de las personas físicas el título de imputación procede de la aplicación de las reglas generales, esto es, de la realización de una conducta típica, antijurídica, culpable y punible, conforme a la formulación clásica. Por el contrario, en el supuesto de las personas jurídicas la responsabilidad penal procede de uno de los dos criterios de traslación recogidos en el art. 31 bis CP.

Y como he advertido anteriormente, el legislador de 2010 ha incorporado a nuestro ordenamiento el mecanismo reflejado en la normativa europea, que comporta un criterio de transferencia de responsabilidad para los supuestos en que el delito es llevado a cabo por quienes ostentan poder societario, o por los subordinados a consecuencia de la falta de control ejercido sobre ellos por los órganos sociales, bajo circunstancias determinadas. Por consiguiente la responsabilidad penal de la empresa no surge directa e independientemente, esto es, fijada conforme a parámetros de “*actuación*” de los órganos societarios o de otros criterios como “la falta de control o de defecto de organización”, esto es, de la infracción de “códigos de buen gobierno”, internos y de autorregulación. Por el contrario, la responsabilidad criminal de la persona jurídica se origina en la previa comisión de delitos por determinadas personas físicas dentro del ámbito societario y de acuerdo a ciertas condiciones taxadas legalmente. Así pues, debe hablarse de una “*derivación, traslación, atribución, o contaminación*” de la responsabilidad criminal a la sociedad por la actuación precedente ilícita de alguna persona física.

Esta opción legislativa requiere y parte de una imprescindible previa comisión de una acción típica por una persona física, como referencia de la imputación penal de la persona jurídica. De suerte que esta técnica legislativa fuerza una aproximación diferente a los dos grandes obstáculos dogmáticos tradicionalmente esgrimidos: el primero referido a la falta de capacidad de acción de las sociedades; y, el segundo a su carencia de capacidad de culpabilidad, y con ambos al principio de personalidad de la pena (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ).

En relación al primero, podría decirse que las personas jurídicas son sujetos de Derecho porque el ordenamiento jurídico les atribuye tal estatus. Al respecto no cabe duda alguna, en la medida que se les considera sujetos jurídicos plenamente independientes de las personas físicas, y su voluntad, formada a través de procedimientos legales o estatutarios, es así reconocida y posee plenos efectos jurídicos. Pero esta afirmación no significa que pueda decirse que las personas jurídicas *actúan* o que *cometan el delito* exactamente igual que una persona física. En realidad, conforme al sistema legal español esta pregunta resulta innecesaria, puesto que éste no lo exige en modo alguno en el art. 31 bis CP. El tenor literal del precepto señala que “*serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho*”. Es decir, no precisa que las personas jurídicas *cometan* el delito. Lo que hace es consagrar un sistema de “**atribución**”, ya sea “*vicarial*”, o si se prefiere de “**identificación**”, en el cual, bajo ciertas condiciones, traslada también la responsabilidad penal a la persona moral con fundamento y referencia a la conducta cometida por determinadas personas físicas. De modo que, en este modelo, tendrá que demostrarse -más allá de automatismos y presunciones-, la realización de un delito por las personas naturales especificadas -sin que sea necesaria la individualización de la responsabilidad de cada persona física-, y dos, verificar si se cumplen los criterios de transferencia de la responsabilidad penal a la persona jurídica.

Pero entonces ¿qué repercusiones tiene la discusión acerca de la capacidad de acción de las personas jurídicas? En este marco resulta de interés dejar constancia de alguna de las fructíferas polémicas surgidas al efecto. Por ejemplo la decidida propuesta de CARBONELL MATEU (2009) a favor de reconocer su capacidad para ser sujetos activos de delitos por poseer capacidad de acción, a la que llega desde un desarrollo de la denominada doctrina de la “acción significativa” de VIVES ANTÓN (de la misma opinión

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ). Sin embargo RODRÍGUEZ MOURULLO objeta que *“por esta vía se pierde al final toda percepción de la realidad empírica y se incurre en una concepción ultranormativizada difícil de compartir. Porque la acción no es puro significado, sino un comportamiento humano con un determinado significado”*. Por lo que concluye que esta concepción aboca a un tratamiento igualitario -con mínimos matices- para personas físicas y jurídicas, que prescinde de las diferencias que existen empíricamente entre la persona natural y la persona jurídica. Recientemente ha terciado en la disputa VIVES ANTÓN (2012) al recordar que nunca afirmó que las acciones sean puros significados, ni tampoco el sustrato de un sentido, sino el sentido de un sustrato, *“y por ese camino, ni se pierde ni puede perderse `toda la percepción de la realidad empírica`, sino solo aquella percepción de la realidad empírica que la erige en núcleo definitorio de la acción. La acción se define (mal podría ser de otro modo) por su sentido”*.

Tras este esencial matiz ampliamente expuesto en sus dos ediciones de los *“Fundamentos del sistema penal”*, a continuación desliza probablemente una guía para aproximarse mejor a la cuestión central. Advierte VIVES ANTÓN de la paradoja de operar con un concepto unitario de acción, común a todas las acciones, que de ser posible, habría de reflejar algo que todas ellas poseen en común: un significado genérico de la misma y que debería determinarse antes que responder a la pregunta de cuál es la acción específica que se enjuicia. A lo que añade que *“al no haber nada que todas las acciones tengan en común ni ninguna clase de sentido genérico que todas ellas realicen, la paradoja se esfuma: la respuesta a la pregunta acerca de si algo es o no una acción ha de comenzar determinando de qué acción específica se trata”*.

De aceptarse la precitada argumentación, la pregunta entonces no debería ser si las personas jurídicas tienen capacidad de acción, esto es, una capacidad genérica de actuar de forma penalmente relevante; sino más exactamente, si son capaces de realizar la acción típica específica que se enjuicia en el caso concreto. Y por tanto, en cada tipo delictivo analizado la respuesta puede ser muy diferente, pues distinto será el sentido del sustrato requerido en cada tipo de acción. De suerte que nos encontraremos con conductas que difícilmente podremos afirmar que son realizadas exactamente igual por una persona física y por una persona moral; o incluso siquiera que podamos decir que han sido cometidas por estas últimas. Luego la discusión acerca de si el sustrato psicológico u ontológico únicamente pertenece a la conducta humana individual, debe

plantearse, en todo caso, respecto a cada comportamiento conforme a su descripción típica y no frente a un *prejurídico* concepto general de acción.

Ahora bien, en el modelo adoptado por el Código Penal español en esta reforma de 2010, parece innecesario plantearse el problema de la capacidad de acción de las personas jurídicas, pues ciertamente el precepto no requiere que éstas *cometan* el delito directamente. Porque como ya se ha reiterado, se opta por una técnica de transferencia de la responsabilidad penal, que siempre exige como presupuesto de la responsabilidad penal de la persona moral un hecho delictivo anterior cometido por una de las personas físicas pertenecientes al círculo descrito en la norma (RODRÍGUEZ MOURULLO; DEL ROSAL BLASCO).

Respecto al segundo problema, la superación de las concepciones morales y psicológicas de la culpabilidad, con un progresivo entendimiento en términos normativos, tendente a comprobar la infracción de un deber jurídicamente exigible al sujeto en las circunstancias en que cometió el hecho, son perfectamente aplicables a las personas jurídicas (CARBONELL MATEU; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ). Sin cuestionar lo anterior, nuevamente he de insistir en que no tengo la seguridad que el criterio de traslación legal del art. 31 bis CP llegue a requerir exactamente esta comprobación. Lo que indudablemente sí es imprescindible, es que el régimen legal de atribución de contenido en este precepto, respete los postulados básicos de los **principios de presunción de inocencia y de culpabilidad**, esto es, de personalidad de las penas y de responsabilidad individual (interdicción de la responsabilidad objetiva). Y es aquí, donde a mi juicio, se concentran los problemas del nuevo régimen. Problemas que por otra parte son los que siempre se han venido debatiendo en el seno de los modelos de *transferencia o atribución*, ya sea el *vicarial* o el de *identificación*. Así pues, la novedad de este nuevo modelo obliga a estar atentos para que su aplicación sea conforme con el contenido de los derechos fundamentales, en especial los relativos a legalidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y *ne bis in idem*.

Desde siempre se ha objetado a estos sistemas de transferencia vulneraciones de principios generales del Derecho penal, en particular los vinculados al de culpabilidad, así como serias dificultades aplicativas. El más grave al que se enfrenta el modelo de “responsabilidad vicaria estricta” es la denuncia de infracción del principio de responsabilidad personal, habida cuenta que puede interpretarse como un supuesto de “**responsabilidad por hecho de otro (por hecho ajeno)**”. En esta línea se afirma que,

en virtud del principio de personalidad, para que alguien cometa un delito es necesario que haya realizado la conducta típica. De forma que, aunque en el ámbito del Derecho privado y del Derecho administrativo es posible establecer una clase de responsabilidad vicaria, fundamentada en la capacidad de que la actuación del representante produzca consecuencias jurídicas a la sociedad representada, ello no es admisible en Derecho penal que siempre exige una responsabilidad personal. Así pues, la persona jurídica carece de capacidad de culpabilidad, al menos en el sentido requerido en nuestro Código Penal, consistente en una capacidad de comprensión y autodeterminación que únicamente posee la persona física. De ahí que RODRÍGUEZ MOURULLO concluya que “*el modelo vicarial acogido por el legislador de 2010 se quebranta, por definición, el principio de personalidad, porque la persona jurídica responde por un **hecho ajeno**, por el hecho que realiza la persona jurídica*”.

Por otro lado, el modelo de *identificación* es criticado en consideración a disfunciones aplicativas, porque aunque pueda ajustarse a estructuras empresariales pequeñas, de tamaño reducido y con estructuras jerárquicas lineales, en donde el responsable concentra competencia e información, se resiente fuertemente frente a grandes sociedades en las que su estructura es compleja, con diferenciación funcional y división de tareas, lo que dificulta extraordinariamente la individualización de responsabilidades. Además, no evita la sanción frente a conductas aisladas de personas físicas por más que la compañía haya adoptado toda clase de medidas preventivas (DEL ROSAL BLASCO).

No cabe duda de que el modelo introducido por la reforma de 2010 se corresponde con el denominado de *atribución*, ya sea entendido como de responsabilidad vicaria o como de *identificación*. Y en este sentido, estimo que sea cual sea de los dos, plantean idénticos problemas en relación al principio de culpabilidad, en la medida que en ambos late aparentemente la **responsabilidad por hecho ajeno o por una responsabilidad objetiva**. Esto es así, vuelvo a reiterar, porque el art. 31 bis CP no requiere que las personas jurídicas “*cometan*” el hecho delictivo, sino que se limita a señalar que “*serán responsables*”, bajo ciertos presupuestos y circunstancias, por los hechos realizados por determinadas personas físicas vinculadas a la sociedad. En este sentido, deben rechazarse todas las críticas vertidas enfocadas al modelo de responsabilidad “*directa*” o “*por hecho propio*”.

¿Podría entonces fundamentarse la responsabilidad de la persona moral en presupuestos diferentes a la propia comisión de un delito? ¿Sería constitucionalmente legítimo sancionar penalmente a la persona moral aunque ésta no hubiera cometido un delito, y consecuentemente sin que pudiera decirse que ha actuado típica, antijurídica y culpablemente, conforme a los preceptos del CP que definen la infracción penal?

En este contexto coincido con una reflexión general de QUINTERO OLIVARES, pues no deja de ser una paradoja las críticas que a la vez censuran la responsabilidad penal de las personas jurídicas porque en puridad no es una persona sino una ficción del Derecho; y simultáneamente afirman que en la responsabilidad penal de las personas jurídicas se violentan principios y garantías penales nacidos para las personas naturales. Desde este enfoque la cuestión resulta tan irresoluble como improductiva.

También comparto plenamente la siguiente consideración de la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, que por su claridad transcribo y suscribo: *“En último término, y si bien es cierto que la cuestión no debe resolverse apelando a un positivismo meramente formal -pues se trata de una materia que puede llevar implícitas profundas implicaciones dogmáticas-, la realidad es que, en un Estado Constitucional como el nuestro, el hecho de que el delito sea obra del ser humano, de la persona jurídica o de ambos, no se debe a razones ontológicas ni a la propia naturaleza de las cosas, sino a una decisión de Derecho positivo como principal herramienta, que lo es, de impulso y concreción de una determinada política criminal”* (pág. 9).

En realidad el texto del art. 31 bis CP recuerda bastante a los modelos ya implantados en otros ordenamientos europeos, especialmente el británico y el francés, consistente en un sistema de **heterorresponsabilidad penal de las personas jurídicas**, indirecta, subsiguiente o derivada, que posibilita la sanción a las mismas por los delitos cometidos por las personas físicas especificadas en el precepto. Se dibuja así una construcción equivalente a la clásica de “las actuaciones en nombre de otro” y que se ha venido describiendo como **“responsabilidad del hecho personal por representación”** (Circular 1/2011 de la FGE, pág. 31). Con ello se posibilita una responsabilidad de la persona moral no independiente, pero sí autónoma, susceptible de apreciarse de forma exclusiva o acumulada a la de la persona natural, pero siempre requiriendo la actuación ilícita de alguna de las personas físicas pertenecientes al círculo trazado en la ley.

La reforma de 2010 no ha incorporado un modelo de imputación directa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Porque si hubiera elegido este incierto camino a día de hoy, entonces sí tendría que haber diseñado toda una arquitectura punitiva *ad hoc*. Algo que manifiestamente no ha hecho. Pero tampoco ha variado los criterios generales de imputación del Código Penal, especialmente los contenidos en los arts. 5 y 10, donde se contiene la definición de delito, que permanecen incólumes y referenciados al comportamiento de seres humanos. De modo que todos los mecanismos de imputación objetiva y subjetiva, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, continúan referidos a la persona física. En realidad el legislador ha optado por una vía intermedia, mediante la cual crea una suerte de **vínculo o conexión normativa** entre la conducta delictiva de las personas físicas descritas legalmente y la empresa a la que sirven. La constatación en cada supuesto de la presencia de esa conexión normativa resulta básica, pues constituye el auténtico fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Sin duda se trata de un sistema de **responsabilidad vicaria o de identificación**, pero ello no implica necesariamente que instaure un instrumento de responsabilidad objetiva ni por hecho ajeno. La clave por tanto descansa en la exigencia de aquilatar la concurrencia de los requisitos específicos para poder efectuar la transferencia de responsabilidad, esto es, para poder fundamentarla en criterios constitucionalmente legítimos. Entre estos requisitos, el sustancial debe ser la **“identidad de intereses”** (QUINTERO OLIVARES). Este mecanismo es claro en el primer apartado del art. 31 bis 1º CP, en la medida que la transferencia atiende a la equiparación entre las personas físicas que ostentan poder formal, material y funcional de la corporación. Pero para la atribución de responsabilidad penal a la persona moral no basta con que haya *actuado* un representante legal o un administrador, sino que lo haya hecho “en nombre y provecho” de la misma, y que pueda articularse una relación nítida entre la conducta delictiva realizada y la actividad ordinaria de la empresa. Y lo mismo puede decirse del apartado segundo, al requerir como fundamento de la transferencia de responsabilidad, el no haber ejercido el *“debido control”* por parte de los representantes o administradores sobre los subordinados, dentro del ejercicio de actividades sociales, o sea, ordinarias; y que la actuación haya sido *“por cuenta y en provecho”* de la empresa. Y finalmente, de modo expreso, exige una relación clara entre la comisión del delito y la falta del control debido. Por tanto, de nuevo late la idea de la **“identidad de intereses”**.

Así pues, en este segundo apartado ni se instaura un *sui generis* modelo de responsabilidad directa, ni se identifica con la tenencia o cumplimiento de códigos internos, ni menos aún se corresponde con el viejo axioma civil de la *culpa in vigilando*. Este último resulta especialmente incompatible con el texto legal desde el momento que dibuja una responsabilidad a título de dolo, mientras que aquélla se construye esencialmente desde la categoría de la imprudencia.

En síntesis, opino que los verdaderos problemas de esta regulación no son de naturaleza dogmática, sino constitucional. Los derechos fundamentales a la legalidad y presunción de inocencia pueden verse seriamente infringidos si se continúa aplicando automáticamente una transferencia de responsabilidad, eludiendo acreditar todos y cada uno de los presupuestos exigidos en el art. 31 bis CP, o presumiendo su presencia sin una actividad probatoria suficiente. Esto es, en modo alguno puede interpretarse el precepto como un mecanismo de responsabilidad penal objetiva, sino que en todo caso deberá demostrarse la concurrencia de los requisitos legales de impregnación de la persona jurídica, que son los que permiten fundamentar su responsabilidad penal más allá de la responsabilidad individual de las personas naturales.

Recuérdese que el Tribunal Constitucional español -en la misma línea que otras jurisdicciones constitucionales europeas-, reconoce el ejercicio de determinados derechos fundamentales a las personas morales, pero como un efecto reflejo del que poseen los individuos que las integran (v. gr. STC 139/1995). Y a la vez, configura el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal (STC 150/1991), asociado a la idea de dignidad (por ejemplo STC 59/2008), excluyendo las penas exclusivamente sustentadas en la personalidad del sujeto (*Derecho penal de autor*) o en la mera producción del resultado (responsabilidad objetiva). Ninguna de estas exigencias se encuentra conculcada en el art. 31 bis CP. No obstante, en la medida que reconoce a la persona moral derechos de las personas naturales como un reflejo, habrá que aquilatar el mismo sobre la exigencia de que la responsabilidad penal es personal por los hechos y subjetiva: sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del ilícito penal en el uso de su autonomía personal.

Finalmente, en la medida que el sistema descansa en una atribución de *responsabilidad del hecho personal por representación*, podría verse afectado el derecho fundamental a no ser castigado dos veces por el mismo hecho, en los casos en donde se compruebe una identidad absoluta y sustancial entre el representante o

administrador y la persona moral, y no una mera identidad de intereses. Es decir, en supuestos de total solapamiento entre la voluntad de la persona natural y de la persona jurídica, carentes de auténtica alteridad y diversidad de intereses. Aquí se produciría una confusión de sujetos, y hasta resultaría irrelevante la personalidad jurídica en ciertas figuras delictivas. La opción debería ser castigar únicamente a la persona física.

Bibliografía

- CARBONELL MATEU: “*Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, en “Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del prof. T. S. VIVES ANTÓN” (CARBONELL MATEU/González Cussac/Orts Berenguer coordinadores), Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, Tomo I, pag. 307 y ss.
- CARBONELL MATEU/MORALES PRATS: “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, en “Comentarios a la reforma penal de 2010” (Álvarez García y González Cussac coordinadores), Valencia (Tirant lo Blanch) 2010, pag. 55 y ss.
- DEL ROSAL BLASCO: “*Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa*”, La Ley, n 7670, 11 de julio de 2011.
- FEIJÓ SÁNCHEZ: “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, en “Estudios sobre la reforma del Código Penal” (Díaz-Maroto), Madrid (Civitas) 2001, pag. 65 y ss.
- FOFFANI: “*Bases para una imputación subjetiva de la persona moral: ¿hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?*”, en “Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores” (Boix/Bernardi coordinadores), Madrid (Iustel), 2005
- GÓMEZ-JARA DÍEZ: “*La culpabilidad penal de la empresa*”, Madrid (Marcial) Pons, 2005
- GÓMEZ-JARA DÍEZ: “*Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*”, Montevideo-Buenos Aires (B de F), 2010
- GÓMEZ TOMILLO: “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*”, Valladolid (Lex Nova), 2010
- GUARDIOLA LAGO: “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 CP*”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004
- HEINE: “*Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa*”, en “Modelos de autoresponsabilidad penal empresarial” (Gómez-Jara), Pamplona (Aranzadi), 2006

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: “*Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*”, 3ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch) 2011, pag.519 y ss
- MORALES PRATS: “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, en “Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos”, Estudios de Derecho judicial nº 155, Madrid (CGPJ) 2010.
- NIETO MARTÍN: “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*”, Madrid (Iustel), 2008
- ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC: “*Compendio de Derecho Penal. Parte general*”, Valencia (Tirant lo Blanch), 3ª ed., 2011, pag. 279 y ss.
- QUINTERO OLIVARES: “*La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema adoptado por el Código Penal*”, en Curso de incidencias de la reforma del Código Penal. Cursos de la Fiscalía General del Estado. Texto electrónico, marzo de 2011.
- RAMÓN RIBAS: “*La persona jurídica en el Derecho penal. Responsabilidad civil y criminal*”, Granada (Comares), 2009
- RODRÍGUEZ MOURULLO: “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la perspectiva político-criminal y dogmática*”, Tribuna, nº 5, abril-junio 2011, pag. 7 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ: “*La evolución ideológica de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, en Derecho Penal y Criminología, vol. 29, nº. 86-87, 2008, pag. 130.
- TIEDEMANN: “*Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial*”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010.
- VIVES ANTÓN: “*Fundamentos del sistema penal*”, 2ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011
- VIVES ANTÓN: “*Ley, lenguaje y libertad (sobre determinismo e indeterminismo)*”, en Teoría y Derecho (en prensa), 2012.
- ZUGALDÍA ESPINAR: “*La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*”, Valencia (Tirant lo Blanch) 2008.
- ZUGALDÍA ESPINAR: “*Societas delinquere non potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de Junio)*”, en La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, nº 76, noviembre 2010, pag. 1.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: “*Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*”, Pamplona (Aranzadi), 2009.

CONTRIBUCIÓN AL ESCLARECIMIENTO DE LOS FUNDAMENTOS DE LEGITIMIDAD DE LA PROTECCIÓN PENAL DE BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS POR EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO*

Prof. Dr., Dr. h. c. mult. Luis Gracia Martín

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Zaragoza

Resumen: Frente al carácter perverso y regresivo del discurso de resistencia a la modernización del Derecho penal, que quiere permanecer anclado en el Estado liberal de Derecho, se alza el discurso de modernización, que aspira a realizar en el Derecho penal el postulado del Estado social y democrático de Derecho. Desde esta premisa, única admisible hoy desde postulados éticos, políticos y sociales, no resulta difícil legitimar la protección penal de los bienes jurídicos que tienen un sustrato colectivo, respetando, además, los principios fundamentadores del Derecho penal, de modo que se priva de validez al discurso de resistencia.

Palabras clave: Derecho penal; modernización; Estado de Derecho (liberal); Estado de Derecho (social y democrático); bien jurídico; objeto de protección individual y colectivo; principios del Derecho penal.

Abstract: There is a twisted and regressive body of thought against the modernization of the Criminal Law. Such approach celebrates the permanence of the Liberal State of Law, whereas the modernization movement aims at the achievement of the Criminal Law within the assumption of the Social and Democratic State of Law. From such premise, which seems the only one acceptable ethically, politically and socially speaking, it is easy to legitimate the penal protection of interests with collective substrate, without jeopardizing the fundamentals of the Criminal Law. This is how the validity of the movement against modernization is denied.

Key Words: Criminal Law; modernization; Liberal State of Law; Social and Democratic State of Law; individual and collective interest of protection; fundamentals of the Criminal Law.

1. Que el poder penal en cualquiera de sus manifestaciones está sujeto a límites estrictos cuya inobservancia tiene que hacer ilegítimo su ejercicio, es una afirmación que actualmente tiene la fuerza de lo asertórico, es decir, una validez que no precisa de

* El artículo es un fragmento corregido y revisado de modo no substancial de mi más extenso trabajo publicado en GA Heft 6/2010, pp. 323 ss., y posteriormente en Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE, Estudios de Derecho penal en Memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez, Ed. Ubijus, México, 2011, pp. 141 ss.

demostración alguna y que condiciona asimismo la validez de todo objeto y de todo enunciado de criminalidad. Aquellos límites derivan específicamente al ámbito político-criminal, de la limitación del poder estatal por la “idea del *Estado de Derecho*” que, prescindiendo de los antecedentes, se debe al pensamiento ilustrado de la segunda mitad del siglo XVIII y de principios del XIX, y se desarrolló posteriormente por los iusadministrativistas alemanes¹. A diferencia del poder absoluto del soberano en el Estado absolutista, que le faculta para determinar —e intervenir en— la vida de sus “súbditos” de modo arbitrario y discrecional (*non ratio, sed voluntas facit legem*), el ejercicio de todo poder y actividad del Estado de Derecho se encuentran sujetos al Derecho y limitados por éste (*non voluntas, sed ratio facit legem*)². Estos límites fijados por el Derecho operan como *garantías* para las esferas de libertad de los ciudadanos frente al poder estatal. Uno de los límites más importantes, lo representa el *concepto material de delito* desarrollado a partir de la invención política ilustrada del “objeto” del delito³, y hoy reconocido como garantía fundamental del Estado de Derecho⁴. Este concepto determina las condiciones (materiales) que han de darse necesariamente para que un hecho pueda ser sometido legítimamente a una pena estatal y, de este modo, traza el límite a partir del cual ya no debe ser posible ningún ejercicio legítimo del poder penal⁵. El concepto material de delito vincula principalmente y sobre todo —aunque no sólo— al legislador, pues si la definición *legislativa* de un hecho como punible es la primera —y por exigencias del principio de legalidad, necesaria— secuencia del sometimiento legítimo de un hecho a la pena estatal, entonces tiene que operar por fuerza como baremo de enjuiciamiento de la legitimidad de la *definición* formal de hechos punibles por el legislador⁶. Pese a la inseguridad crónica que se cierne sobre la determinación del concepto material de delito, no parece haber ningún motivo relevante que fuerce a prescindir de los principios liberales ilustrados que limitan el ejercicio del poder penal a la protección subsidiaria y fragmentaria de *bienes jurídicos* frente a

¹ Así GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 1985, pp. 52 s.

² Sobre la inversión de la fórmula decisionista del Estado absoluto, GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado* (n. 1), p. 52.

³ Sobre ello AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum Verlag, Frankfurt, 1972, pp. 20 s.

⁴ Sobre el concepto material de delito como baremo de legitimidad de las leyes penales que debe ser controlable por el Tribunal Constitucional, SCHÜNEMANN, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WHOLERS, *Die Rechtsguttheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 141 y 142 ss. = en HEFENDEHL (ed.) *La teoría del bien jurídico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 207 s. y 209 ss.

⁵ Véase sólo ROXIN AT I, 4ª ed., 2006, p. 13 nm. 1.

⁶ Véase por ejemplo sólo ROXIN AT I, 4ª ed., 2006, p. 13 nm. 1.

lesiones y peligros especialmente graves y como *ultima ratio*. En sentido material, delitos pueden ser sólo conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de un modo grave y frente a las que ya no hay disponible ninguna otra reacción legítima que no sea la pena estatal.

2. El debate del presente sobre la modernización del Derecho penal se desarrolla precisamente en torno a un concepto material de delito como el descrito, el cual, en principio, parece ser compartido en lo esencial tanto por el discurso favorable como por el resistente a la modernización⁷. Estos discursos, sin embargo, se distancian ya en lo que concierne a la determinación de la clase de objetos susceptibles de ser reconocidos como bienes jurídicos protegibles por el Derecho penal. Para algunos representantes del *discurso de resistencia*, muchos de los objetos protegidos por los tipos penales modernos, que son en su mayor parte substratos de carácter colectivo, carecerían de la condición de bienes jurídicos porque no estarían constituidos por ninguna realidad empírica perceptible y susceptible de ser referida a intereses concretos de las personas⁸, sino que serían meras funciones, instituciones, modelos u objetivos de organización política, social o económica⁹, o bien contextos, entornos o condiciones previas del disfrute de los bienes jurídicos individuales¹⁰; en fin, sólo objetos ficticios de tutela¹¹ que sirven de pretexto para una ampliación de la incriminación¹². El discurso de resistencia deduce de su concepción personal del bien jurídico que incluso en el presente sólo debe ser conforme con el Estado de Derecho un Derecho penal “nuclear”

⁷ Así SCHÜNEMANN, para quien la solución del Derecho penal moderno “puede ser desarrollada a partir de la idea jurídico penal fundamental, y no alterada desde la Ilustración, de que el Derecho penal sólo puede y tiene que ser empleado como *ultima ratio* para la prevención de daños sociales”; véase SCHÜNEMANN, en KÜHNE/MIYAZAWA *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, p. 34 = Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 68; además, *el mismo*, en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (eds.), *Mediating Principles*, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 18 ss.

⁸ Así HASSEMER, en PHILIPPS/SCHOLLER, *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Decker&Müller, Heidelberg, 1989, p. 89; Blanca MENDOZA, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 73.

⁹ Véase HASSEMER, en PHILIPPS/SCHOLLER (n. 8), p. 89; Blanca MENDOZA, *El Derecho penal* (n. 8), pp. 72, 73.

¹⁰ Véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 121 ss.

¹¹ Véase, en este sentido, MOCCIA, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997 p. 116: “creación artificiosa de bienes jurídicos”.

¹² Véase HASSEMER, en *Dei delitti e delle pene*, 1984, pp. 112 s.; *el mismo*, *NStZ*, 1989, pp. 353 ss.

constituido por tipos orientados a la protección de un sistema de bienes jurídicos individuales, y aunque algunos de sus representantes consideran admisible una protección penal de ciertos substratos colectivos, la limitan, sin embargo, a aquellos ataques a estos que al mismo tiempo pongan al menos en peligro a los bienes jurídicos individuales a los que aquéllos prestan su función¹³. Por otro lado, según el discurso de resistencia, el Derecho penal moderno habría sustituido el modelo de la lesión y del peligro concreto de bienes jurídicos individuales por otro en que predominaría el *peligro abstracto*, e incluso el presunto¹⁴. Con esto se desviaría de los principios de lesividad, de subsidiariedad y de *ultima ratio*, y daría lugar además a la lesión de otras garantías dependientes de ellos, como las que derivan de los principios de culpabilidad y de proporcionalidad¹⁵. Además, el Derecho penal moderno tendría sólo un carácter *simbólico*¹⁶, pues los únicos fines del legislador con los nuevos tipos penales son producir en la sociedad y en los individuos el efecto meramente aparente —*simbólico*— de que con la criminalización de comportamientos conectados a los nuevos riesgos da la solución eficaz demandada, o el efecto pedagógico o educativo —exclusivamente simbólico— de que la población adquiera conciencia de la necesidad de respetar determinados valores, el estándar o el buen orden de determinados sectores de actividad, etc¹⁷. En fin, estas supuestas amenazas para las garantías del Estado de Derecho¹⁸,

¹³ Así, por ejemplo, HASSEMER, en PHILIPPS/SCHOLLER (n. 8), pp. 90 ss.; *el mismo*, AKStGB I, 1990, previo al 1, nm. 274 ss.; *el mismo*, ZRP 1992, p. 383 = ADPCP 1992, p. 248; *el mismo*, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (n. 4), p. 57 = La teoría del bien jurídico, p. 96; y extensamente STENBERG-LIEBEN, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (n. 4), pp. 67 ss. = La teoría del bien jurídico, pp. 109 ss.

¹⁴ Véase, HASSEMER, en PHILIPPS/SCHOLLER (n. 8), p. 89; *el mismo*, NStZ, 1989, p. 558 = Pena y Estado, nº 1, 1991, pp. 34 s.; *el mismo*, ZRP, 1992, p. 381 = ADPCP, 1992, p. 242; SILVA SÁNCHEZ, La expansión (n. 10), p. 121.

¹⁵ Cfr. implícitamente, KINDHÄUSER, en SCHÜNEMANN/SUÁREZ (eds.), Madrid-Symposium f. Klaus Tiedemann, Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 1994, p. 134, y antes en LÜDERSSEN/NESTLER-TREMEL/E. WEIGEND (eds.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, Peter Lang, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris, 1990, pp. 29 ss.; para los delitos de acumulación, SILVA SÁNCHEZ, La expansión (n. 10), pp. 132 s.; también BLANCA MENDOZA, El Derecho penal (n. 8), p. 80.

¹⁶ Véase HASSEMER, NStZ, 1989, pp. 553, 556 ss. = Pena y Estado, nº 1, 1991, pp. 23 ss., 30 ss.; *el mismo*, ZRP, 1992, p. = ADPCP, 1992, p. 244; *el mismo*, StV, 1995, p. 486; HERZOG, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, R. v. Decker, Heidelberg, 1991, pp. 59 ss., 68 ss.; PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko, Frankfurt a. M. 1993, pp. 255 ss., 365; SÁNCHEZ GARCÍA, El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal, Universidad de Valladolid, 1999, pp. 96 ss.; BLANCA MENDOZA, El Derecho penal (n. 8), pp. 53 ss., 157 s., 160 s.; SILVA SÁNCHEZ, La expansión (n. 10), pp. 50, 51 s.

¹⁷ Véase, por ejemplo, sólo HASSEMER, NStZ, 1989, pp. 556, 558 s. (= Pena y Estado, nº 1, 1991), pp. 30, 34 ss.; HASSEMER, ZRP, 1992, p. (= ADPCP, 1992, p. 240) y HASSEMER/MUÑOZ CONDE, La responsabilidad por el producto en Derecho penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 25.

¹⁸ Véase como significativo PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko (n. 16), pp. 248 ss., donde diagnóstica "el potencial destructivo del Derecho penal (del control global) para el Derecho penal (relativo al Estado de Derecho liberal)".

llevan a proponer un desplazamiento de todos los ilícitos modernos a otros sectores jurídicos. En Alemania, HASSEMER postula reconducirlos a un *Derecho de intervención* con elementos de Derecho civil y de Derecho administrativo¹⁹, y en España SILVA SÁNCHEZ ha propuesto la formación de un *Derecho penal de segunda velocidad*²⁰ que operaría con garantías más flexibles que el Derecho penal tradicional (de la primera velocidad), pero en el cual, a cambio, no tendrían cabida las penas privativas de libertad²¹.

3. El discurso de resistencia propugna así una “retirada” al modelo político-criminal de los siglos XVIII y XIX²². Si la sociedad y el Estado de Derecho actuales aún fueran los *liberales* de aquella época, entonces el modelo penal reivindicado por el discurso de resistencia sería uno plenamente válido en el presente. Pero hoy aquello ya no es más así²³. Los nuevos fenómenos y conflictos provocados por la evolución social no pueden ser afrontados ni resueltos por el Estado liberal, y por otra parte esa evolución ha propiciado además el brote de condiciones con un cierto potencial para una realización efectiva de la libertad, de la igualdad y de la justicia *substanciales* que sólo un nuevo Estado de carácter *social y democrático* está en condiciones de poder llevar a cabo²⁴. Estas nuevas condiciones no sólo tienen que invalidar ya, al menos, a

¹⁹ HASSEMER, ZRP, 1992, p. 383 (= ADPCP, 1992, pp. 248 s.); *el mismo*, StV, 1995, pp. 489 s.; *el mismo*, FS-Bemman, 1997, p. 188; similar NAUCKE, KritV, 1993, pp. 158, 161, y ya antes en NAUCKE, Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, Steiner Verlag, Stuttgart, 1985, p. 35.; STÄCHELIN, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, p. 156.

²⁰ Véase SILVA SÁNCHEZ, La expansión (n. 10), pp. 159 ss.; en esta segunda edición de su libro, incorpora Silva el Derecho penal del enemigo como un Derecho de medidas de seguridad para delincuentes imputables peligrosos, y para referirse al mismo utiliza la metáfora de la "tercera velocidad del Derecho penal"; véase SILVA SÁNCHEZ, *lug. cit.*, pp. 163 ss.

²¹ Véase SILVA SÁNCHEZ, La expansión (n. 10), pp. 159 ss.

²² Véase SCHÜNEMANN, GA, 1995, p. 217 (= ADPCP, 1996, p. 205); crítico SILVA SÁNCHEZ, La expansión (n. 10), p. 149, para quien “la verdadera imagen del Derecho penal del siglo XIX no es, pues, la que por algunos pretende dibujarse en nuestros días”.

²³ En este sentido BUSTOS RAMÍREZ, Control social y sistema penal, PPU, Barcelona, 1987, pp. 186 s.: “un Estado liberal democrático sería incapaz de ofrecer una base (...) para ir más allá de los condicionamientos a la democracia que impone el sistema actual”. No obstante, en la actual sociedad moderna permanecen de facto las condiciones de posibilidad de funcionamiento del discurso y del Derecho penal liberales en sentido estricto, como prueba el actual despliegue de todas sus fuerzas devastadoras en el proceso de la actual globalización económica neoliberal a escala planetaria; al respecto véase sólo GRACIA MARTÍN, en Romeo Casabona (ed.), Biotecnología, desarrollo y justicia, Granada, 2008, pp. 28 ss.

²⁴ Véase sólo GARCÍA PELAYO, Las transformaciones del Estado (n. 1), pp. 19 s. y sobre todo pp. 26 s., quien destaca como condiciones históricas que han hecho posible la atribución de un fin *social* al Estado “de un lado, un reto histórico, una necesidad de resolver problemas agobiantes irresolubles dentro de la estructura del Estado liberal y de la sociedad del *Hochkapitalismus* y, de otro, las posibilidades ofrecidas por el desarrollo cultural y tecnológico de la época industrial” (p. 19).

ciertos enunciados liberales perversos enquistados en el discurso de criminalidad, sino también permitir integrar en éste a otros que apuntan a la realización efectiva de aquéllos valores, pues éste es el fin del nuevo Estado, cuyo carácter *social* y *democrático* lo hace sin la menor duda *más* Estado de Derecho que el liberal porque, a diferencia de éste, lo es en sentido *material* y no sólo formal²⁵. Y puesto que el Derecho penal tiene que seguir el camino trazado por la evolución de la sociedad y del Estado²⁶, el discurso de resistencia ya no puede pretender hoy validez alguna porque, como ha dicho GARCÍA-PABLOS, su cobertura ideológica “no se aviene a los postulados del Estado *social* de Derecho” y lo hace “perverso y regresivo”²⁷.

4. Contra lo que afirma el discurso de resistencia, el de modernización sólo plantea una adecuación del Derecho penal a las nuevas realidades sociales y al Estado social, pero con esta adecuación no se desvía para nada ni flexibiliza lo más mínimo los principios y garantías del Estado de Derecho²⁸, sino que más bien y como precisa BUSTOS, los profundiza para realizarlos en toda su plenitud²⁹. El Derecho penal moderno es, además, un claro exponente de realización plena de los principios de exclusiva

²⁵ En este sentido véase, por ejemplo, BÖCKENFÖRDE, en FS-Arndt, Frankfurt a. M., 1969, pp. 66 ss., 72; HESSE, en FORSTHOFF (ed.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Wissenschaftliches Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968, pp. 560 ss. 562; MERKL, en FS-Kelsen, Deuticke, Wien, 1971, p. 126; HARTWICH, Sozialstaatspostulat und gesellschaftliche *status quo*, Westdeutsche Verlag, Opladen, Köln, 1970, pp. 344 ss.; STERN, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, t. 1, 2ª ed., 1984, p. 781; BENDA, en Manual, 2ª ed. (n. 126), p. 490 nm. 7, y p. 526 nm. 91 s.; LUCAS VERDU, Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho, Acta Salmanticensia, Salamanca, 1955, p. 70; ELÍAS DÍAZ, Estado de Derecho (n. 126), pp. 33, 83 ss.; y GARCÍA PELAYO, Las transformaciones del Estado (n. 1), pp. 16 s., 51 ss.

²⁶ Véase CEREZO MIR, PG I, 6ª ed., 2004, pp. 17 ss., donde explica con gran detalle y numerosos ejemplos cómo la determinación y selección de bienes jurídicos y del alcance de su protección penal, dependen históricamente de las concepciones ético-sociales, jurídicas y políticas dominantes en la sociedad en cada época. Véase también la amplia exposición de WÜRTEMBERGER, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 2ª ed., Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1959, pp. 67 ss., y ya antes *el mismo*, Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung seit 1532, reimpresión de la edición de Breslau (1933) de Scientia Verlag, Aalen, 1973, pp. 1 ss., y asimismo OEHLER, Wurzel, Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung, Walter de Gruyter, Berlin, 1950, *passim*.

²⁷ Véase GARCÍA-PABLOS, Introducción al Derecho penal, 4ª ed., Ed. Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 224 y 225, y en sentido parecido BUSTOS RAMÍREZ, Control social (n. 23), p. 186.

²⁸ Véase GRACIA MARTÍN, LH-Cerezo, 2002, p. 393; *el mismo*, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 190 y 208; *el mismo*, Modernización del Derecho penal y Derecho penal del enemigo, Ed. Idemsa, Lima, 2007, pp. 124 s.; *el mismo*, LH-Vives Antón, 2009, p. 896 ss.; en el mismo sentido que en el texto, véase GARCÍA-PABLOS, Introducción al Derecho penal (n. 27), p. 225. SCHÜNEMANN, en KÜHNE/MIYAZAWA (n. 7), pp. 16 ss., 19 ss. = Temas actuales, pp. 50 ss., 19 ss.; TERRADILLOS, RFDUCM, nº 63, 1981, pp. 140 s.

²⁹ Véase BUSTOS RAMÍREZ, Control social (n. 23), pp. 18 s., donde advierte que de lo que se trata es “de elaborar el máximo de garantías posibles” y de “la construcción de un Derecho penal *materialmente* garantista”.

protección de bienes jurídicos, de subsidiariedad y de *ultima ratio*³⁰. Y es que, contra lo que pretende el discurso de resistencia, como ha afirmado BUSTOS, con el reconocimiento de bienes jurídicos colectivos no sólo no se abandona el concepto de bien jurídico sino que, por el contrario, se sobrepasan sus límites formales y se llega a una concepción material de él, y puesto que aquéllos bienes son condiciones de posibilidad de la realización de la libertad y de la igualdad substanciales, su protección penal es una exigencia indeclinable para un Estado que tiene que garantizar aquella realización³¹. La modernización se considera entre sus defensores una exigencia ética y política del presente precisamente como condición de posibilidad de la realización *efectiva* de las garantías del Estado de Derecho (social y democrático)³². Por ello, el discurso de resistencia es contrario al Estado de Derecho, y no el de modernización, que es conforme con él en todo, tal y como se tiene que poder demostrar con la elaboración de un concepto material de delito que, conforme a las exigencias ético-políticas y de justicia material del Estado social, alcance a la dañosidad social de ciertas agresiones y lesiones de bienes colectivos que tienen que percibirse hoy como elementales, y algunos incluso como de rango superior a otros individuales, como tendría que parecer obvio respecto del ambiente y los recursos naturales en comparación con la propiedad privada. Por ello, una tarea fundamental del discurso de modernización es la de profundizar el principio de protección de bienes jurídicos y desarrollar de ese modo los argumentos que permitan legitimar la protección de los nuevos bienes jurídicos colectivos bajo determinadas condiciones.

³⁰ véase SCHÜNEMANN, en KÜHNE/MIYAZAWA (n. 7), pp. 34 s. = Temas actuales, p. 68, *el mismo*, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (n. 4), pp. 141 s. y 142 s = La teoría del bien jurídico, pp. 207 s. y 209 s.; *el mismo*, en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (n. 7), pp. 21 ss.; y en el mismo sentido GRACIA MARTÍN, LH-Vives Antón, 2009, pp. 896 ss.

³¹ Véase BUSTOS RAMÍREZ, Control social (n. 23), p. 190; y en el mismo sentido, GRACIA MARTÍN, LH-Vives Antón, 2009, pp. 905 ss.; PORTILLA CONTRERAS, CPC nº 39, 1989, pp. 740 y 745 ss.; TERRADILLOS BASOCO, RFDUCM nº 63, 1981, pp. 125 ss.; CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 193 s.; SOTO NAVARRO, La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, Ed. Comares, Granada, 2003, pp. 233 y 244; GARCÍA-PABLOS, Introducción (n. 27), pp. 224 s.; en la doctrina alemana, SCHÜNEMANN, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (n. 4), pp. 137 s. y 141 = La teoría del bien jurídico, pp. 203 y 208 y HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 2002, pp. 76 ss. y 116 ss.

³² Así ya BUSTOS RAMÍREZ, Control social (n. 23), pp. 186 ss. y 196 ss. (en relación con la fundamentación de los bienes jurídicos colectivos); GRACIA MARTÍN, LH-Cerezo, 2002, p. 393; *el mismo*, Prolegómenos (n. 28), pp. 189 ss., 199 s., 208 ss.; *el mismo*, LH-Vives Antón, 2009, pp. 896 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, LH-Cerezo, 2002, pp. 430 s.; GARCÍA-PABLOS, Introducción (n. 27), p. 225; y en la doctrina alemana claramente SCHÜNEMANN, en KÜHNE/MIYAZAWA (n. 7), p. 21 = Temas actuales, p. 55, donde aclara que con la modernización no se trata de retroceder a Proudhon y Karl Marx”, sino más bien de satisfacer las exigencias de “la *igualdad* y, con ello, de la *justicia*”.

5. En sentido *formal*, bien jurídico es “todo bien, situación o relación deseados y protegidos por el Derecho”³³. En sentido *material*, sin embargo, no parece posible aprehenderlo en la forma de un “concepto” clasificatorio³⁴, sino sólo como un “tipo” o *directriz normativa*³⁵. ALCÁCER GUIRAO advierte con razón que “más importante que el mero concepto de bien jurídico es el *programa* ético-político del que deban emanar los fundamentos, y los argumentos, de lo que se considera valioso”³⁶. El bien jurídico no es ni un objeto de la realidad en cuanto tal³⁷ ni un valor ideal³⁸, sino una “composición” o síntesis entre un *substrato de la realidad* (objeto de valoración) y una determinada valoración de éste (valoración del objeto)³⁹. El *substrato* es siempre una realidad con consistencia física o incorporal⁴⁰, la *valoración* tiene que derivarse de las “directrices axiológicas” del programa ético-político fijado⁴¹, y la relación entre el uno y la otra es de interdependencia, pues un substrato real sólo puede obtener el valor de bien jurídico

³³ Así WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 4 s.; CEREZO MIR PG I, 6ª ed., 2004, p. 14, quien no obstante atribuye carácter “material” a tal descripción (nota 6 de p. 14) y GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de Dogmática penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2006, p. 215.

³⁴ Así con razón STRATENWERTH, *FS-Lenckner*, 1998, pp. 388 ss. y STRATENWERTH/KUHLEN AT I, 5ª ed., 2004, p. 29 nm. 7; SCHÜNEMANN, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (n. 4), pp. 135 ss. = *La teoría del bien jurídico*, pp. 200 ss.; también ROXIN AT I, 3ª ed., 1997, pp. 29 s. nm. 48, y AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 3, p. 14, y además § 2 nm. 120, p. 53; PORTILLA CONTRERAS, *CPC n° 39*, 1989, pp. 726 y 735; ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* Ed. Atelier, Barcelona, 2003, pp. 77 s.

³⁵ Como recientemente ha puesto de relieve SCHÜNEMANN, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (n. 4), p. 137 = *La teoría del bien jurídico*, pp. 202 s., con amplias referencias al método en nota 20. En sentido similar ROXIN AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 12, p. 18 y ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* (n. 34), pp. 77 s. También FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 5ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2001, p. 471.

³⁶ Véase ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* (n. 34), p. 71, con cita de *Papageorgiu*; también PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC n° 11*, 2003, pp. 95 ss. y especialmente pp. 107 ss., y TERRADILLOS BASOCO, *RFDUCM, n° 63*, 1981, p. 136.

³⁷ Véase, por ejemplo, MIR PUIG, *PG*, 8ª ed., 2008, p. 162 nm. 40.

³⁸ Véase, por ejemplo, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 31), pp. 28 ss. con numerosas referencias; AMELUNG, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (n. 4), pp. 173 s.; ahora también ROXIN AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 66 y 67, p. 34; TERRADILLOS BASOCO, *RFDUCM, n° 63*, 1981, pp. 126 y 132 s.; SOTO NAVARRO, *La protección penal* (n. 31), pp. 284 ss.

³⁹ Así AMELUNG, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (n. 4), pp. 155 ss., 164 ss.; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 31), pp. 31 ss.; MIR PUIG, *PG*, 8ª ed., 2008, pp. 162 s.; Díez RIPOLLÉS, en su *Política criminal y Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 35; ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* (n. 34), pp. 72 s.; SOTO NAVARRO, *La protección penal* (n. 31), pp. 290 ss.

⁴⁰ Este componente material es lo que permite comprobar empíricamente la existencia de un *daño* o de un peligro; véase ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* (n. 34), pp. 72 s. y en sentido similar Díez RIPOLLÉS, *JD*, n° 30, noviembre de 1997, pp. 17 s. Sobre la relación entre bien jurídico y substrato, véase SCHULENBURG, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (n. 4), pp. 247 ss., 250 ss. Sobre el *substrato* de los bienes jurídicos, véase CEREZO (PG I, 6ª ed., 2004, p. 14).

⁴¹ Véase ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* (n. 34), pp. 71 s. Como dice AMELUNG (en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (n. 4), p. 155 = *La teoría del bien jurídico*, p. 228), en el juicio de valor se analiza la relación del bien jurídico con la política, y en el objeto de la valoración, lo que se denomina “objeto” de la protección jurídico-penal; véase también en esta línea BUSTOS RAMÍREZ, *Control social* (n. 23), p. 28 y TERRADILLOS BASOCO, *RFDUCM, n° 63*, 1981, pp. 136 ss., 141 ss.

en virtud de su potencial de realización de los fines y objetivos del programa ético-político. Los substratos de los bienes jurídicos son así instrumentos que proporcionan “posibilidades de acción” para el logro de fines y de metas mediante su “potencial de realización” de estos⁴². Por esto, los bienes jurídicos tienen que comprenderse y explicarse como instrumentos *dinámicos y funcionales*⁴³, pues si como advirtió WELZEL, “*toda vida social consiste en el uso y consumo de bienes jurídicos*”, entonces su existencia sólo puede comprenderse como un “*estar en función*”⁴⁴. La necesidad de reconocer bienes jurídicos es consecuencia de la *escasez* de los substratos con potencial de realización, y de que estos son susceptibles de usos sólo *alternativos* y, en la mayor parte de los casos, *excluyentes*⁴⁵. Si fueran abundantes y susceptibles de uso y consumo ilimitados para cualquiera, entonces no sería necesaria ninguna distribución *normativa* de ellos *conforme a fines* ni, por eso, su reconocimiento como objetos dignos y necesitados de protección por el Derecho. Y puesto que la dinámica de los usos y consumos funcionales de bienes jurídicos produce siempre en el contexto social determinados *efectos* que generalmente tienen que ser soportados por los mismos bienes jurídicos utilizados o por otros distintos⁴⁶, de aquí tiene que resultar que, una vez que ya se ha reconocido a determinados substratos reales como bienes jurídicos, tenga que resolverse otra cuestión ulterior cuyo objeto es la decisión *política* acerca de qué usos y consumos de aquéllos tienen que permitirse y cuáles prohibirse. La necesidad de esta decisión resulta de la *escasez* de los substratos de los bienes jurídicos, que fuerza a no poder reconocer una libertad *ilimitada* de uso y consumo de ellos que imposibilitaría

⁴² Sobre los bienes jurídicos como “potenciales de realización”, HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter (n. 31), pp. 80 ss., y sobre los bienes jurídicos como instrumentos que proporcionan “posibilidades de acción”, AMELUNG, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (n. 4), pp. 166 ss. = La teoría del bien jurídico, pp. 242 ss.

⁴³ Véase especialmente RUDOLPHI, FS-Honig, 1970, pp. 162 ss.; HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter (n. 31), pp. 80 ss., con referencias; TERRADILLOS BASOCO, RFDUCM, nº 63, 1981, p. 139; MAYO CALDERÓN, La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta, Ed. Comares, Granada, 2005, p.77. Véanse definiciones expresamente funcionales de bien jurídico (unidades socialmente funcionales, objetos que posibilitan la autorrealización personal, el desarrollo del individuo en el sistema social o la participación en los sistemas sociales, etc.) en STRATENWERTH, FS-Lenckner, 1998, p. 378.

⁴⁴ WELZEL, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, de Gruyter, Berlin/New York, 1975, p. 140 y Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., 1969, p. 5; CEREZO MIR PG I, 6ª ed., p. 15; GRACIA MARTÍN, Fundamentos de Dogmática penal (n. 33), pp. 215 ss.

⁴⁵ Esta comprensión de los bienes jurídicos la expuse por primera vez en mi “Proyecto docente y de investigación en Derecho penal”, escrito inédito de 1990, ahora publicado como Fundamentos de Dogmática penal (n. 33), pp. 216 ss. También han relacionado a los bienes jurídicos con la escasez TERRADILLOS BASOCO, RFDUCM, nº 63, 1981, p. 131, y JAKOBS, Sociedad. Norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, p. 45.

⁴⁶ En este sentido WELZEL, Abhandlungen (44), p. 140: están en función *para “producir y soportar efectos en su contexto social”*.

toda realización de los fines y objetivos del programa ético-político porque de ese modo se retornaría a un estado de naturaleza con un “derecho” absoluto de todos a todo y, con ello, de guerra de todos contra todos⁴⁷. Por esto, aquella libertad tiene que encontrar un límite infranqueable allí donde el uso y consumo de bienes jurídicos por el individuo tiene como efecto una privación o restricción relevante de las posibilidades de uso y consumo legítimos de ellos por terceros. Puesto que la idea del bien jurídico remite en última instancia a su instrumentalidad para el legítimo autodesarrollo y autorrealización personales y para la satisfacción de necesidades e intereses legítimos⁴⁸, de aquí tiene que resultar como algo obvio que, ante todo, las propiedades existenciales y vitales del individuo con potencial de realización de aquéllo tienen que ser reconocidas como bienes jurídicos⁴⁹, pero *también* que la libertad de uso y consumo de estos bienes individuales tiene que encontrar su límite en la salvaguarda de unas mismas posibilidades de uso y consumo legítimos para terceros. Por esto, ya la protección de *bienes jurídicos individuales* impone una restricción normativa conforme a fines de las posibilidades de acción que proporcionan sus substratos. Ahora bien, de esta dinámica del actuar en la vida social mediante usos y consumos de bienes jurídicos que producen efectos que en la realidad social fáctica recaen también en bienes jurídicos que tienen que soportarlos, de ahí tiene que resultar ahora que el conjunto de estos reconocido y disponible en una sociedad y época determinadas no pueda comprenderse como una masa atomizada, sino como la “suma” *configuradora* del “orden social” de la época⁵⁰ que forma con todos ellos un “sistema” en que ninguno de ellos debe ser contemplado aisladamente, sino sólo en sus conexiones e interacciones funcionales con los demás y con la *totalidad* del sistema⁵¹. Esto se explica en razón de que en los diferentes

⁴⁷ Véase HOBBS, *El ciudadano*, edición bilingüe de JOAQUÍN RODRÍGUEZ FEO, Ed. Debate-CSIC, Madrid, 1993, Capítulo I, pp. 17 ss.: “en el estado de naturaleza a todos les es lícito tener y hacer cualquier cosa” (p. 19), y *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, versión, prólogo y notas de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1999, Capítulo 13, p. 110 y Capítulo 14, p. 120, y sobre la limitación de la libertad, *Leviatán*, Capítulo 26, p. 233, y también Capítulo 21, p. 189, y BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Capítulo 1: los hombres “sacrificaron por eso una parte de ella (sic.: de su libertad) para gozar la restante en segura tranquilidad”.

⁴⁸ Véase sólo TERRADILLOS, RFDUCM, nº 63, 1981, pp. 136 ss.

⁴⁹ A estos bienes individuales BIRNBAUM (*AdC-Neue Folge*, 1834, p. 174) los denominó “innatos”, y son tan elementales que—así WÜRTEMBERGER (*Die geistige Situation* (n. 26) p. 69)—constituyen un “núcleo casi inalterado” de todo orden legal de bienes jurídicos.

⁵⁰ Así WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 4 s.; HELLMUTH MAYER AT, 1967, p. 52; WÜRTEMBERGER, *Das System der Rechtsgüterordnung* (n. 26), pp. 1 ss., y más ampliamente *el mismo*, *Die geistige Situation* (n. 85), pp. 67 ss.; CEREZO MIR PG I, 6ª ed., 2004, p. 14; GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de Dogmática penal* (n. 33), pp. 215 ss.

⁵¹ Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 4 s.; BUSTOS RAMÍREZ, *Control social* (n. 23), pp. 166 ss. WÜRTEMBERGER, *Die geistige Situation* (n. 26), pp. 67-87 *passim*, hace de la autonomía de la persona, entendida desde el prisma de la teoría del Derecho natural existencial y teniendo

contextos de la vida social se establecen entre los diferentes bienes jurídicos relaciones de intercambio y de prestación de utilidades de unos a otros para hacer posible la realización de los fines y objetivos del programa ético-político⁵² y que influyen en la jerarquización, al menos, abstracta de los bienes⁵³.

6. La teoría del bien jurídico que acabo de exponer en sus rasgos generales, permite fundamentar y explicar prácticamente como “evidencias” tanto el carácter de bienes jurídicos de las propiedades existenciales y vitales esenciales del individuo⁵⁴, como la prohibición y amenaza bajo pena de algunos usos y consumos de ellas dirigidos voluntaria o, en su caso, imprudentemente a la lesión de esos mismos bienes jurídicos⁵⁵, pero también debe poder permitir sin necesidad de la mínima modificación⁵⁶ la fundamentación y explicación como bienes jurídicos de los substratos colectivos protegidos por los tipos penales modernos, pues si así no fuera, entonces habría que dar

en cuenta las aportaciones de la Antropología filosófica, el criterio rector del reconocimiento de bienes jurídicos y de su ordenación (p. 71), e inspira la teoría personal del bien jurídico que constituye el eje del discurso de resistencia de la Escuela de Frankfurt; sobre esto SCHÜNEMANN (GA 1995, pp. 205 y 208 = ADPCP 1996, pp. 192 y 194 s.). A partir de la concepción dinámica y funcional de WELZEL, formulé bases para la economía de un “sistema” de los bienes jurídicos en mi “Proyecto docente y de investigación en Derecho penal”, escrito inédito de 1990 y ahora publicado como Fundamentos de Dogmática penal (n. 33), pp. 215 ss. 224 ss. y 227 s., que luego han desarrollado y enriquecido mis discípulas M^a ÁNGELES RUEDA, La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, pp. 247 ss. y BELÉN MAYO, La tutela (n. 40), pp. 76 ss., ésta última precisamente en el ámbito de las relaciones sistemáticas funcionales entre bienes jurídicos colectivos e individuales.

⁵² Sobre las interrelaciones funcionales entre los diferentes bienes jurídicos del sistema, como referentes para la determinación de ámbitos de “adecuación social”, véase GRACIA MARTÍN, El horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 77 ss.; *el mismo*, FS-Tiedemann, 2008, pp. 216 ss., y ya antes en mi “Proyecto docente” de 1990, ahora Fundamentos de Dogmática penal (n. 33), pp. 222 ss.

⁵³ En este sentido, con respecto a los substratos de los bienes jurídicos económicos, PAREDES CASTAÑÓN, RDPC nº 11, 2003, pp. 113 ss., y también HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter (n. 31), pp. 120 s. y 220 s. y *el mismo*, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (n. 4), p. 125 = en La teoría del bien jurídico, pp. 187 s., quien apela a la “ley de la fuerza de los valores” de NIKOLAI HARTMANN (Ethik, 4^a ed., 1962, p. 602). Sobre la jerarquización de los bienes jurídicos en general véase WÜRTEMBERGER, Die geistige Situation (n. 26), pp. 68 s.

⁵⁴ Sobre ello ha llamado la atención implícitamente HIRSCH, en Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2001, p. 381; véase también CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro (n. 31), pp. 219 ss. y SOTO NAVARRO, La protección penal (n. 31), p. 277.

⁵⁵ Como muestra, véase ROXIN AT I, 4^a ed., 2006, § 2 nm. 9, p. 17: “El homicidio y las lesiones corporales, el hurto y la estafa tienen que ser penados, porque una convivencia humana pacífica sería imposible si tales hechos no fueran prohibidos como criminales”.

⁵⁶ Por este motivo, me parece inapropiada la contraposición que se hace por una amplia doctrina entre una concepción del bien jurídico “monista” (sólo son protegibles penalmente los bienes jurídicos individuales) y otra “dualista” (son protegibles bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos), pues esta última podría inducir al equívoco de que serían distintos los elementos y los criterios de legitimación de una y de otra clase de bienes jurídicos, lo cual, a mi juicio y como expondré en el texto, tiene que ser rechazado de plano; sobre aquella contraposición, véase, por ejemplo, ampliamente HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter (n. 31), pp. 61-83.

la razón en todo al discurso de resistencia a la modernización del Derecho penal. Lo que la teoría del bien jurídico no puede hacer es mostrar como una “evidencia” el carácter de bien jurídico de los substratos colectivos, pero esto no significa que no pueda fundamentarlo y explicarlo, sino sólo que para esto es necesario un desarrollo argumentativo más amplio y complejo que la teoría personal del bien jurídico no parece dispuesta a hacer porque parece no tener en cuenta que de la evidencia de que todo bien jurídico tenga que estar referido en última instancia a la persona⁵⁷, no resulta sin embargo “ningún principio del que se pueda deducir *more geométrico* cuándo un tipo penal o cuándo un bien jurídico que sirve de base a éste es o no es legítimo”⁵⁸. Además, como sostiene BUSTOS RAMÍREZ, el concepto de bien jurídico ni viene dado por la naturaleza de las cosas, ni es una revelación metafísica al legislador no susceptible de discusión⁵⁹. Por el contrario, *todo* bien jurídico surge *en* la dinámica del funcionamiento de un sistema social determinado con respecto a la conflictividad de intereses y necesidades contrapuestos y, por ello, son producto de decisiones *políticas* dentro del sistema cuyo contenido “dependerá del grado de democratización de la instancia política de poder y de sus fallos estructurales”⁶⁰. Conforme a la concepción crítica de BUSTOS⁶¹, el significado y la legitimidad de lo que se protege no surge del bien jurídico mismo, sino más bien de los *presupuestos* de éste, es decir, de los *substratos* de la realidad social en torno a los que se configuran “relaciones sociales determinadas” —históricamente condicionadas y, por ello mismo, cambiantes— “en que los individuos se encuentran en determinadas posiciones, intermedian con objetos y entes, e interaccionan socialmente produciendo consecuencias entre ellos y respecto del conjunto de relaciones sociales, es decir, de la totalidad del orden social”, y por ello, los bienes jurídicos son síntesis normativas determinadas de las correspondientes relaciones sociales concretas y dialécticas subyacentes⁶². Por esto, ninguna época puede tomar al sistema de bienes jurídicos

⁵⁷ Véase ARTHUR KAUFMANN, en *Rechtstheorie*, 1986, pp. 268 ss., 275; le sigue HASSEMER, en PHILIPPS/SCHOLLER (n. 8), p. 86.

⁵⁸ Así HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 31), p. 65. Además, como dice con razón HEFENDEHL (loc. cit., p. 80), la construcción de los bienes jurídicos colectivos requiere de una mayor complejidad que no puede ajustarse al canon de los individuales.

⁵⁹ Véase BUSTOS RAMÍREZ, *Control social* (n. 23), p. 27, donde rechaza “dar por sentada la inmutabilidad y eternidad de los objetos de protección del Derecho penal” (p. 28).

⁶⁰ Así BUSTOS RAMÍREZ, *Control social* (n. 23), p. 28.

⁶¹ A la doctrina crítica de BUSTOS, y a su descripción del bien jurídico, me adherí expresamente ya en mi inédito “Proyecto docente y de investigación en Derecho penal”, escrito inédito de 1990, y publicado como *Fundamentos de Dogmática penal* (n. 33), pp. 224 ss., y posteriormente la ha asumido también mi discípula BELÉN MAYO CALDERÓN, *La tutela* (n. 43), pp. 72 ss.

⁶² Sobre esto, BUSTOS RAMÍREZ, *Control social* (n. 23), pp. 166 ss.; *el mismo*, PG, 3ª ed., pp. 54 s.; y extensamente, con profundo desarrollo de los detalles, HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y*

válido en la anterior como uno cerrado y válido también para ella, sino como uno abierto a la reconfiguración y a la reordenación que demanden la realidad social y el horizonte del programa ético-político de su tiempo⁶³. Ahora bien, si esto es así, entonces el desarrollo cultural y tecnológico, las transformaciones materiales de las relaciones sociales en la sociedad moderna como consecuencia de su dialéctica histórica, y los fines sociales y de democratización materiales atribuidos al Estado social —que en absoluto podría realizar el liberal⁶⁴— tienen que proporcionar argumentos suficientemente válidos para el reconocimiento de la cualidad de bienes jurídicos a determinados substratos *colectivos* de la realidad social del presente⁶⁵.

7. Puesto que lo que se pretende ante todo con el Derecho penal moderno es “añadir” al sistema de tipos penales para bienes jurídicos individuales un “nuevo” sistema orientado a la protección de objetos de distinta naturaleza, el discurso de modernización tiene que desplazar la teoría del bien jurídico a un “campo de la experiencia” distinto del acotado por los enunciados relativos a los bienes individuales, pues de lo que se trata es de encontrar y definir a “otros” substratos distintos que puedan ser también objetos de los enunciados de la teoría del bien jurídico⁶⁶. Por consiguiente, hay que salir del campo de las indiscutidas limitaciones de la libertad de acción para salvaguarda inmediata de bienes jurídicos individuales concretos en situaciones concretas (homicidio, lesiones, estafa, etc. dolosos o, en su caso, imprudentes), y entrar en otro distinto en que lo que se contempla son acciones de uso y consumo de tales bienes —especialmente de la libertad y de la propiedad privada— que *no* están dirigidas a lesionar ningún otro *de la misma clase* y que, por eso, parecen tener que estar permitidas. Sin embargo, el que tales usos y consumos no estén en principio prohibidos,

Estado social y democrático de Derecho, PPU, Barcelona, 1991, pp. 142 ss. Véase también BUSTOS/HORMAZÁBAL, Lecciones de Derecho penal. Parte General, Ed. Trotta, Madrid, 2006, pp. 72 ss., con importantes aclaraciones respecto de la formulación original del bien jurídico como “síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica”.

⁶³ Así lo reconoce expresamente WÜRTEMBERGER, Die geistige Situation (n. 26), pp. 68 s., remitiendo a su estudio sobre las transformaciones históricas del sistema alemán de bienes jurídicos; véase WÜRTEMBERGER, Das System der Rechtsgüterordnung (n. 26), pp. 1 ss. HIRSCH advierte frente a HASSEMER que precisamente el catálogo de bienes jurídicos colectivos tiene que ser uno abierto; véase HIRSCH, en Modernas tendencias (n. 54), p. 375 con más referencias.

⁶⁴ Véase en este sentido GARCÍA PELAYO, Las transformaciones del Estado (n. 63), p. 19.

⁶⁵ Además, como dice HEFENDEHL (en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (n. 4), p. 121 = La teoría del bien jurídico, p. 182), la tesis de que *todos* los bienes jurídicos colectivos serían ilegítimos no precisa de un análisis detenido, pues ni siquiera se sostiene coherentemente.

⁶⁶ Matizo y aclaro así lo expresado por mí al respecto en GRACIA MARTÍN, Prolegómenos (n. 28), pp. 164 ss.

no elimina el fenómeno real de que con ellos se habrá producido el efecto pretendido en primera instancia y probablemente también algunos otros que habrán afectado en mayor o menor medida a algún o a algunos otros bienes individuales de terceros. La cuestión, pues, que ahora se plantea es una relativa al significado de estos efectos en la realidad social, y más concretamente a si materialmente son “socialmente dañosos” a pesar de la permisión de las acciones que los han producido y, por consiguiente, a si éstas deberían prohibirse. Una respuesta válida a esta pregunta sólo puede darla la aplicación de la teoría del bien jurídico a la realidad social *concreta* que suscita la pregunta y demanda la respuesta, la cual sólo puede comprenderse como una en que de hecho solamente ciertos grupos de individuos gozan de un modo abundante de los potenciales de realización que ofrecen los bienes jurídicos individuales, mientras que la gran mayoría sólo puede disponer de ellos de modo escaso. Esto explica que más allá de los límites trazados a la libertad de acción para salvaguarda de bienes jurídicos individuales de terceros frente a ataques directos, la libertad de unos es una de hecho ilimitada y la de los otros una escasa o prácticamente nula⁶⁷. Ahora bien, si el programa ético-político aspira a garantizar posibilidades de autorrealización a todos por “igual”⁶⁸, pero esto sólo se puede lograr si *todos* disponen de hecho de unas mismas posibilidades de uso y consumo de los bienes jurídicos individuales, de aquí tiene que resultar *eo ipso* que la realidad social concreta se encuentra en un estado de “daño social permanente”, y también que aquella libertad de acción prácticamente ilimitada de quienes de hecho gozan abundantemente de aquellos bienes tiene que ser limitada aún *más allá* de lo que exige la mera salvaguarda de bienes individuales frente a lesiones directas y peligros concretos, pues la causa de aquel daño social no pueden ser nada más que ciertas acciones típicas de aquella libertad de hecho superabundante e ilimitada. Ahora bien, como el *Estado de Derecho* puede limitar la libertad de acción sólo para la protección de *bienes jurídicos*, y por ningún otro motivo, una prohibición de tales acciones —y, en su caso, bajo amenaza de pena— sólo podrá ser legítima bajo la condición de que aquel

⁶⁷ Pues como observa GARCÍA PELAYO (Las transformaciones del Estado (n. 1), pp. 40 ss.): “se hablaba, en verdad, de la *comunidad nacional*, pero lo cierto era que si bien las clases bajas participaban en los aspectos más extensos y penosos de las cargas de la defensa militar y de la producción económica, en cambio, no participaban en los beneficios más que en una parte despreciable y —hablando en términos típico-ideales— tan sólo en la medida necesaria para mantenerse y reproducirse, ... el *cuarto estado* parece estar de hecho fuera de la nación” (p. 41).

⁶⁸ BECCARIA, De los delitos y de las penas, Introducción: “La felicidad mayor dividida entre el mayor número debiera ser el punto a cuyo centro se dirigiesen las acciones de la muchedumbre”. Con este término, BECCARIA no quiere distinguir a una parte de la sociedad, sino que se refiere a la totalidad de los ciudadanos —a quienes a veces denomina “súbditos”— en oposición al Estado (“soberano”).

daño social que es consecuencia de ellas sea uno concretado en la lesión o, al menos, en el peligro de *bienes jurídicos*. Con un ejemplo: ciertos *usos y modos de adquisición* de la propiedad conllevan un despilfarro con tendencia al agotamiento de los recursos naturales y a la catástrofe ecológica, y para que la prohibición y, en su caso, amenaza bajo pena estatal de aquéllos sea legítima, los substratos del ambiente y los recursos naturales tienen que tener la condición de *bienes jurídicos*⁶⁹. Los ejemplos podrían multiplicarse.

8. En mi opinión, el fundamento y la legitimidad de todo bien jurídico remiten al contrato social y al fin del Estado⁷⁰, pero el contrato social no puede ser entendido en el sentido *retrospectivo y conservador* que le dio el discurso iusnaturalista ilustrado⁷¹, sino como uno de tipo *cooperativo* entre partes *iguales y pro futuro* para la realización de fines más allá de la mera conservación de lo ya existente en la posición original⁷². La finalidad primordial del contrato, de superar el *bellum omnia contra omnes*⁷³, tiene que imponer un *primer compromiso* de respeto de las condiciones de la existencia de todos en libertad⁷⁴, incluyendo por fuerza al ambiente y a los recursos naturales en la medida en que son las condiciones de posibilidad de la subsistencia de la especie en cada momento y en el futuro⁷⁵. Un contrato social cooperativo y *pro futuro* tiene que incluir un *segundo compromiso* cuyo objeto tiene que ser la *solidaridad* de los asociados, pero también un *tercero* cuyo objeto debe ser el *desarrollo y el progreso* de todos y cada uno

⁶⁹ Véase SCHÜNEMANN, GA 1995, p. 208 = ADPCP 1996, p. 195, donde ve al despilfarro de recursos naturales como una clara expresión del concepto primigenio de delito, es decir, como hecho socialmente dañoso, y en KÜHNE/MIYAZAWA (n. 7), p. 21. = Temas actuales, p. 55, donde reivindica un control jurídico-penal de la dañosidad social de ciertas formas de uso y adquisición de la propiedad.

⁷⁰ Así SCHÜNEMANN, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (n. 4), pp. 137 s., 141 = La teoría del bien jurídico, pp. 203, 208; KINDHÄUSER, GA 1989, p. 496; ALCÁCER GUIRAO, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 34), pp. 94 ss.; *el mismo*, ADPCP, 1998, pp. 473 ss.; GRACIA MARTÍN, Fundamentos de Dogmática penal (n. 33), pp. 216 ss.; MAYO CALDERÓN, La tutela (n. 43), pp. 70 ss., 79 ss.

⁷¹ Es decir, no puede entenderse en el sentido de *Locke* que, a mi juicio, lo hace uno de *dominación y de sumisión* respectivamente de quienes *habían y no habían* adquirido propiedad en el estado de naturaleza.

⁷² Una concepción así es la de John RAWLS, Teoría de la Justicia, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, reimpresión de 1997, pp. 17 ss. (para las generalidades), pp. 103 ss. (para la tendencia a la igualdad), pp. 119 ss. (para la posición original), y pp. 470 ss. (para la idea de unión social), donde dice que los individuos en la posición original “consideran la sociedad como una empresa de cooperación para mutuo beneficio” aunque aquella esté “típicamente marcada por un conflicto y, a la vez, por una identidad de intereses” (p. 470).

⁷³ Por ejemplo WELZEL, Abhandlungen (44), pp. 289 s.

⁷⁴ En este sentido véase AMELUNG, Rechtsgüterschutz (n. 3), p. 19 y ZAFFARONI, Tratado I, pp. 49 s.

⁷⁵ En este sentido SCHÜNEMANN, FS-Triefferer, 1996, pp. 441, y ya antes en GA 1995, p. 206 = ADPCP 1996, pp. 192 s.

y de la especie, y que obliga a producir y fomentar condiciones de posibilidad de uso y desarrollo legítimos de los bienes individuales para todos y cada uno de los asociados por “igual”. Para la realización y ejecución del contrato, la sociedad tiene que fundar un Estado que vigile y garantice su vigencia y cumplimiento con las revisiones y transformaciones que exija cada momento histórico. Este acuerdo impone al Estado obligaciones de no hacer nada contrario al contrato, pero también de hacer legítimamente lo necesario para su ejecución y para la realización efectiva de sus fines⁷⁶, y para ello le provee de poderes de realización, entre los cuales se encuentra el de penar, que por la gravedad de sus consecuencias, sólo deberá poder utilizar legítimamente en caso de estricta necesidad y como *ultima ratio*. De una concepción así del contrato social se deriva, pues, que tienen que reconocerse como bienes jurídicos no sólo substratos individuales, sino también colectivos compartidos solidariamente y *pro indiviso* por todos los asociados⁷⁷, como la solidaridad, el ambiente y los recursos naturales, y todos los objetos del tercer compromiso contractual⁷⁸. Cuestión distinta, aún pendiente de resolver⁷⁹, es la relativa a una determinación de los bienes jurídicos colectivos⁸⁰ que evite presentar como tales a bienes jurídicos sólo *aparentes*⁸¹.

⁷⁶ Véase GARCÍA PELAYO, Las transformaciones del Estado (n. 1), p. 56.

⁷⁷ Así también SCHÜNEMANN, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (n. 4), pp. 141 s. = La teoría del bien jurídico, p. 208. También deriva a los bienes jurídicos colectivos del contrato social MAYO CALDERÓN, La tutela (n. 43), pp. 69 ss.; de modo similar, ALCÁCER GUIRAO, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 34), pp. 96 s., y HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter (n. 31), pp. 113 ss., 116 ss.

⁷⁸ Evidentemente, son también bienes jurídicos colectivos los instrumentos dados por la sociedad al Estado para el cumplimiento de sus fines —Administración pública, Administración de Justicia, Hacienda pública, etc.—; véase, HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter (n. 31), pp. 119 ss. y SOTO NAVARRO, La protección penal (n. 31), pp. 244 ss. Y también obtienen la cualidad de bienes jurídicos colectivos, en este caso de carácter “internacional”, determinados substratos pertenecientes *pro indiviso* al género humano que se reconocen en los Tratados internacionales, véase Alicia GIL GIL, Derecho penal internacional, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 28 ss.

⁷⁹ No obstante, además de los autores citados supra nota 6, véase SANTANA VEGA, La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, *passim*; PAREDES, RDPC n° 11, 2003, pp. 128 ss. y *passim*; PORTILLA CONTRERAS, CPC n° 39, 1989, pp. 736 ss.

⁸⁰ Así con razón BUSTOS RAMÍREZ, Control social (n. 23), pp. 195 s.; CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro (n. 31), pp. 212 s.; SOTO NAVARRO, La protección penal (n. 31), p. 192; PAREDES CASTAÑÓN, RDPC n° 11, 2003, p. 131; MAYO CALDERÓN, La tutela (n. 43), pp. 37 s., 44 y PORTILLA CONTRERAS, CPC n° 39, 1989, p. 740 y nota 41, advirtiendo con razón que, de todos modos, una falta de concreción y de determinación se encuentra también respecto de algunos bienes tradicionales sobre los que no se discute su condición de bienes jurídicos.

⁸¹ Sobre ello, véase por todos SCHÜNEMANN, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (n. 4), pp. 149 ss. = La teoría del bien jurídico, pp. 218 ss.; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (n. 31), pp. 37 ss.; MAYO CALDERÓN, La tutela (n. 43), p. 38.

9. La legitimidad de los bienes jurídicos colectivos⁸² deriva de la potencialidad de sus substratos para maximizar las posibilidades de uso y consumo de los bienes individuales para la satisfacción de necesidades e intereses legítimos y para la autorrealización personal *a todos por igual*⁸³. Este potencial de los substratos colectivos los hace ciertamente “funcionales” para los bienes jurídicos individuales *en la realidad social*, en la medida en que prestan a estos utilidades⁸⁴ con virtualidad de posibilitar el libre desarrollo personal y la satisfacción de necesidades e intereses legítimos⁸⁵, y por esto tienen que ser pensados como *antepuestos* a los individuales, en el sentido de que los circundan y *complementan*⁸⁶. Por esto, no adquieren la condición de bienes por sí mismos, es decir, por su valor intrínseco, sino sólo en razón de *esa* funcionalidad específica. ARISTÓTELES distinguió entre bienes *en sí* y los que lo son en razón de las prestaciones y utilidades que proporcionan a aquéllos. Bienes en sí son las cosas a las que se aspira por sí mismas, pero también son bienes aquéllas otras “cosas que *producen* bienes (en sí), que contribuyen a *conservarlos* de cualquier manera que sea, o que *previenen* lo que les es contrario y los destruye”⁸⁷. Según esto, los bienes jurídicos colectivos tienen que desempeñar una doble función⁸⁸. Una *negativa* —ligada al principio *neminem laedere*— de prestación de *seguridad* y, con ello, de garantía de *conservación* para los bienes jurídicos individuales, en la medida en que la estabilidad y

⁸² Sobre sus caracteres descriptivos (titularidad compartida, indisponibilidad, indivisibilidad, no-rivalidad en el consumo, no-exclusión en su uso, no desgaste, etc.), véase HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter (n. 31), pp. 111 ss. y SOTO NAVARRO, La protección penal (n. 31), pp. 194 ss.

⁸³ En este sentido BUSTOS RAMÍREZ, Control social (n. 23), p. 190 y sobre todo p. 196.

⁸⁴ Así HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter (n. 31), p. 60; asimismo ROXIN AT, 4 ed., 2006, § 2 nm. 11, pp. 17 s.; BUSTOS RAMÍREZ, Control social (n. 23), pp. 199 ss., 201 s.; *el mismo*, en Pena y Estado, nº 1, 1991, pp. 102 s.; CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro (n. 31), pp. 184 y 208; SOTO NAVARRO, La protección penal (n. 31), p. 174; MAYO CALDERÓN, La tutela (n. 43), pp. 66 s.; ALCÁZER GUIRAO, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 34), pp. 96 s. PORTILLA CONTRERAS (CPC nº 39, 1989, p. 740), considera con razón que los bienes jurídicos colectivos son los que “posibilitan el desarrollo de las demás garantías”.

⁸⁵ En este sentido PAREDES CASTAÑÓN, RDPC nº 11, 2003, p. 136; Alicia GIL GIL, Derecho penal internacional (n. 300), pp. 164 ss.; SOTO NAVARRO, La protección penal (n. 31), p. 233, con más referencias de doctrina española en nota 11.

⁸⁶ Así BUSTOS, Control social (n. 23) p. 198. Como describe HEFENDEHL (Kollektive Rechtsgüter (n. 31), pp. 116 s.), ciertos bienes jurídicos colectivos “*flanquean* de modo presente (o latente) y permanente la vida de los miembros de la sociedad”.

⁸⁷ Véase ARISTÓTELES, Moral, a Nicómaco, Edición de Espasa, con Introducción de L. Castro Nogueira, 11ª ed., Madrid, 1999, p. 71; una concepción parecida en FRANZ BRENTANO, El origen del conocimiento moral (n. 71), p. 25 nº 24: “lo bueno se distingue en bueno primario y bueno secundario (...) lo bueno primario es bueno en sí mismo y lo bueno secundario es bueno para otra cosa”. Esta concepción la manejé ya en lo fundamental en GRACIA MARTÍN, La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal, Ed. Trivium, Madrid, 1990, pp. 270 ss. y en AP, nº 18, 1994, pp. 355 s.

⁸⁸ Estas funciones las apunté ya en GRACIA MARTÍN, AP nº 10, 1994, pp. 210 s., y las acepta MAYO CALDERÓN, La tutela (n. 43), pp. 77 s.

el equilibrio de los substratos colectivos contienen y neutralizan riesgos para ellos. Y otra *positiva* —ligada a la procura existencial— de *promoción* y, con ello, de garantía de *desarrollo* y expansión de sus potenciales, en la medida en que la estabilidad y el equilibrio de los substratos colectivos proporciona *a todos por igual* la explotación de las posibilidades de uso y consumo legítimos de los bienes jurídicos individuales complementados⁸⁹. En todo caso, la función *esencial* de los bienes jurídicos colectivos es la *positiva*, pues es la fuente de legitimidad de su posible protección penal *autónoma*. Y como los substratos colectivos son los objetos preferentes de agresión del sistema de acción social de las clases poderosas, su reconocimiento como bienes protegidos por el Derecho supone una limitación de este sistema de acción y, con esto, una traba al monopolio de las clases sociales poderosas sobre las posibilidades de acción y el potencial de realización de los bienes individuales⁹⁰.

10. El reconocimiento y la protección de bienes jurídicos colectivos es una exigencia ético-social y ético-política⁹¹ que deriva de —e imponen— los referentes axiológicos del contrato social y de los fines del Estado *social y democrático*⁹². El reconocimiento general de bienes colectivos, y el mandato de su protección por el Estado, son garantías *constitucionales* del Estado de Derecho, pues como advirtió pronto TERRADILLOS, el artículo 9.2 CE dispone que “corresponde a los poderes públicos promover las *condiciones* para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”⁹³. De este modo, las *condiciones de posibilidad* de la efectividad real de la libertad, igualdad y participación de todos los ciudadanos por igual en la vida política, económica, cultural y social, como exigencia de la lucha legítima por la

⁸⁹ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, JD, nº 30, noviembre de 1997, p. 18, quien advierte con razón que el daño del substrato del bien jurídico, da lugar “por lo general a la *privación de la posibilidad* de realizar determinados comportamientos sociales”.

⁹⁰ Como advierte con razón HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter (n. 31), p. 78, “garantizan una justicia distributiva, por sobre la monopolización de determinados bienes y rendimientos, que no se daría con un libre juego de las fuerzas”.

⁹¹ Sobre la necesaria justificación moral y política de los bienes jurídicos, PAREDES CASTAÑÓN, RDPC nº 11, 2003, pp. 107 ss., y sobre las condiciones de la realidad, sobre todo económica, que pueden justificar el reconocimiento de bienes jurídicos colectivos y, en su caso, la *necesidad* de su protección penal, *ibidem*, pp. 100 ss., y además pp. 130 s.

⁹² Como ya se viene indicando aquí y advierte atinadamente y con claridad SOTO NAVARRO, La protección penal (n. 31), p. 243.

⁹³ Véase TERRADILLOS, RFDUCM, nº 63, 1981, pp. 125 ss. En esta línea SOTO NAVARRO, La protección penal (n. 31), p. 244.

dignidad humana y por el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) definen, a mi juicio, el común denominador de los substratos materiales que tienen que ser elevados a la categoría de bienes jurídicos colectivos con base y fundamento en las directrices axiológicas del programa ético-político específico que, por exigencia de la sociedad actual y por imperativo constitucional, tiene que cumplir hoy el Estado social y democrático de Derecho⁹⁴.

11. Pero un reconocimiento de substratos colectivos como bienes jurídicos, no es suficiente para legitimar su protección penal⁹⁵, pues para esto se tiene que comprobar aún, sobre todo que sean susceptibles de alteración substancial con significado de “daño social” (lesión o peligro), y a continuación los requisitos que hacen *fragmentario* al Derecho penal, es decir, la *necesidad* de una reacción coactiva legítima a consecuencia de este daño y que el ordenamiento jurídico no disponga de ninguna otra menos grave que la pena (proporcionalidad, subsidiariedad, *ultima ratio*)⁹⁶. La “dañosidad social” de las afecciones de bienes jurídicos colectivos, sólo puede comprenderse si antes se despeja el craso error en que incurre la opinión según la cual aquéllos carecerían de contenido *material* y, por ello, no serían susceptibles de lesión ni de puesta en peligro. Este error parece tener una primera fuente en el hecho de que para la determinación de lo que pueda ser un bien jurídico se parte del modelo de los que lo son “evidentemente”, es decir, de los individuales, y en la falsa deducción de que el carácter “corporal” que generalmente tienen los substratos de éstos tiene que ser requisito constitutivo de todo bien jurídico⁹⁷, y una

⁹⁴ De manera similar PORTILLA CONTRERAS, CPC n° 39, 1989, pp. 745 s.; véase además PAREDES CASTAÑÓN, RDPC n° 11, 2003, p. 136 y CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro (n. 31), pp. 193 s., observando con razón que la protección de bienes colectivos es, en definitiva, protección de la libertad. Para la doctrina alemana véase HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter (n. 31), pp. 116 ss., (bienes jurídicos que crean espacios de libertad para el individuo, que distingue de los que protegen “condiciones marco de la actividad estatal” (pp. 119 ss.).

⁹⁵ La Constitución española, no obstante, impone la protección *penal* de algunos, como por ejemplo del ambiente (art. 45.3 CE). Sobre la problemática de los mandatos constitucionales de criminalización, véase HASSEMER, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (n. 4), pp. 62 ss. = en La teoría del bien jurídico, pp. 101 s., y para la doctrina española, MUÑOZ LLORENTE, RdPP n° 6, 2001, pp. 103 ss. *passim*.

⁹⁶ Sobre todos estos principios limitativos relacionados entre sí y que hacen que la protección penal de bienes jurídicos sea solo fragmentaria, véase ahora sólo WELZEL, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., pp. 6 y 278; ROXIN, AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 97 ss., pp. 45 ss. y en relación especialmente con el Derecho penal moderno, SCHÜNEMANN, en KÜHNE/MIYAZAWA (n. 7), pp. 34 s. = Temas actuales, p. 68; *el mismo*, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (n. 4), pp. 141 s. y 142 s = La teoría del bien jurídico, pp. 207 s., 209 s.; y *el mismo*, en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (n. 7), pp. 21 ss.

⁹⁷ Así lo ve en parte HIRSCH, en Modernas tendencias (n. 54), p. 381: “esto” —dice— “funciona correctamente en el caso de los bienes jurídicos de naturaleza física, como la integridad corporal y la vida. Es por ello que en la enseñanza del Derecho la mayor parte de la teoría general del Derecho penal se expone de la mano de los delitos que afectan a esos bienes jurídicos, pues ellos están claramente a la vista

segunda fuente, que aún agudiza más el error, en la confusión de lo *material* y lo *corpóreo*. La “corporalidad” no es característica constitutiva del bien jurídico, sino *sólo* la *realidad material* de su substrato. Los bienes jurídicos colectivos deben tener siempre un substrato “material”⁹⁸ que generalmente —aunque no siempre: por ej. ambiente— será de carácter “incorporal”, y por lo tanto también son susceptibles de lesión y de puesta en peligro⁹⁹. Ciertamente, esta incorporalidad de la mayor parte de los substratos colectivos fuerza a una determinación de ellos más laboriosa. Sin embargo, como *directriz* especialmente provechosa para esto, se podría entender generalmente que tales substratos se identifican con modos de *orden* objetivo de conjuntos determinados de circunstancias dadas o del desarrollo de procesos y procedimientos determinados en los diferentes ámbitos de la interacción social y cuya finalidad última es favorecer o incrementar las posibilidades legítimas de acción por igual para todo *posible* participante en el ámbito social de que se trate¹⁰⁰. Puesto que la mayor parte de estas *ordenaciones* de situaciones y procesos “macrosociales”¹⁰¹, resultan ya de regulaciones jurídicas primarias *materialmente fundadas*¹⁰² —por ej. del procedimiento de contratación bursátil, del mercado de inversión de capitales o de funcionamiento de las sociedades mercantiles, pero también el límite tolerado de impureza de las aguas o del aire y el periodo de caza vedada, etc.—, los substratos colectivos deben poder identificarse a partir de ellas con un alto grado de determinación¹⁰³. La *lesión* —y en referencia a ella el peligro— de los bienes jurídicos

y se identifican con el objeto del hecho. La lesión y la causalidad son fáciles de demostrar”. Véase también CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro (n. 31), pp. 219 ss. y SOTO NAVARRO, La protección penal (n. 31), p. 277.

⁹⁸ Por ello, hay que rechazar de plano al discurso actual sobre la supuesta —y a mi juicio inexistente— “*desmaterialización*” del bien jurídico. De acuerdo con el antiguo estoicismo entiendo que todo lo existente es material aunque no encarne en un ente (corporal). Sobre el “materialismo de los incorporales” en el estoicismo antiguo, véase COPLESTON, Historia de la Filosofía, 1: Grecia y Roma, 6ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 2001, pp. 386 ss.; REALE/ANTISERI, Historia del pensamiento filosófico y científico, I, Antigüedad y Edad Media, Herder, Barcelona, 1995, pp. 228 ss., 232 ss.; María Jesús IMAZ, Sobre el estoicismo. Rasgos generales y figuras centrales, en García Gual (ed.), Historia de la Filosofía Antigua, Ed. Trotta, Madrid, 1997, pp. 303 ss.

⁹⁹ En este sentido también, con razón, SOTO NAVARRO, La protección penal (n. 31), pp. 278, 282 ss., 306 ss. (sobre la materialidad), y pp. 316 ss. (sobre el concepto de lesión); véase además GRAUL, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 1991, p. 57, y HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter (n. 31), p. 80, quien si bien parece identificar la “corporalidad” y el “carácter material”, deriva la legitimidad de un bien jurídico de su “realidad”, la cual no presupone “corporalidad” como explica en pp. 28 ss.

¹⁰⁰ Similar, BUSTOS RAMÍREZ, Control social (n. 23), pp. 191, 196 y 200: “están en referencia a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico, están en relación a la participación de todos en el proceso económico-social” (p. 200).

¹⁰¹ Véase BUSTOS RAMÍREZ, Control social (n. 23), pp. 199: “se trata aquí de relaciones macrosociales”.

¹⁰² En este sentido, véase CEREZO MIR PG I, 6ª ed. pp. 54 s., quien pone el ejemplo de la ordenación del tráfico.

¹⁰³ Véase en este sentido SOTO NAVARRO, La protección penal (n. 31), p. 316.

colectivos consistirá, pues, en la desestabilización de las circunstancias o en la desviación de los procedimientos *reales* con respecto al modelo de ordenación establecido en la regulación jurídica primaria, y para comprobarla deberá bastar con la comparación correspondiente (así, por ejemplo, del grado de impureza de hecho de las aguas o del aire, de la inveracidad del folleto de emisión en el mercado de capitales, de la utilización de información privilegiada en la contratación bursátil, etc.).

12. Ahora bien, si los substratos colectivos sólo adquieren el carácter de bienes jurídicos en razón de su “funcionalidad” *en la realidad social* para los bienes jurídicos individuales¹⁰⁴, cabe preguntar por si puede bastar con una simple lesión de ellos para legitimar una reacción punitiva, o si para esto debe de requerirse además la producción de algún efecto adicional para los bienes individuales a los que prestan su función. Los defensores del concepto personal del bien jurídico, consideran que la protección penal de bienes colectivos sólo debe ser legítima bajo la condición de que la acción produzca, a la vez o posteriormente, una lesión o un peligro para bienes jurídicos individuales¹⁰⁵. Sin embargo, ésta deducción es errónea porque con ella se pasa por alto que aquella funcionalidad se da sólo *en la realidad social* y no tiene por qué ser vinculante para la valoración jurídica ni, por ello, para la decisión sobre el alcance del tipo. La “funcionalidad” *real* de los substratos colectivos no fuerza a ninguna “funcionalización” de su *protección penal*, que sería posible, pero a costa de una completa renuncia a la protección penal de los bienes jurídicos colectivos, porque de ese modo los tipos resultantes no podrían tener ninguna otra naturaleza que la de tipos de lesión o de peligro de bienes *individuales*¹⁰⁶. Toda protección penal de bienes jurídicos colectivos, pues, debe

¹⁰⁴ Así lo observa atinadamente SOTO NAVARRO, La protección penal (n. 31), pp. 236 s.

¹⁰⁵ Véase en ese sentido HASSEMER, AK-StGB, vor § 1, nm. 289; *el mismo*, en PHILIPPS/SCHOLLER (n. 8), pp. 90 ss.; *el mismo*, ZRP, 1992, p. (= ADPCP, 1992, p. 248); CEREZO MIR, RDPC nº 10, 2002, pp. 56 ss., si bien acepta el mero peligro abstracto para el bien jurídico individual (p. 58). Una concepción personal del bien jurídico se basa en la siguiente derivación: “una norma que tiene por objeto a un bien jurídico colectivo, es legítima sólo si la conducta penalizada es apropiada para lesionar o poner en peligro concreto a un bien jurídico individual”.

¹⁰⁶ Así GRACIA MARTÍN, LH-Cerezo, p. 391 nota 270; HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter (n. 31), pp. 62 s. (a los delitos ambientales habría que verlos casos especiales de delitos clásicos como por ejemplo las lesiones corporales); MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Los delitos de peligro abstracto y sus técnicas de tipificación, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1993, pp. 32 ss., 160 ss. SOTO NAVARRO, La protección penal (n. 31), pp. 179 y 237; MAYO CALDERÓN, La tutela (n. 43), pp. 53 ss., así como la crítica de PAREDES CASTAÑÓN (RDPC nº 11, 2003, p. 136 nota 109) a la tesis de la funcionalización de la protección penal del bien colectivo. Sobre el carácter determinante de la naturaleza del bien jurídico para la “estructura del delito” (típica), véase WOHLERS, Deliktstypen des Prävention-strafrechts, 2000, pp. 281 ss. y *el mismo*, GA 2002, pp. 17 ss. y la atinada observación de CORCOY BIDASOLO (Delitos de peligro (n.

de ser *autónoma*, en el sentido de no condicionada a la producción de ninguna lesión o peligro para ningún bien jurídico individual¹⁰⁷. Estos posibles resultados no deben formar parte de la estructura de los correspondientes tipos, sino acaso sólo de su *ratio legis*¹⁰⁸. Esto no ofrece ningún motivo para deducir, como cree una opinión tan extendida como errónea, que así “todos” los tipos que protegen bienes jurídicos colectivos son de “peligro abstracto”. Esta calificación sólo sería correcta si el tipo se pusiera en relación con los bienes jurídicos *individuales* que están detrás del colectivo protegido, pero esto carece de sentido porque, como se ha dicho, la protección de ellos no tiene cabida en una estructura típica que resulta sólo del bien colectivo mismo¹⁰⁹. Pese a todo, la mera lesión del bien jurídico colectivo no debe poder explicar por sí misma la “dañosidad social” del hecho, pues ésta, a mi juicio, no puede fundamentarse al margen de todo menoscabo, aunque sea mínimo, de bienes jurídicos individuales. Pero la lesión de bienes jurídicos colectivos, sí conlleva *eo ipso* este menoscabo, como se deduce de las funciones que desempeñan aquéllos con respecto a estos. Este menoscabo no consiste, desde luego, en una lesión en el sentido de una “destrucción” del substrato, pero sí en una “devaluación” de estos¹¹⁰. Esto resulta ya de la función *positiva* de promoción e incremento de las posibilidades de uso y consumo de bienes individuales que prestan los bienes jurídicos colectivos a estos últimos, pues la lesión de un bien colectivo se traduce siempre en una disminución de las posibilidades de acción que proporcionan los bienes individuales y que es determinante *eo ipso* de una pérdida de valor de estos, lo que además, por añadidura, alcanza a —y tiene que ser soportado por— una pluralidad de individuos cuyo número puede llegar a ser

31), p. 183), de que es la reticencia ante la legitimidad de la protección de bienes jurídicos colectivos la que lleva a ver a los tipos correspondientes como de peligro abstracto para bienes individuales.

¹⁰⁷ Sobre la protección penal autónoma de los bienes jurídicos colectivos, véase, por ejemplo, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1969, pp. 66 ss. y especialmente pp. 117 ss.; *el mismo*, *JuS*, 1989, pp. 689, 691; *AE-Straftaten gegen die Wirtschaft*, p. 19; SCHÜNEMANN, en KÜHNE/MIYAZAWA (n. 7), pp. 24 ss.; HEFENDEHL, *GA*, 2002, pp. 25 ss.; y en la doctrina española BUSTOS RAMÍREZ, *Control social* (n. 23), pp. 195 ss.; GRACIA MARTÍN, *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal*, Ed. Trivium, Madrid, 1990, pp. 270 s. y nota 105; SOTO NAVARRO, *La protección penal* (n. 31), pp. 236 s.; PORTILLA CONTRERAS, *CPC* n° 39, 1989, p. 741; PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC* n° 11, 2003, p. 136; MAYO CALDERÓN, *La tutela* (n. 43), p. 78.

¹⁰⁸ En este sentido, véase SOTO NAVARRO, *La protección penal* (n. 31), pp. 179 s. y MAYO CALDERÓN, *La tutela* (n. 43), p. 78.

¹⁰⁹ Véase en este sentido TIEDEMANN, *Poder económico* (n. 19), p. 36; BUSTOS, *Control social* (n. 23), p. 198; GRACIA MARTÍN, *La infracción* (n. 205), pp. 266 s.

¹¹⁰ En sentido similar KINDHÄUSER, *Madrid Symposium für Klaus Tiedemann* (n. 15), pp. 130 y 131, aunque a diferencia de lo sostenido por mí, sólo en relación con la que más atrás denominé como función negativa o garantía de seguridad de los bienes colectivos; según KINDHÄUSER “el daño que puede sufrir una persona no sólo reside en el substancial menoscabo de un bien, sino también en la privación de la posibilidad de disponer de forma segura del mismo” (p. 130), y “la genuina lesividad del peligro abstracto reside en que un bien sobre el que no puede disponerse de forma despreocupada no es racionalmente aprovechable en su totalidad”.

gigantesco. Así, la contaminación del lago priva de toda posibilidad de practicar actividades deportivas acuáticas a una masa indeterminada de potenciales usuarios que podrían haber querido hacerlo en el ejercicio legítimo de su libertad y para su autorrealización personal. He aquí un último fundamento de legitimidad para la *posible* protección penal de bienes colectivos que, como quiere el discurso de resistencia, remite inmediatamente a los posibles intereses legítimos de las personas y a nada más.

13. Por lo demás, la protección penal de bienes jurídicos colectivos frente a determinadas formas de agresión no tiene por qué entrar en conflicto con las garantías de proporcionalidad, de subsidiariedad y de *ultima ratio*. Desde la perspectiva del Estado social no puede haber la mínima duda sobre la importancia de los bienes colectivos — según BUSTOS son *esenciales*¹¹¹— ni sobre el valor y jerarquía muy superiores de alguno de ellos con respecto a algunos otros individuales tradicionalmente protegidos por el Derecho penal, como por ejemplo el ambiente en comparación con la propiedad privada¹¹², con lo que la protección penal de ésta tendría que hacer derivar ya prácticamente de la naturaleza de las cosas la proporcionalidad y la legitimidad de esa misma protección del ambiente y de los recursos naturales. En todo caso, si se dan los requisitos de subsidiariedad y *ultima ratio*, la proporcionalidad de la protección penal de los bienes colectivos será ya una cuestión de fijación del marco penal, y no una de criminalización de la conducta. La protección de bienes jurídicos colectivos tampoco tiene que ser contraria en general a los principios de subsidiariedad y de *ultima ratio*¹¹³. Un ejemplo para ilustrarlo: en el Derecho español, el bien jurídico “funciones de tributo” no se protege penalmente frente a cualquier lesión, sino sólo frente a derivadas de comportamientos “defraudatorios”, y aún así sólo si la cuota tributaria defraudada excede de 120.000 euros (art. 305 CP). Prescindiendo de la incertidumbre que se cierne sobre la concreción de estos principios y de que, además, en ellos no cabe ver mandatos de

¹¹¹ Véase BUSTOS RAMÍREZ, en *Pena y Estado*, nº 1, 1991, pp. 102 s.

¹¹² Así SCHÜNEMANN, GA, 1995, p. 206 = ADPCP, 1996, p. 193, para quien, con razón, el ambiente es el segundo bien jurídico más importante después de la existencia y de la preservación de la especie del *homo sapiens*.

¹¹³ Precisamente SCHÜNEMANN, en KÜHNE/MIYAZAWA (n. 7), pp. 34 s. insiste en que la solución del Derecho penal moderno “puede ser desarrollada a partir de la idea jurídico penal fundamental, y no alterada desde la Ilustración, de que el Derecho penal sólo puede y tiene que ser empleado como *ultima ratio* para la prevención de daños sociales”

forzoso cumplimiento sino sólo directivas político-criminales¹¹⁴, la decisión de criminalización subsidiaria puede orientarse en muy diversos factores indiciarios que aquí no pueden ser desarrollados, como por ejemplo el de la pérdida del dominio por el autor, el carácter reparable o no, o, en su caso, el tiempo y los costes de la reparación de la lesión del substrato colectivo, el grado de pérdida de confianza en el funcionamiento de la institución, etc.

14. No es posible tratar en este lugar con detalle la cuestión de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, pero un rechazo global de los mismos carece, a mi juicio, de todo fundamento. La necesidad de los tipos de peligro abstracto para la protección de los bienes jurídicos individuales de mayor valor en los ámbitos específicos de riesgo característicos de la sociedad moderna tendría que estar fuera de toda duda. Cuando las relaciones sociales tenían lugar entre sujetos claramente identificados e individualizados que se comunicaban directa y personalmente, y por ello gozaban así de amplias posibilidades de autoprotección frente a posibles peligros en la relación¹¹⁵, la intervención penal podía retardarse hasta el momento de la lesión o, como mucho, del peligro concreto. Sin embargo, estos modos de relación social han sido sustituidos en la sociedad actual por otros de carácter masificado y anónimo en cuyos ámbitos (por ejemplo en los procesos de producción y distribución de alimentos), se desarrollan y confluyen multitud de cursos causales de diversa procedencia, y cuyos peligros ya no tienen como destinatario a un individuo o a un grupo reducido de éstos, sino a una masa anónima de individuos que pueden entrar eventualmente en contacto con el peligro ignorando su existencia, con escasas posibilidades de detectarlo y, por esto, con unas posibilidades de autoprotección prácticamente nulas¹¹⁶. Que en estas circunstancias es necesario anticipar la protección

¹¹⁴ En este sentido ROXIN, AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 101, p. 47, y también PAREDES CASTAÑÓN, RDPC nº 11, 2003, p. 143 nota 138, y ya antes, en *El riesgo permitido*, Madrid, 1995, p. 115 nota 79 y en ADPCP, 1996, p. 933 nota 70.

¹¹⁵ Sobre ello, con ejemplos concretos, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro* (n. 31), p. 194.

¹¹⁶ Véase HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 31), pp. 164 ss., 167 ss.; *el mismo*, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (n. 4), p. 130 = en *La teoría del bien jurídico*, pp. 193 s. Como ha advertido MAYO CALDERÓN (*La tutela* (n. 43), p. 76), en estos contextos la indefensión de quienes entran en contacto con el peligro resulta también de que la actividad peligrosa es una que normalmente se lleva a cabo en el ejercicio de una función permitida. Sobre la relevancia de las posibilidades de autoprotección de la víctima para la ponderación base de la decisión de incriminación penal, véase PAREDES CASTAÑÓN, RDPC, nº 11, 2003, pp. 126 ss.; y sobre este principio victimodogmático, véase sobre todo SCHÜNEMANN, ZStW 90 (1978), pp. 54 ss.; *el mismo*, FS-Bockelmann, 1979, pp. 130 s.; *el mismo*, FS-Faller, 1981, pp. 361 ss.; *el mismo*, en Schneider (ed.), *Das Verbrechenopfer in der Strafrechtspflege*, 1982, pp. 407 ss.; *el mismo*, en SCHÜNEMANN (ed.), *Strafrechtssystem und Betrug*, Centaurus Verlag, Herbolzheim, 2002, pp. 61 ss. y *el mismo*, en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (n. 7), pp. 31 ss.

penal al momento en que se exterioriza el peligro inherente a la actividad es algo que “deriva prácticamente de la naturaleza de las cosas”¹¹⁷. Por otro lado, que estos peligros tengan como potenciales destinatarios a una multitud de individuos, es un dato que debe otorgar al desvalor de la acción abstractamente peligrosa una gravedad que no sólo compensa, sino que a mi juicio supera el déficit de un resultado concreto, y que hace a la intervención penal conforme con los principios de proporcionalidad y de subsidiariedad y *ultima ratio*¹¹⁸.

15. La producción de efectos simbólicos es consubstancial a la pena¹¹⁹ y expresión de la función pedagógica ético-social que, a mi juicio, tiene que cumplir¹²⁰. Si se dan las condiciones aquí esbozadas, carece de fundamento la tacha de los tipos penales modernos como meramente “simbólicos”, pues ninguna ley penal orientada a la protección de la convivencia pacífica puede verse como puramente simbólica¹²¹. *Cualquier* ley que careciera de este fin, debería de ser tachada de ilegítima en relación con la *totalidad* del ordenamiento jurídico. En otro caso, se aceptaría que fuera del Derecho penal¹²² pudiera haber regulaciones cuya finalidad se agotaría en la simple motivación de los ciudadanos a la obediencia. Sin embargo, superada ya la doctrina del Derecho penal administrativo, en el presente se postula con razón que también la protección de bienes jurídicos es un baremo de legitimidad para el Derecho administrativo sancionador¹²³. El legislador establece sus mandatos y prohibiciones sólo para crear un estado o situación valiosos o para impedir la producción de un daño¹²⁴. Por ello, toda prohibición o mandato que se desviara de los objetivos de protección de

¹¹⁷ Así SCHÜNEMANN, GA, 1995, p. 212 (= ADPCP, 1996, p. 199).

¹¹⁸ Así SCHÜNEMANN, en KÜHNE/MIYAZAWA (n. 7), pp. 34 ss.; KUHLEN, ZStW 105 (1993), pp. 711 ss., 720 ss.

¹¹⁹ Así ROXIN AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 38, p. 25 y § 3 nm. 26 ss., pp. 80 s.

¹²⁰ Que refuerza la función instrumental de protección de bienes jurídicos y es inseparable de ésta, véase WELZEL, Abhandlungen (n. 44), pp. 263 s. y más amplio en Das deutsche Strafrecht, 11 ed., 1969, pp. 1 ss.; ARMIN KAUFMANN, Die Aufgabe des Strafrechts, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Westdeutscher Verlag, 1983, p. 17; CEREZO MIR, PG I, 6ª ed., 2004, pp. 16 y 31 (función de ejemplaridad de la pena); SOTO NAVARRO, La protección penal (n. 31), pp. 187 y 298 s.; GRACIA MARTÍN, Fundamentos de Dogmática penal (n. 33) pp. 158 ss. y 172 ss.; ALICIA GIL GIL, LH-Cerezo, 2002, pp. 17 ss.

¹²¹ Así, con razón, ROXIN AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 39, p. 25.

¹²² Y en la propuesta de la segunda velocidad de SILVA SÁNCHEZ, incluso dentro del mismo *Derecho penal*.

¹²³ Véase sólo ROXIN AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 62, p. 32, y recientemente GÓMEZ TOMILLO, Derecho administrativo sancionador. Parte General, Thomson-Aranzadi, 2008, pp. 71 ss., con amplias referencias de doctrina española y extranjera en nota 45 de pp. 71 s.

¹²⁴ En este sentido WELZEL, JZ, 1956, pp. 238-240 y JZ, 1957, p. 132. Véase también CEREZO MIR, PG I, 6ª ed., 2006 p. 54.

bienes jurídicos sería arbitraria¹²⁵, pues su fin se agotaría en el mero ejercicio de los ciudadanos en la obediencia¹²⁶, y por esto debería ser expulsada del ordenamiento jurídico¹²⁷. Por lo demás, en el Derecho administrativo sancionador deberían regir las mismas garantías que en el Derecho penal y con la misma rigidez que en éste¹²⁸. Si los tipos modernos protegen bienes jurídicos, entonces no pueden rechazarse por simbólicos, formales o de pura desobediencia¹²⁹, y si fueran ilegítimos la razón sería otra diferente¹³⁰. Con esto no se niega la *posibilidad* de tipos modernos puramente simbólicos, pero aquélla se da en “cualquier Derecho penal” y no sólo en el moderno¹³¹.

¹²⁵ Como afirma con razón GÓMEZ TOMILLO, Derecho administrativo sancionador (n. 123), pp. 71 s., “entender que la potestad sancionatoria del Estado puede construirse sin la referencia a los bienes jurídicos puede conducir a la *arbitrariedad* sancionatoria”.

¹²⁶ BINDING advirtió ya que “es indiscutible que ninguna ley razonable exige la obediencia por sí misma” (Die Normen und ihre Übertretung, I, 4ª ed. de Leipzig (1922) de Scientia Verlag, Aalen, 1965, pp. 397 ss.); también, y antes que Binding, DORADO MONTERO, Bases (n. 103), § 21 (p. 25); AMELUNG, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (n. 4), pp. 169, 171 = en La teoría del bien jurídico, pp. 246, 248.

¹²⁷ Véase CEREZO MIR, PG I, 6ª ed., 2006 p. 55, con más referencias en el mismo sentido en nota 27, y en el mismo sentido AMELUNG, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (n. 4), pp. 169 s., = en La teoría del bien jurídico, pp. 246 s.

¹²⁸ En este sentido, de modo contundente y decidido, también GARCÍA-PABLOS, Introducción (n. 27), p. 225.

¹²⁹ En el mismo sentido CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro (n. 31), pp. 200 y 205.

¹³⁰ Así HIRSCH, en Modernas tendencias (n. 54), pp. 377 ss., donde observa con razón que, en última instancia, “la legitimación de la pena no proviene de objetos preexistentes, sino que de la legitimación de la pena provienen los objetos por ella protegidos”.

¹³¹ Como dice con razón HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter (n. 31), p. 179.

DERECHOS REPRODUCTIVOS E INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO: UN NUEVO PARADIGMA PARA LA REGULACIÓN PENAL DEL ABORTO

Patricia Laurenzo Copello
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Málaga

Resumen: La Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, de 3 de marzo, modificó profundamente el sistema de despenalización del aborto en el ordenamiento jurídico español, sustituyendo un restringido número de supuestos de impunidad por un modelo combinado de plazos e indicaciones en línea con la mayoría de las legislaciones europeas. La clave del nuevo sistema consiste en apostar por la vía preventiva para reducir el número de abortos a través del desarrollo de políticas públicas destinadas a favorecer el sexo seguro y, con ello, la reducción de los embarazos no deseados. En el ámbito penal, la ley sigue un sistema gradual de protección de la vida prenatal que tiende a compatibilizarla con un ámbito suficiente de libertad de decisión de la mujer, cuya voluntad prevalece en las primeras catorce semanas de gestación. Posteriormente, el aborto se torna ilegal salvo en caso de peligro para la vida o salud de la embarazada o cuando se detectan graves anomalías fetales. A partir del momento en que el feto adquiere viabilidad, solo se permite el aborto en supuestos muy excepcionales. A pesar del recurso de inconstitucionalidad que se ha presentado contra este modelo, existen argumentos suficientes para considerarlo conforme con la Constitución española.

Palabras clave: aborto; interrupción voluntaria del embarazo; derechos reproductivos; sistema de plazos; indicaciones.

Abstract: The Organic Law 2/2010, relating to sexual and reproductive health and voluntary interruption of pregnancy, modified the system of decriminalization of abortion in the Spanish legal system, on having replaced restricted number of cases of impunity with a combined time-limit and indications model, in line with most of European legislation. The key of the new system is to opt for prevention to reduce the number of abortions with the development of public policies designed to promote safe sex and, with this, the reduction of unwanted pregnancies. In the sphere of criminal law, the law follows a gradual system of protection of prenatal life and tends to reconcile or balance the above mentioned protection with the freedom of choice of the woman, whose will is prevalent in the first fourteen weeks of gestation. Subsequently, abortion becomes illegal, except in case of danger to the life or health of the pregnant woman or when severe fetal abnormalities are detected. From the moment in which the fetus acquires viability, abortion is allowed only in very exceptional cases. Despite the action of unconstitutionality against this model, there are sufficient grounds to consider it in accordance with the Spanish Constitution.

Keywords: abortion; voluntary interruption of pregnancy; reproductive rights; time-limit model; indications.

1. Los precedentes

En el invierno de 2007 se sucedieron en España una serie de denuncias contra clínicas acreditadas para la interrupción voluntaria del embarazo bajo el alegato de un fraude sistemático de la legislación vigente. Los denunciantes -vinculados a grupos católicos ultra conservadores- alegaron que tras la pantalla de supuestos peligros para la salud psíquica de las embarazadas se ocultaban cientos de abortos ilegales que desbordaban el alcance de las indicaciones reconocidas por entonces en el Código Penal¹. Esta ofensiva desembocó en la inculpación penal de varios médicos y personal auxiliar de las clínicas investigadas y arrastró igualmente a un buen número de mujeres que, en detrimento de su intimidad, se vieron expuestas a indagaciones policiales y judiciales por supuesto aborto ilegal.

Si bien la mayoría de las denuncias acabaron en desestimación judicial, lo cierto es que los sucesos de 2007 alertaron sobre la incapacidad de la legislación entonces vigente para garantizar la confidencialidad de las mujeres y la seguridad jurídica del personal sanitario, al tiempo que reavivaron las demandas del feminismo en favor de un modelo de interrupción del embarazo basado en la autonomía de las mujeres para decidir cómo, cuándo y con quién reproducirse. Todo ello desembocó en el anuncio del gobierno de elaborar un nuevo marco normativo en sustitución del ya obsoleto sistema de indicaciones.

Con el fin de preparar la reforma y conocer en profundidad la situación en la sociedad española, en octubre de 2008 se creó una subcomisión especial en el Congreso de los Diputados destinada a evaluar la legislación vigente hasta entonces en materia de interrupción voluntaria del embarazo, cuyas conclusiones se hicieron públicas en febrero de 2009². El informe contó con el apoyo del grupo socialista y otros grupos políticos minoritarios y con la oposición del conservador Partido Popular, que se

¹ El artículo 417 bis del Código Penal estuvo vigente en España entre 1985 y 2010 y contemplaba tres indicaciones: grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la embarazada (indicación terapéutica); embarazo originado en una violación (indicación ética); y graves taras físicas o psíquicas en el feto (indicación embriopática).

² Disponible en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20090316_01.pdf

pronunció a favor del mantenimiento de la legislación entonces vigente aunque instando a un control estricto de su aplicación en la praxis médica³. De forma paralela, el hoy desaparecido Ministerio de Igualdad constituyó un Comité de personas expertas para elaborar un “informe sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y propuestas para una nueva regulación”, que se dio a conocer en marzo 2009⁴.

Ambos documentos coincidieron en proponer la sustitución del sistema de indicaciones por un modelo de plazos con el fin de garantizar la autonomía de las mujeres para decidir sobre su embarazo durante la fase inicial de la gestación, concretamente durante las primeras catorce semanas. Además, los informes propusieron la creación de dos indicaciones complementarias destinadas a captar los supuestos de detección tardía de riesgos para la vida o salud de la embarazada o anomalías fetales graves. El Comité de personas expertas propuso que estas dos indicaciones operasen únicamente en las primeras veintidós semanas de gestación, momento a partir del cual se inicia la viabilidad extrauterina que hace posible un parto prematuro inducido sin necesidad de destrucción del feto.

La otra gran novedad de estas iniciativas fue la propuesta de sustraer la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo del Código Penal por considerar que se trata de un asunto de salud pública que requiere un tratamiento integrado con las políticas generales de salud sexual y reproductiva.

Como era de esperar, los aires de reforma reabrieron el viejo enfrentamiento entre partidarios y detractores del aborto, con la inevitable mezcla de razones jurídicas, morales y religiosas que siempre le han acompañado. Pero a diferencia de épocas pasadas, en esta ocasión el debate no quedó monopolizado por las irresolubles disputas sobre el valor de la vida anterior al nacimiento sino que aparecieron nuevos argumentos vinculados a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y al significado que el embarazo tiene para ellas.

El modo en el que se abordó la gestión política de la nueva reforma constituye un buen ejemplo de ese cambio de enfoque que concede mucho más protagonismo a la perspectiva de género. No es casual que la elaboración y coordinación del proyecto de ley se encomendara en esta ocasión al Ministerio de Igualdad, profundamente asociado

³ Voto particular del Grupo parlamentario Popular. Disponible en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20090316_02.pdf

⁴ Disponible en: http://www.consejomujeresmadrid.org/Upload%5CDOC217_INFORMECOMITE050309.pdf

a las demandas del feminismo; como tampoco lo es que la subcomisión parlamentaria creada en 2008 funcionara en el ámbito de la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados. Con ello se hizo patente la opción política por vincular el tratamiento legal del aborto no solo al estatuto jurídico del embrión (como sucedió en el proceso legislativo de 1985) sino, además, y en primera línea, con el estatuto de igualdad de las mujeres, con sus derechos de autonomía.

El resultado del proceso que se acaba de describir fue la *Ley Orgánica 2/2010*, de 3 de marzo, *de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*⁵ (en adelante LSSR), vigente en España desde julio de 2010.

2. El reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres

El debate jurídico sobre el aborto no es nuevo en Europa. Durante los años setenta y ochenta del siglo pasado la intensa controversia sobre este asunto desembocó en numerosas reformas legales marcadas por el patrón común del reconocimiento de un cierto ámbito de impunidad de las interrupciones del embarazo. Sin embargo, el reciente proceso de reforma en España lejos de centrarse como en épocas pasadas únicamente en el significado jurídico del embrión -ya sea para reconocerle un valor intrínseco idéntico a la vida de las personas o para reducirlo a una simple parte del cuerpo de la mujer-, presenta la novedad de dirigir la mirada de forma preferente hacia los derechos de la embarazada.

Los propios grupos conservadores, claramente contrarios a la reforma, cambiaron su tradicional discurso combativo, proclive a calificar a las mujeres que abortan como asesinas despiadadas, por una visión mucho más “comprensiva” que las observa como víctimas de una situación injusta, de una sociedad egoísta que no las ampara, que las deja solas frente a un drama personal⁶.

⁵ Boletín Oficial del Estado de 4 de marzo de 2010. Disponible en <http://boe.es>.

⁶ En esta línea el Voto Particular del Grupo Parlamentario Popular al Informe de la Subcomisión sobre la aplicación de la legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo (*supra*, nota 3). Esa imagen victimizada de las mujeres que abortan está también muy presente en la contrarreforma que anuncia actualmente el gobierno para reimplantar un estricto y muy restringido sistema de indicaciones.

Este cambio de perspectiva encuentra su explicación en el notable avance que se ha producido en la normativa internacional y europea en materia de reconocimiento de los derechos reproductivos de las mujeres, incluida su capacidad para decidir cómo, cuándo y con quién reproducirse. Como punto de partida cabe citar el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de Naciones Unidas (El Cairo, 1994), donde se afirma que “la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”. También la Plataforma de acción de la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer (Beijing, 1995) proclama que “los derechos humanos de las mujeres incluyen su derecho a tener el control y a decidir libre y responsablemente sobre temas relacionados con su sexualidad, incluyendo la salud sexual y reproductiva...”. Y de modo aún más explícito, una Resolución del Parlamento Europeo sobre salud sexual y reproductiva (2001/2128 INI) “recomienda que, para proteger la salud reproductiva y los derechos de las mujeres el aborto sea legal, seguro y accesible a todas las mujeres”⁷.

A este nuevo escenario normativo internacional han de añadirse los importantes cambios en el ordenamiento interno español destinados a reconocer los derechos de autonomía e igualdad de las mujeres, como la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género de 2004⁸ o la Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres de 2007⁹.

Con este telón de fondo, difícilmente se podía plantear un debate serio sobre un asunto tan íntimamente vinculado a la identidad femenina como es el aborto sin tener en cuenta sus intereses. Los planteamientos basados únicamente en el valor intrínseco del embrión, como si fuera una realidad ajena a la mujer que lo concibe y permite su desarrollo, solo pueden fundarse en la inadmisibles imagen patriarcal de las mujeres como “máquinas reproductoras”¹⁰ biológica y afectivamente determinadas, un enfoque que ignora -o desprecia- las aspiraciones de autorrealización femenina y supedita sus expectativas vitales a una especie de mandato absoluto de la naturaleza llamado a encauzar su futuro de forma irremisible.

⁷ Recomendación nº 12.

⁸ LO 1/2004, de 28 de diciembre. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2004/12/29/pdfs/A42166-42197.pdf>.

⁹ LO 3/2007, de 22 de marzo. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2007/03/23/index.php>.

¹⁰ PITCH, Tamar, *Un derecho para dos*, Trotta, Madrid, 2003, p. 78.

Todo ello explica que los sectores progresistas que impulsaron la (hasta ahora) última reforma del aborto se decantaran por incluir la regulación sobre interrupción voluntaria del embarazo dentro de las estrategias públicas sobre salud sexual y reproductiva. Esta nueva mirada permite enriquecer los criterios a tener en cuenta para decidir sobre los ámbitos de impunidad del aborto con un nuevo componente que hasta ahora había permanecido en la más absoluta oscuridad: el derecho de las mujeres a su propia sexualidad. Se parte de la idea, en efecto, de que las mujeres sólo pueden aspirar a una sexualidad totalmente libre -y, por tanto, en condiciones de igualdad con los hombres- si tienen el poder de controlar por sí mismas los eventuales efectos del ejercicio de esa sexualidad, entre los que se encuentra un posible embarazo. De ahí que se les deba garantizar en primera línea el acceso pleno a medios anticonceptivos seguros y eficaces y, también, en caso de encontrarse con un embarazo, un ámbito de autonomía suficiente para decidir por sí mismas sobre la continuación o no de la gestación.

En la base de este enfoque se encuentra la consideración del embarazo como una consecuencia de la fertilidad potencial de las mujeres (esto es, la posibilidad de procrear que tienen casi todas las mujeres que practican sexo heterosexual en determinadas franjas de edad), un hecho que no siempre ni necesariamente viene asociado al deseo de la maternidad, al deseo de tener y criar un hijo o una hija¹¹. Este punto de vista, propio del feminismo, se distancia de la muy arraigada pauta cultural que identifica el embarazo con el surgimiento instintivo de un deseo irrefrenable de ser madre, una amalgama que siempre acaba por culpabilizar (o en el mejor de los casos por victimizar) a la mujer que interrumpe un embarazo no deseado. Frente a ese supuesto mandato de la naturaleza, el embarazo aparece aquí como una consecuencia posible del ejercicio de la sexualidad femenina, una consecuencia que ciertamente muchas mujeres asumen gustosas haciendo efectivo su deseo de ser madres. Pero no todas.

Este planteamiento permite vincular el aborto a la salud sexual y reproductiva de las mujeres sin por ello convertirlo en un medio más de control de la natalidad. Todos los instrumentos internacionales que asumen esta perspectiva dejan claro que en ningún caso ha de promoverse el aborto como un método de planificación familiar¹² y que las estrategias públicas han de orientarse a reducir el número de abortos, lo que no excluye

¹¹ PITCH, Tamar, *Un derecho para dos*, cit., p. 82.

¹² Así el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de las Naciones Unidas de El Cairo (apartado 8.25) y la Recomendación nº 8 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre salud sexual y reproductiva y derechos en esta materia (2001/2128 INI).

que si llega el caso de un embarazo no deseado las mujeres tengan la posibilidad de decidir por sí mismas sobre su eventual maternidad. Ello explica la tendencia internacional a promover la no punición de las mujeres incluso en casos de abortos ilegales, como hace el Comité CEDAW cuando sugiere que “en la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos”¹³. En la misma línea, el Parlamento Europeo en 2001 hizo “un llamamiento a los Gobiernos de los Estados miembros y países candidatos para que se abstengan de procesar a mujeres a quienes se les haya practicado un aborto ilegal”¹⁴.

3. El cambio de paradigma en la valoración jurídico penal del aborto

El debate que tuvo lugar en los países europeos durante los años setenta estuvo monopolizado por la tradicional visión del aborto como un hecho intrínsecamente perverso que no solo perturba a la sociedad en su conjunto sino, sobre todo, a la propia mujer que interrumpe su gestación, frustrando su natural vocación maternal y cargándola con una culpabilidad difícil de superar. Sobre este paradigma se construyeron las primeras leyes despenalizadoras, que mantuvieron la prohibición del aborto consentido con la sola excepción de una serie de circunstancias consideradas aún peores que la interrupción del embarazo -el riesgo para la vida o salud de la embarazada, una agresión sexual o una malformación fetal-. Se trata de un modelo en el que los límites del aborto permitido se deciden al margen del ámbito de autonomía de las mujeres. Nadie tiene en cuenta sus conflictos vitales ni sus deseos respecto de la maternidad. En el sistema de indicaciones el papel de la embarazada queda reducido al de mera peticionaria de una intervención médica cuya oportunidad y posibilidad deciden otros, ya sea el legislador que fija las condiciones en las que es inexigible la continuación del embarazo, el médico que determina si se dan esas circunstancias o el juez que valora *ex post* la legitimidad de la situación que llevó al aborto.

¹³ Recomendación nº 24 del Comité CEDAW (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer) de 2 de febrero de 1999.

¹⁴ Recomendación nº 13 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre salud sexual y reproductiva y derechos en esta materia (2001/2128 INI).

Pero, como se ha visto, este modelo resulta difícilmente compatible con los pasos trascendentales que se han dado en los últimos años en el reconocimiento normativo de la capacidad de autogestión de las mujeres y de su derecho al ejercicio libre de la sexualidad. Por eso no es de extrañar que en Europa el sistema de indicaciones haya dejado paso paulatinamente a otras fórmulas de regulación que, sin desconocer el valor intrínseco del embrión, conceden a la embarazada, en términos razonables, la facultad de decidir sobre su reproducción (sistema del plazo, generalmente combinado con algunas indicaciones).

La reforma española de 2010 sigue claramente esta tendencia al sustraer la regulación legal del aborto del ámbito penal para incluirla en una Ley de Salud Sexual y Reproductiva¹⁵ que por primera vez reconoce de forma explícita la existencia de “derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva” de los ciudadanos (art. 1), estableciendo una serie de obligaciones de los poderes públicos destinadas, en general, a garantizar un “estado de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad” en “un entorno libre de coerción, discriminación y violencia” (art. 2b).

4. Las características del sistema actual¹⁶

La actual regulación española sobre salud sexual y reproductiva no solo se basa en la voluntad legal de reconocer a todos los ciudadanos y ciudadanas el derecho a una sexualidad libre y segura, sino también en la preocupación por contener el aumento de embarazos no deseados que se viene detectando en los últimos años¹⁷ en particular entre

¹⁵ Varios países europeos han optado por vincular la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo a la normativa sanitaria antes que al Código Penal. Es el caso de Dinamarca que regula esta materia en la Ley de Sanidad y también de Francia, que la incorpora al *Code de la Santé publique* (Segunda parte, Libro II).

¹⁶ Teniendo en cuenta la brevedad de este artículo y el interés preferente por ofrecer una visión sintetizada de la regulación del aborto vigente en España desde 2010, por regla general solo se citan los estudios relacionados con esta última reforma. Son innumerables los artículos científicos y obras generales anteriores a 2010 que tratan cuestiones vinculadas con el delito de aborto y su impunidad por lo que resulta imposible referirlos en este breve trabajo.

¹⁷ En esta línea advierte el Grupo de Opinión del Observatorio de Bioética y Derecho de Barcelona que “la interrupción voluntaria del embarazo constituye un problema social (y) no sólo jurídico o sanitario” –en *Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo* de 2008. Disponible en www.bioeticayderecho.ub.es.

las mujeres adolescentes¹⁸ y la población inmigrante¹⁹. Esa doble vertiente se traduce en el deber que impone la LSSR a los poderes públicos de desarrollar políticas sanitarias, educativas y sociales que proporcionen la debida “información y educación afectivo-sexual y reproductiva”, así como “el acceso universal a los servicios y programas de salud sexual y reproductiva” (art. 5)²⁰, todo ello con el fin de garantizar a todas las personas el derecho a un sexo seguro y placentero que permita al mismo tiempo contener la tendencia ascendente en la tasa anual de abortos²¹.

Por lo que se refiere a la interrupción del embarazo, la LSSR opta como la mayoría de los países europeos²² por el modelo del plazo, que autoriza la práctica del aborto a petición de la mujer durante las primeras catorce semanas de gestación sin necesidad de alegar causa alguna (art. 14), si bien impone ciertos requisitos orientados a poner a la embarazada en condiciones de tomar una decisión informada y plenamente responsable. En concreto, antes de la práctica del aborto la mujer ha de recibir, por escrito y en sobre cerrado, información “relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad” y debe transcurrir un lapso de tiempo mínimo de tres días entre la fecha de entrega de esa información y la interrupción del embarazo (art. 14). Se trata de contribuir así a que la mujer pueda valorar su situación con pleno

¹⁸ En algo más de diez años se ha duplicado el número de abortos en la población juvenil española. Según datos oficiales del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la tasa de abortos por 1000 mujeres de 19 años o menos ha pasado de 7,49 en el año 2000 a 13,67 en 2011. Y en la franja de edad entre los 20 y 24 años se ha pasado de una tasa de 11,88 en 2000 a 21,34 en 2011. El total de abortos entre mujeres menores de 20 años llegó en 2011 a 14.586, de los cuales 455 corresponden a menores de quince años. Los datos están disponibles en http://www.msc.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/tablas_figuras.htm#Tabla2

¹⁹ Varios estudios apuntan a que entre el 40 y el 50 % de los abortos practicados en España corresponden a mujeres no españolas, véase *La interrupción voluntaria del embarazo y los métodos anticonceptivos en jóvenes*, publicación del Ministerio de Sanidad y Consumo, Serie Informes, Estudios e Investigaciones, Madrid, 2007, p. 32.

²⁰ Todos los artículos que se citan a partir de aquí corresponden a la ya mencionada Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (LSSR).

²¹ Las interrupciones legales del embarazo registradas en España han ascendido de forma constante (63.756 en 2000; 91.664 en 2005; 115.812 en 2008), si bien en 2009 por primera vez se detectó un leve descenso (111.482 abortos) que algunos atribuyeron, quizás de forma demasiado precipitada, a la liberalización de la venta de la píldora del día después que se produjo ese año. Sin embargo, los años siguientes han seguido en la línea ascendente: 113.031 en 2010 y 118.359 en 2011 (fuente: Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad).

²² En Alemania, tras un complejo proceso de reforma, se perfiló un sistema de plazo con asesoramiento que ha servido de modelo a otras legislaciones. Véase LAURENZO COPELLO, Patricia, *El aborto en la legislación española: una reforma necesaria*. Madrid. Fundación Alternativas, 2005. Disponible en www.fundacionalternativas.com/laboratorio. En Europa acogen el modelo del plazo Alemania, Austria, Gran Bretaña, Francia, Finlandia, Suecia, Holanda, Italia, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca y Portugal.

conocimiento de su entorno social y normativo, dotándola de los instrumentos adecuados para tomar una decisión libre de presiones coyunturales.

El acento en los instrumentos públicos de apoyo a la maternidad es claro indicador de la voluntad del Estado de favorecer la continuación del embarazo, cumpliendo así con el deber de tutela de la vida prenatal que surge de la Constitución. Se trata de un camino alternativo a la tradicional prohibición penal del aborto pensado para tutelar al embrión con la mujer y no contra ella, como bien reconoció en su momento el Tribunal Constitucional alemán²³.

A la vista de los derechos fundamentales de la mujer implicados en un aborto no deseado -libre desarrollo de la personalidad, integridad física y moral, libertad de ideas y creencias, intimidad²⁴- el ordenamiento penal recorta la tutela de la vida prenatal para atender a esos otros intereses que durante un período determinado se consideran, de manera general, preferentes. Así las cosas, desde el punto de vista dogmático, la interrupción voluntaria del embarazo realizada dentro del plazo legalmente establecido delimita un ámbito no alcanzado por la norma penal que prohíbe el aborto consentido. Se trata, pues, de una conducta atípica²⁵, no subsumible en el art. 145 CP.

En otras palabras, el fundamento de este recorte en la protección penal de la vida prenatal puede explicarse del modo siguiente. La prohibición del aborto consentido (pensada para tutelar la vida prenatal) implica obligar a una mujer, bajo pena, a seguir con un embarazo no deseado y, en esa medida, supone una limitación intensa del ejercicio de su derecho de autonomía procreativa²⁶ derivado de los derechos fundamentales de libertad e intimidad en el contexto del respeto de la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad. Pero para que esa limitación sea legítima es preciso que no llegue hasta el punto de afectar a su contenido esencial, convirtiendo los

²³ BVerfG, Sentencia de 28 de mayo de 1993. Puede consultarse en *Juristen Zeitung* 1993.

²⁴ Sobre esta cuestión, con mayor detenimiento: LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dogmática y política criminal del aborto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 103 y ss.

²⁵ Así, QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 75; GONZÁLEZ RUS, Juan José, en MORILLAS CUEVA (coord.), *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, p. 68; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 18ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, p. 89. Propone esta misma solución para el sistema de indicaciones, ROPERO CARRASCO, *La insuficiencia del sistema de indicaciones en el delito de aborto*, en ADPCP, Vol. LVI, 2003, p. 247.

²⁶ Véase VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate acerca de la legalización del aborto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 207. También en esta línea TOMÁS-VALIENTE, Carmen, en SHAPIRO/LORA DELTORO/TOMÁS-VALIENTE, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 97 y s. Sobre la consagración del “principio de autonomía procreativa” en la jurisprudencia de la Corte Suprema de USA, DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Un discurso acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 206 y s.

derechos fundamentales de la mujer en “irreconocibles”²⁷. Por eso, si la mujer no quiere ejercer la maternidad, no es legítimo que el Derecho le exija, nada menos que bajo amenaza penal, que asuma el embarazo y las importantísimas consecuencias que de él se derivan para toda su vida futura sin dejarle un ámbito adecuado para decidir de forma autónoma. De ahí que esté plenamente justificada -e incluso mandada- la renuncia general a la tutela del embrión por vía penal durante un período determinado de la gestación con el fin de hacerla compatible con el debido respeto de los derechos básicos de la mujer. En ese plazo, que la ley española fija en las primeras catorce semanas de gestación, la interrupción voluntaria del embarazo practicada por un médico, con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer o de su representante legal²⁸, es, pues, una conducta lícita²⁹, no alcanzada por las normas penales que prohíben el aborto.

Más allá del régimen general, la ley prevé dos supuestos excepcionales en los que se permite abortar en fases más avanzadas de la gestación (indicaciones por causas médicas). En concreto, cuando se detecte un “grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada” o se diagnostique un “riesgo de graves anomalías en el feto” (art. 15). En ambos casos se trata de captar algunos problemas serios que pueden surgir en el embarazo después de la semana catorce interfiriendo en la inicial voluntad de procrear de la mujer. Estas indicaciones solo operan, en principio, dentro de las veintidós semanas de gestación, quedando prohibido el aborto a partir de ese momento. Este límite temporal coincide con el criterio médico de la viabilidad fetal, es decir, el momento a partir del cual se puede provocar un parto inducido con posibilidad de supervivencia del recién nacido. En el caso de la indicación terapéutica, se alega que el hecho de que el feto pueda sobrevivir fuera del útero de la mujer hace que desaparezca el conflicto con la vida o salud de la embarazada que justifica el aborto, quedando allanado el camino para atender a todos los intereses sin sacrificar ninguno de ellos. Un parto inducido prematuro sería suficiente aquí para contrarrestar el riesgo proveniente

²⁷ Así, VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate acerca de la legalización del aborto*, cit., p. 209.

²⁸ Estos son los únicos requisitos de los que depende la licitud general de la interrupción del embarazo en el plazo de las catorce semanas. Como se desprende del art. 145 bis CP, la ausencia del resto de los requisitos legales -información previa, período de espera y práctica en centro acreditado- puede dar lugar a responsabilidad específica del médico ejecutor, pero no torna el aborto en un caso “no contemplado en la ley”, es decir, no lo convierte en un hecho ilícito.

²⁹ Sobre la ausencia de tipicidad penal y la licitud general de la conducta, MIR PUG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011, p. 159.

del embarazo y deja el camino libre para la terapia que requiere la mujer³⁰. Ciertamente es que la escasa madurez del feto puede llevar al fracaso de las técnicas de reanimación fetal indicadas en estas situaciones, pero aun existiendo ese elevado riesgo de muerte neonatal³¹, la alternativa sigue siendo menos perjudicial que el aborto, ya que al menos abre la posibilidad de superar el conflicto sin sacrificar ninguno de los bienes en juego³². En el supuesto de anomalías fetales, desde una perspectiva práctica se alega que el plazo de veintidós semanas es suficiente para detectar la gran mayoría de estas patologías y ejecutar un eventual aborto.

Pero más allá de estos argumentos pragmáticos, la viabilidad marca un hito importante en el desarrollo de la vida prenatal porque a partir de entonces el feto ya está en condiciones de nacer y de integrarse a la sociedad sin depender para su evolución posterior de esa relación única que representa el embarazo. Esas expectativas de vida autónoma justifican que el Derecho incremente su tutela y, consecuentemente, reduzca al mínimo las posibilidades de abortar. Así se refleja en una serie de agravantes del aborto punible incorporadas recientemente a la legislación penal española³³ y es también la línea que sigue la mayoría de las legislaciones europeas, siendo alguna de ellas particularmente drástica, como sucede en Holanda donde está estrictamente prohibido abortar después de la semana veinticuatro³⁴.

³⁰ De otra opinión, VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate acerca de la legalización del aborto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 233 y ss. En contra de las restricciones temporales en el aborto terapéutico, CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Sobre la constitucionalidad y otras cuestiones de la regulación vigente de la interrupción voluntaria del embarazo*, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 17-2012, p. 4; HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, *Las propuestas de introducción de la "solución del plazo" con indicaciones en el delito de aborto: sus problemas constitucionales*, *Revista General de Derecho Penal*, nº 11-2009, p. 23.

³¹ La mortalidad neonatal en esta fase del desarrollo se sitúa en torno al 74%, si bien los profesionales de la medicina insisten en que los acelerados avances de las técnicas sociosanitarias apuntan a cotas más elevadas de supervivencia en muy poco tiempo.

³² La ley italiana (Ley nº 194 de 22 de mayo de 1978) permite la interrupción de la gestación en caso de peligro para la vida de la mujer aunque exista la posibilidad de vida autónoma del *nasciturus*, pero en tal caso exige al médico que tome "todas las medidas idóneas para salvaguardar la vida del feto" (art. 7). De ello se infiere que en realidad no está autorizando las maniobras directamente dirigidas a destruir al feto sino más bien la realización de un parto pretérmino, asumiendo el riesgo de muerte neonatal como consecuencia obligada de la preeminencia de la vida de la mujer.

³³ La LO 2/2010 incorporó una agravante específica para el delito de aborto consentido "cuando la conducta se llevare a cabo a partir de la vigésima segunda semana de gestación" (art. 145.3), agravante que de forma más desafortunada se incluyó también en el art. 145 bis 2 (véase la crítica a esta última decisión legislativa en LAURENZO COPELLO, *Dogmática y política criminal del aborto*, cit., pp. 58 y s.). Es incomprensible, en cambio, que no se haya incorporado la misma agravación en el caso de aborto no consentido del art. 144 CP.

³⁴ A partir de ese momento el hecho es delictivo. El art. 82 del Código penal holandés dispone que "quitar la vida de una persona o de un recién nacido incluye la destrucción del feto que razonablemente se presume capaz de sobrevivir independientemente de la madre".

Con todo, la LSSR contempla dos situaciones muy excepcionales en las que se permite el aborto sin supeditarlo a plazo alguno. Se trata de los supuestos de “anomalías fetales incompatibles con la vida” y de detección tardía de alguna “enfermedad extremadamente grave e incurable” en el feto (art. 15). En este último caso se prevé la intervención de un comité clínico que confirme el diagnóstico, siendo siempre la mujer quien decide en última instancia. Ambos son casos extremos donde el deseo maternal se ve truncado por acontecimientos dramáticos que solo la mujer puede gestionar, por lo que resultaría totalmente desproporcionado que el Derecho la obligara a continuar con el embarazo bajo amenaza penal³⁵. A lo que se puede añadir, en el supuesto de anomalías incompatibles con la vida (cardiopatías severas, feto anencefálico, etc.), que ni siquiera cabe hablar ya de una tutela constitucional de la vida prenatal, puesto que la total incapacidad del feto para convertirse en una “persona” hace desaparecer la dimensión que fundamenta su condición de bien jurídico amparado constitucionalmente³⁶.

Tal como se viene diciendo a lo largo de este trabajo, un requisito esencial de todo aborto legal es el consentimiento expreso de la mujer embarazada³⁷. La LSSR reconoce capacidad para consentir no solo a las mujeres mayores de edad sino también a las menores a partir de los dieciséis años, si bien en estos casos se impone la obligación de informar de su decisión “al menos a uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres”, salvo “cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo” (art. 13).

³⁵ Así lo estableció el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el caso *K.L. vs Perú* (un hospital público de Perú negó el aborto a una adolescente que en 2001 gestó un feto anencefálico, obligándola a dar a luz y amamantarlo hasta que murió cuatro días más tarde), donde dijo que obligar a una mujer a continuar la gestación en estas condiciones constituye una violación al derecho a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes y al derecho a la privacidad de las personas. Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 24 de octubre de 2005 (CCPR/C/85/D/1153/2003).

³⁶ SSTC 212/1996, de 19 de diciembre (FJ 5) y 116/1999, de 17 de junio.

³⁷ El art. 13 de la LSSR remite a la Ley 41/2002, de *Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, en lo referente a la posibilidad de prescindir del consentimiento expreso. En concreto, el art. 9.2. de esta ley dispone que “los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: ...b) Cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”.

Muchos son los argumentos que permiten justificar la opción legal de respetar la decisión de la menor aun en contra de la voluntad de sus padres, entre los que cabe destacar que la maternidad en la adolescencia marcará definitivamente su vida futura y condicionará sus expectativas vitales de forma sustancial. Sin despreciar la importancia del apoyo de los progenitores en un momento tan delicado de la vida de una adolescente, no parece razonable imponer a estas mujeres, nada menos que bajo amenaza penal, la obligación de hacer lo que otros decidan por ellas. Además, tampoco debería subestimarse el riesgo de un retorno a la clandestinidad si se les niega la capacidad de decisión. Porque es obvio que el problema no lo tienen las menores que cuentan con la comprensión de sus padres en el ejercicio de su propia sexualidad sino las que aún viven esta parcela de su vida con un sentimiento de culpa que las impulsa al secretismo. Y si ese es el motivo, ninguna ley las obligará a revelar su secreto a los padres. Antes bien, es posible que acudan a vías alternativas mucho más peligrosas para su salud y más expuestas al descontrol y el abuso.

Por eso es razonable que la ley deje en sus manos la decisión última aun a riesgo de contradecir la voluntad paterna o materna. Con todo, la viva polémica que desató esta opción legal desembocó en una serie de transacciones políticas que acabaron por desvirtuar notablemente el principio general hasta el punto de exigir a las menores que acudan al centro donde se practicarán el aborto con su representante legal a fin de acreditar que ha sido correctamente informado de su decisión³⁸, una exigencia que en la práctica deja sin efecto el respeto debido a su privacidad.

Por último, la LSSR concede a la interrupción del embarazo el carácter de servicio del Sistema Nacional de Salud, lo que implica imponer a los poderes públicos la obligación de garantizar la prestación a todas las mujeres que lo soliciten cumpliendo con los requisitos legales (art. 18). Se reconoce igualmente el derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario, si bien sólo se admite la excusa respecto de actos directamente relacionados con el aborto³⁹. La Ley deja claro que todos los profesionales

³⁸ Art. 8.1 del Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, que desarrolla la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva.

³⁹ Desde que entró en vigor la LSSR en 2010 varios médicos de atención primaria han reivindicado ante los tribunales su derecho a la objeción de conciencia respecto a la obligación legal de proporcionar información a las mujeres sobre la interrupción del embarazo y derivarlas, en su caso, a un centro concertado para llevar a cabo la intervención. Aunque hay resoluciones contradictorias de diversos órganos judiciales, últimamente el Tribunal Superior de Justicia se ha pronunciado de forma contundente en contra de aquellas reivindicaciones alegando que “el derecho a la objeción de conciencia en relación a la interrupción voluntaria del embarazo no es un derecho fundamental que quepa incardinarlo en el art.

sanitarios, sin excepción alguna, están obligados a dispensar “tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una interrupción del embarazo” (art. 19.2)⁴⁰. Además, la objeción ha de ser siempre individual y debe manifestarse por escrito y de forma anticipada (art. 19). Estas exigencias se dirigen a acabar con el recurso abusivo a la objeción de conciencia en la sanidad pública que durante la vigencia de la ley anterior consiguió bloquear la práctica de abortos legales en hospitales públicos.

5. Sobre la adecuación constitucional del sistema mixto de plazos e indicaciones

La dura polémica que precedió en España al primer proceso de despenalización del aborto en la década de los ochenta desembocó en un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que reconoció la legitimidad del sistema de indicaciones, basándose en la idea del conflicto de intereses como presupuesto relevante para justificar la parcial desprotección de la vida prenatal con el fin de atender a diversos derechos fundamentales de la embarazada comprometidos en un embarazo no deseado⁴¹.

Partiendo de esa premisa, los grupos conservadores se han apresurado a propagar la supuesta inconstitucionalidad del sistema del plazo recogido en la LSSR alegando que supone la total desprotección del embrión durante la fase inicial del

16.1 de la Constitución... por el contrario, es objeto de una regulación legal ordinaria, a la que el interesado debe sujetarse en cada caso concreto estando excluida de la misma la atención médica anterior y posterior a la intervención propia de la interrupción del embarazo”. Y todo ello sobre la base de que “el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general a través del artículo 16, equivaldría en la práctica a que la eficacia de las normas jurídicas dependería de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría socavar los fundamentos mismos del Estado de Derecho” (Sentencia del TSJ de Andalucía nº 419/2013, de 18 de febrero, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª).

⁴⁰ LUZÓN PEÑA se ha manifestado recientemente en contra de las restricciones impuestas por la LSSR a la objeción de conciencia al considerarla “parcial y restringida” por no contemplar ese derecho para el personal sanitario en relación al deber de dar información general sobre la interrupción del embarazo y para los farmacéuticos en lo referente a la dispensación de medicamentos abortivos. De sus observaciones parece deducirse la posibilidad de ampliar el derecho más allá de la ley en atención al principio de ponderación de intereses, atendiendo a las escasas repercusiones que para el servicio público puede tener la objeción de un sanitario concreto frente a la importancia del imperativo moral que lleva a muchos médicos a negarse a intervenir, siquiera sea de forma indirecta, en un aborto. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción*, InDret 1/2013, pp. 6 y ss.

⁴¹ STC 53/1985, de 16 de abril.

embarazo para hacer primar de forma absoluta la decisión de la mujer, lo que supondría prescindir de la idea de conflicto de intereses propuesta por el Tribunal Constitucional. Con este y otros razonamientos, setenta y un diputados del Partido Popular presentaron el 1 de junio de 2010 un recurso de inconstitucionalidad contra la LO 2/2010 todavía pendiente de resolución⁴².

Si bien es imposible entrar aquí en todos los detalles de la polémica, conviene recordar que el modelo del plazo es un sistema de *regulación jurídica* del aborto consentido, lo que significa que la ley pone límites a la libertad de decisión de las mujeres por mucho que le conceda especial protagonismo en la primera fase del embarazo⁴³. Por otra parte, nada hay en las premisas trazadas por el Tribunal Constitucional que cierre las puertas al modelo del plazo: primero, porque el alto tribunal no se pronunció sobre este modelo sino solo sobre el sistema de indicaciones recogido en la ley de 1985, que fue el que se sometió a su juicio; y, sobre todo, porque ninguno de los argumentos jurídicos que entonces elaboró el TC impide postular la legitimidad de otras alternativas. En este punto todavía permanecen abiertas casi todas las posibilidades⁴⁴, con exclusión, eso sí, de aquellas propuestas extremas que propugnan la total desaparición del delito de aborto.

Cierto es que el Tribunal Constitucional ha dejado claro que la vida prenatal “encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el artículo 15 de la Constitución”, por lo que “constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional”⁴⁵. Ese encuadre normativo da lugar, según el alto tribunal, al deber del Estado de “establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma” y que, dado su carácter fundamental, “incluya también, como última garantía, las normas penales”⁴⁶. En otras palabras: la condición de bien jurídico constitucional que el Tribunal reconoce al neonato obliga al Estado a otorgarle una tutela jurídica adecuada que en alguna medida incluya al Derecho penal. Pero ello no significa que la vía penal deba ser la única forma

⁴² El TC solo se ha pronunciado hasta el momento para denegar la suspensión que pretendían los recurrentes de los preceptos impugnados de la LO 2/2010. Véase el Auto TC 90/2010.

⁴³ De hecho, muchos sectores del feminismo se muestran descontentos con la solución del plazo precisamente porque aspiran a algo mucho más amplio: la total desregulación del aborto consentido para que las mujeres puedan decidir por sí mismas sin ataduras jurídicas de ninguna clase.

⁴⁴ Así también GONZÁLEZ CUSSAC/VALDECABRES, *El anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, Revista Xurídica Galega, nº 59/2008, p. 18.

⁴⁵ STC 53/1985, F. J. 5. También STC 116/1999, F. J. 5.

⁴⁶ STC 53/1985, F. J. 7.

de tutela, ni siquiera la preferente. Lo esencial es que del ordenamiento en su conjunto, incluido el Derecho penal, se infiera con claridad una política pública respetuosa de la vida en gestación.

Y nada de esto se pierde de vista en la regulación de la LSSR, si bien aquí se da la vuelta al razonamiento que tradicionalmente ha imperado a la hora de ponderar los intereses que confluyen en un embarazo no deseado con el fin de atender en primer lugar a la peculiaridad absoluta que supone el embarazo en la vida de las mujeres, una situación que no pasó inadvertida al Tribunal Constitucional. Solo así se entiende que en su Sentencia de 1985 calificara al aborto como “un caso límite en el ámbito del Derecho... porque el vínculo natural del *nasciturus* con la madre fundamenta una relación de especial naturaleza de la que no hay paralelo en ningún otro comportamiento social”⁴⁷, una “especificidad de la condición femenina” que supone la implicación en el ámbito de la maternidad de una serie de derechos básicos de la persona, comenzando por la dignidad entendida como “valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”⁴⁸.

Se trata de un punto de partida difícilmente compatible con la técnica tradicional de ponderación de los intereses comprometidos en el aborto que se basa exclusivamente en el alto valor de la vida del neonato y relega los derechos fundamentales de la mujer a un lugar secundario, meramente limitador de ese otro bien previamente erigido -al menos a efectos del procedimiento de ponderación- en preferente⁴⁹. Este enfoque demuestra la escasa atención que en general se ha prestado en el tema del aborto “a los derechos de libertad de la mujer embarazada”⁵⁰ y es deudor del modelo de indicaciones que solo atiende a sus intereses de forma excepcional y previamente tasada⁵¹.

Por eso tiene sentido que se invierta el razonamiento. En efecto, si se parte de la escala de valores que estableció en su momento el TC al describir el conflicto característico del aborto como la confluencia de un haz de auténticos derechos

⁴⁷ STC 53/1985, F.J. 1.

⁴⁸ STC 53/1985, F.J. 8.

⁴⁹ Este enfoque metodológico lo adoptó también el BVerfG en su primera sentencia de 1975, en la que se apoyó de forma evidente el TC español para su pronunciamiento de 1985. Sobre el caso alemán, véase HASSEMER, Winfried, *La regulación de la interrupción voluntaria del embarazo*, en HUERTA TOCILDO/ PÉREZ MANZANO, “Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral”, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 22 y ss.

⁵⁰ Voto Particular del Magistrado Francisco Tomás y Valiente a la STC 53/1985.

⁵¹ Véase en este sentido ROPERO CARRASCO, Julia, *La insuficiencia del sistema de indicaciones en el delito de aborto*, cit., pp. 240 y s.

constitucionales de la mujer frente a un bien jurídico que se infiere del derecho a la vida (art. 15 CE) sin alcanzar el rango de derecho fundamental, lo coherente es optar por el enfoque inverso, tomando como punto de referencia los intereses de más alto rango -es decir, los derechos fundamentales de la mujer- para desde ahí evaluar hasta dónde es posible limitarlos, sin afectar a su contenido esencial, en favor de la tutela -también legítima- de la vida prenatal⁵². Así lo hizo la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el famoso caso *Roe vs Wade*, en el que se sentaron las bases para el tratamiento constitucional de la regulación legal del aborto en ese país como un problema de límites al inalienable derecho de las mujeres a decidir sobre cuestiones pertenecientes al núcleo duro de su vida personal (*privacy*).

Esta última perspectiva resulta coherente con el reconocimiento que hace el propio TC del embarazo como una realidad singular -sin parangón en otros acontecimientos sociales- que implica a la mujer en cuerpo y espíritu, comprometiendo su vida actual y todo su futuro. Un punto de vista que invalida las fórmulas aparentemente “neutrales” que presentan el problema del aborto como un conflicto aséptico entre la vida prenatal y ciertos intereses concretos de la embarazada susceptibles de ser captados y valorados desde fuera por un observador (supuestamente) imparcial⁵³. Si se trata de un trance en el que está comprometida la propia dignidad de la mujer como “valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de su propia vida”,

⁵² Así, TOMÁS-VALIENTE, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*, cit., pp. 88 y s. También CUERDA ARNAU, *El debate acerca de la legalización del aborto*, cit., p. 209, quien con razón afirma que precisamente ese deber de respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales justifica la previsión del art. 12 de la LO 2/2010 en el sentido de que las condiciones para la interrupción del embarazo “se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación”.

⁵³ El hecho de que este punto de vista se venga imponiendo desde hace años en el debate sobre el aborto no significa que sea el más acorde con nuestro modelo constitucional. Lo único que significa es que en el discurso jurídico predominante se sigue dando la espalda a la perspectiva de las mujeres, oculta tras un manto de pretendida neutralidad argumentativa que intenta descalificar los postulados de la teoría feminista tachándolos de “ideológicos” -como si la ideología no estuviera presente en todos los razonamientos vinculados al Derecho-. No otra cosa se desprende de las palabras de Ángel Gómez Montoro cuando, lamentándose de la ausencia de referencias en la LO 2/2010 “al mal que supone el aborto”, dice que “todo ello evidencia un modelo ideológico de acercarse al embarazo que...está muy alejado de nuestros valores constitucionales y de la manera en que los mismos vienen siendo interpretados por nuestra jurisprudencia, constitucional y ordinaria” (en HUERTA TOCILDO/ PÉREZ MANZANO, *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 85). Por no citar otros ataques furibundos al feminismo que de modo absolutamente irresponsable y sin fundamento alguno identifican la “ideología de género” con la consideración de la “maternidad como una enfermedad” (CORRAL GARCÍA, *El supuesto derecho de la mujer para decidir sobre su maternidad: una visión crítica*, La Ley Penal nº 69-2010, p. 18.).

como dice el TC⁵⁴, entonces parece obligado prestar atención a su más íntima subjetividad en lugar de tratarla como el mero receptáculo físico-biológico de una vida ajena⁵⁵.

Nada de ello supone desconocer ni abandonar la tutela del embrión/feto. Solo implica darle la vuelta al razonamiento jurídico y comenzar por los derechos fundamentales de la mujer directamente comprometidos en un embarazo no deseado para, desde ahí, establecer los límites que los hagan razonablemente compatibles con la obligación del Estado de proteger (también) la vida prenatal⁵⁶.

Así las cosas, la atención ha de centrarse, en primer lugar, en la legítima pretensión de respeto que corresponde a toda mujer de su libertad para decidir cómo y cuándo ejercer la gran responsabilidad que supone ser madre, una pretensión que emana de la idea misma de dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y que requiere, por tanto, el reconocimiento legal de un ámbito suficiente de decisión no condicionado por una amenaza penal. Un sistema de protección del embrión/feto que no contemple ese espacio de autonomía de la mujer, imponiéndole la continuación del embarazo bajo pena durante todo su desarrollo, afecta al núcleo duro de sus derechos fundamentales⁵⁷ y puede ser, en esa medida, ilegítimo⁵⁸.

Pero ese ámbito de autonomía no tiene por qué ser ilimitado y, de hecho, no puede serlo si el legislador ha de cumplir igualmente con el deber de tutela de la vida prenatal que, según jurisprudencia del TC, emana del art. 15 de la norma fundamental. En consecuencia, la conformidad de una determinada regulación de la interrupción del embarazo con la Constitución dependerá de que se alcance un equilibrio aceptable entre la autonomía personal de la mujer para decidir sobre su maternidad y un sistema eficaz de tutela de la vida prenatal (que no necesariamente ha de ser siempre penal).

Y estos parámetros los cumple la LO 2/2010 en tanto estructura un modelo equilibrado en el que va moderando la atención a los distintos bienes implicados en

⁵⁴ STC 53/1985, F.J. 8.

⁵⁵ En este sentido, GARCÍA PASCUAL, Cristina, *Cuestiones de vida y muerte. Los dilemas éticos del aborto*, en *Derechos y Libertades*, nº 16, 2007, p. 2003.

⁵⁶ En esa medida me parece apriorístico postular la ilegitimidad de toda regulación del aborto que no se base en una ponderación de ciertos intereses concretos objetivamente enumerados, en el sentido del sistema de indicaciones. De esa opinión, rechazando el modelo del plazo por entender que desprotege de forma absoluta al embrión/feto, HIGUERA GUIMERÁ, *La solución del plazo y la indicación de grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada*, cit., p. 18.

⁵⁷ Así, CUERDA ARNAU, *El debate acerca de la legalización del aborto*, cit., p. 207.

⁵⁸ Véase TOMÁS-VALIENTE, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*, pp. 97 y ss.

consonancia con la progresiva evolución del desarrollo embrionario y fetal⁵⁹. Obviamente eso requiere dar preferencia a uno u otro según el momento del que se trate -en eso consiste la ponderación-, pero no significa la desprotección total del que resulta preterido, sino, en todo caso, la adopción de fórmulas distintas a la tradicional vía punitiva.

Así, al inicio de la gestación se da preferencia por un período suficiente (catorce semanas) a la decisión de la embarazada, sin interferir en su autonomía más allá de lo razonable para prevenir decisiones marcadas por circunstancias puramente coyunturales o por la precipitación y la angustia que puede provocar un embarazo no esperado ni buscado. Durante esa fase, la tutela de la vida prenatal se concreta en un sistema preventivo *general* -expresado en un conjunto de medidas sobre sexualidad responsable y sexo seguro que pretenden reducir los embarazos no deseados y, con ello, el indeseable recurso al aborto- y *particular*, a través de mecanismos extrapenales destinados a garantizar una decisión reflexiva de la mujer que evite abortos marcados por factores susceptibles de superarse sin necesidad de interrumpir la gestación - información obligatoria sobre derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad y período de reflexión de tres días- y también penales, puesto que el Código pone bajo pena la práctica de interrupciones del embarazo sin respetar los requisitos procedimentales establecidos en la ley (art. 145 bis CP)⁶⁰.

Pasado ese período inicial, los derechos de la mujer ceden protagonismo a la vida prenatal, que adquiere preeminencia hasta el final del embarazo. Y es razonable que así sea puesto que a la embarazada se le ha garantizado ya un período suficiente

⁵⁹ Así lo reconoce el Dictamen del Consejo de Estado de 17 de septiembre de 2009 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, admitiendo la constitucionalidad de la nueva normativa a partir, básicamente, del debido respeto a la intimidad de la mujer y de la idea, nada desdeñable, de que la mayor garantía para el feto es la “autorresponsabilidad de la propia madre gestante” (p. 32).

⁶⁰ No es cierto, pues, que en esta fase inicial del embarazo el legislador se “desentienda” de la tutela de la vida prenatal, como se afirma en el recurso de inconstitucionalidad presentado por los diputados del Partido Popular. Lo que pasa es que el debido respeto a la autonomía de la mujer (que en ningún momento tienen en cuenta los recurrentes, como si los derechos constitucionales no fueran con ella) requiere la búsqueda de fórmulas alternativas cuya eficacia no tiene por qué ser menor que la amenaza penal. De hecho, si algo demostraron los largos años de prohibición absoluta del aborto es que su eficacia preventiva era mínima y solo conseguía favorecer la proliferación de abortos clandestinos con serios riesgos para la salud e incluso la vida de las mujeres, sin por ello evitar la destrucción del embrión/feto. Recientemente vuelve a llamar la atención sobre este riesgo asociado a los modelos restrictivos del aborto, SOUTO GARCÍA, Eva María, *Mujer y vida prenatal: ¿dos realidades irreconciliables? Análisis sobre la posible reforma en materia de aborto*, Anuario de la Facultade de Dereito de la Universidade da Coruña, nº13-2009, p. 784.

para ejercer su derecho a decidir⁶¹ sin más interferencias externas que las indispensables para contribuir a una decisión reflexiva⁶². A partir de la décimo quinta semana de gestación, el aborto solo se autoriza en ciertas situaciones específicas de conflicto donde aparecen comprometidos de forma intensa la vida o la salud de la embarazada (indicación terapéutica) o su libertad ante la fuerte sobrecarga personal que supone ser madre de un hijo o hija con graves anomalías físicas o psíquicas (indicación embriopática). Fuera de esas situaciones excepcionales, el ordenamiento jurídico da preferencia a la tutela de la vida prenatal, que se expresa a través de la prohibición penal del aborto consentido (art. 145 CP).

Una tutela que se refuerza cuando el feto alcanza la fase de viabilidad extrauterina atendiendo al importante salto cualitativo que supone la posibilidad de supervivencia fuera del útero de la mujer y, con ello, la posible incorporación del nuevo ser humano a la sociedad (como dice la STC 53/1985). Llegados a este punto, que la ley fija pasada la vigésimo segunda semana de gestación, las excepciones a la punibilidad se limitan, como hemos visto, a dos casos extremos. El primero, cuando se detectan anomalías determinantes de la inviabilidad fetal -“incompatibles con la vida”-, en cuyo caso no solo desaparece la cobertura constitucional del feto (STC 212/1996, F.J. 5) sino que todos los intereses apuntan en la misma línea, ya que se trata de limitar en lo posible los efectos perversos de una maternidad frustrada y, al mismo tiempo, evitar sufrimientos innecesarios a un feto que carece de perspectivas de vida. El segundo, cuando se detecta de forma tardía una enfermedad extremadamente grave e incurable en el feto. Sin duda, las posibilidades de supervivencia del feto -aunque en condiciones profundamente desfavorables- asociadas a su avanzado estadio de desarrollo, hacen especialmente difícil encontrar aquí una explicación para el levantamiento de pena. Pero como dijo el propio TC en la sentencia 53/1985, el Derecho penal no puede ignorar ciertas situaciones objetivas en las que el futuro hijo puede representar “una carga

⁶¹ Con razón dice DWORKIN que “en casi todos los casos, una mujer sabe que está embarazada con la suficiente anticipación como para adoptar una decisión meditada antes de que el feto sea viable. Esto sugiere que un Estado no impone una carga excesiva sobre el derecho de las mujeres a decidir si insiste en que decidan antes de esa etapa” (que en el caso del Derecho español es bastante antes de que se llegue a la fase de viabilidad extrauterina): DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida*, cit., p. 221.

⁶² Un período que, además, coincide para muchos con una fase del desarrollo embrionario de un valor menos intenso que las siguientes. Véase, por ejemplo, ATIENZA, Manuel, en *El Notario del siglo XXI*, revista electrónica del Colegio Notarial de Madrid, de 26 de febrero de 2009 (http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=1734&seccion_ver=0)

insuportable” para la mujer, tornándose inexigible una conducta distinta⁶³. Y pocas situaciones pueden resultar más comprensibles desde esa perspectiva que la certeza de dar a luz un hijo o hija con gravísimas anomalías. Por eso, no parece admisible desde el punto de vista de la dignidad personal que a una mujer que se encuentra ante ese trance extremo se la someta a la disyuntiva de asumir una maternidad sumamente conflictiva o exponerse a una condena penal. La forma como la LO 2/2010 recoge este supuesto - separándolo claramente de la indicación embriopática general y revistiéndolo de especiales exigencias en la fase de diagnóstico- resulta suficiente para poner de manifiesto su total excepcionalidad, que en nada debilita el mensaje de desaprobación general del aborto tardío⁶⁴.

En suma, la LSSR establece un sistema gradual de protección de la vida prenatal que tiende a compatibilizarla con un ámbito suficiente de libertad de decisión de la mujer. Hay, pues, espacio para una sentencia que declare la constitucionalidad de este nuevo modelo⁶⁵ que ha situado a nuestro ordenamiento interno en la línea predominante en los países de nuestro entorno.

⁶³ STC 53/1985, F.J. 9. Véase también, CARBONELL MATEU, *Sobre la constitucionalidad y otras cuestiones de la regulación vigente de la interrupción voluntaria del embarazo*, cit., p. 5.

⁶⁴ De otra opinión, CUERDA ARNAU, *El debate acerca de la legalización del aborto*, pp. 242 y ss.

⁶⁵ También así, TOMÁS-VALIENTE, en *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*, cit., pp. 87 y ss.

APROXIMACIÓN A LA VIOLENCIA JUVENIL COLECTIVA DESDE UNA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA (BANDAS, TRIBUS Y OTROS GRUPOS DE CALLE)

María Luisa Maqueda Abreu
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Granada*

Resumen: El presente trabajo ofrece una aproximación a la violencia juvenil, en particular al fenómeno de las bandas, desde la óptica de la Criminología crítica. A tal fin, revisa el conocimiento criminológico clásico o tradicional sobre la materia. En dicho recorrido se aprecia una evolución hacia las teorías del control social, así como una clara repercusión de estos planteamientos en la política criminal contemporánea en materia de violencia grupal de jóvenes. Ello debe entenderse en el marco de la nueva cultura del control y su relación con la llamada Criminología del otro. El trabajo incluye asimismo un estudio sobre la realidad española como experiencia, con una atención a la visibilización social de los actores en conflicto como origen en buena medida del problema, al rol desempeñado por los medios de comunicación en una sociedad caracterizada por el miedo y la consistente reacción institucional en la vía de una mayor punitividad. En particular, este progresivo endurecimiento de las estrategias de control se refleja en nuevos controles del espacio público, en el lenguaje de las leyes, etc. El artículo termina con unas reflexiones sobre la Criminología y su futuro.

Palabras clave: Violencia juvenil; bandas; tribus urbanas; criminología crítica; teorías del control social; Criminología del otro.

Abstract: The present paper offers an approximation to juvenile delinquency, in particular to gangs, from the point of view of critical Criminology. It offers a summary of classical and traditional criminological knowledge in the matter. An evolution towards social control theories can be ascertained, as well as a repercussion of its arguments in contemporary criminal policy in the case of group violence by juveniles. This phenomenon must be understood in the frame of a new culture of control and its relationship with the so called Criminology of the other. This paper includes as well an assessment of the Spanish reality as experience. It pays special attention to the social over-visibility of actors in conflict as a source for the problem; to the role played by media in a society of fear and to the consistent institutional reaction via punitivity. In particular, this progressive hardening of control strategies is reflected in the new controls of the public space, the language used by the law and so on. The paper concluded with some reflections about the future of Criminology.

Keywords: juvenile violence; gangs; urban tribes; critical Criminology; social control theories; Criminology of the other.

I. Introducción

Después de la larga tradición norteamericana de estudios criminológicos en torno a las bandas urbanas, como prototipo de grupos juveniles violentos, parecían agotados los saberes interesados por su existencia o aún por su supuesta proliferación en nuestras sociedades globales. Las respuestas científicas elaboradas por las teorías sociológicas clásicas de la desorganización social, del aprendizaje, del conflicto cultural o de las subculturas... parecían ser suficientes como factores explicativos de las distintas formas de desviación juvenil. Un dato significativo es que no hayan perdido actualidad y sigan estando presentes en cualquier investigación criminológica de grupos de calle.

Sin embargo, no son hoy las fuentes de inspiración de la política criminal contemporánea. Aún cuando la gran mayoría de estudios teóricos sobre bandas siga recurriendo a esas viejas -y fructíferas- teorías como expedientes causales de la violencia colectiva de los jóvenes, hay nuevos “saberes criminológicos” que se interesan menos por esas causas y por sus soluciones sociales y que se preocupan más por su control. En el origen de las modernas teorías criminológicas hay todo un conjunto de condicionamientos ideológicos y estructurales de carácter político y económico que justifican su aparición. Desde la crisis del Estado de bienestar y de sus pretensiones de solidaridad e integración sociales hasta la entrada de fórmulas de cálculo económico empresarial en el diseño de las actuaciones públicas frente al delito. Las nuevas criminologías de la vida cotidiana y la criminología del otro se disputan de ese modo el vacío dejado por las viejas políticas del welfarismo penal¹.

Ahora que se ha trasladado a Europa la emergencia del reconocimiento de las bandas, después de décadas de negociación con la realidad -que algunos han preferido llamar “negación”² - empiezan a visibilizarse las consecuencias del nuevo discurso científico sobre la violencia de los jóvenes que está generando una voz oficial, casi monolítica, de disciplinamiento y de criminalización indiscriminada y creciente. Bajo su impulso, esas bandas, a menudo estigmatizadas por el discurso dominante, aparecen interesadamente confundidas con asociaciones de calle u otros grupos de ocio que se ven expuestos, en razón a la supuesta antisocialidad que denotan sus imágenes provocadoras, a fuertes medidas de acoso para controlar su presencia en los espacios

¹ GARLAND (2005), 297, 305 ss.

² KLEIN (2001), 7.

públicos. La representación jóvenes/pandillas/violencia -reforzada cuando se trata de inmigrantes- se instala en el imaginario colectivo y su impacto mediático es tan potente que sirve de coartada a políticas penales progresivamente invasivas y devastadoras. Son el resultado de una cultura del control que exhibe el lenguaje de la guerra y de la defensa social³. Y en este alineamiento de la Europa penal por arriba, a la que se refiere WACQUANT⁴, ocupa un lugar destacado el caso español con sus nuevas ordenanzas cívicas que avanzan en la línea represiva de la vieja ley de seguridad ciudadana de 1992 y el sucesivo endurecimiento de la respuesta penal para los jóvenes a través de estrategias de tolerancia cero que están contaminando el lenguaje de las leyes y de todo el aparato de la justicia criminal. Pero hay todavía otras construcciones criminológicas que cuestionan la legitimidad ideológica de esa “mono-cultura” diseñada en las agencias de los ministerios de justicia, como la describe SWAANINGEN. Pienso como el autor que las distintas elaboraciones teóricas de la criminología crítica acerca del contexto socio-económico del delito y su control no han perdido validez y tienen todavía mucho que decir ante el actual declive del Estado de bienestar, la globalización del modelo económico neo-liberal, la creciente división de la sociedad y la consiguiente exclusión de nuevas clases “peligrosas” o descartables en las sociedades industrializadas en nombre de la seguridad y el orden. La criminología, pues, como “una crítica de la ideología”⁵, de esa ideología.

En esta línea ajena a la ortodoxia criminológica se mueve igualmente la que se conoce como criminología cultural, especialmente interesada en huir del positivismo existente en las investigaciones al uso sobre las organizaciones juveniles de calle para destacar el significado socio-político de sus acciones en el marco de las sociedades post-industriales caracterizadas por un alto grado de fragmentación espacial y económico social. El objeto de su interés reside en el análisis de los espacios que esos jóvenes construyen desde su marginalidad para combatir la violencia institucional y cultural estructural. Entender por qué surgen, dice SASSEN, es entender a la sociedad porque el auge de esas organizaciones no es algo anómalo ni una distorsión de las tendencias sociales profundas sino un resultado estructural de ellas. No hay que buscar en fallas individuales ni de hogares ni de barrios sino en las dinámicas profundas de la sociedad⁶.

³ GARLAND (2005), 300.

⁴ WACQUANT (2000), 147.

⁵ VAN SWAANINGEN (2002), 278 ss.

⁶ SASSEN (2008), 11.

Merece la pena empezar nuestro análisis por esas teorías criminológicas de signo etiológico que se proponen precisamente buscar en esas fallas socioestructurales, situacionales o personales las razones de la existencia de estos grupos y de su amenaza para el orden social.

II. Un recorrido por los saberes criminológicos clásicos en torno a las bandas y otros grupos de calle

El concepto de banda fue construido por los sociólogos americanos del primer cuarto de siglo pasado para dar sentido a una experiencia juvenil marcada por una determinada realidad de tiempo y lugar⁷. El rápido crecimiento urbano provocado por el proceso de industrialización acelerada de finales de siglo había dado como resultado en ciertas ciudades norteamericanas la segregación de zonas empobrecidas y étnicamente heterogéneas por el efecto de las migraciones que, gracias a la movilidad de sus habitantes y a la relajación de los mecanismos de control personalizados, habían perdido las pautas culturales de autoridad y de interacción comunitaria compartidas. Ese era el contexto de desorganización social al que se referían los criminólogos de la Escuela de Chicago como determinante de la aparición espontánea de grupos de pares que, fruto de la exclusión, se concertaban para la realización de actividades lúdicas en la nueva geografía urbana y que, a partir de experiencias conflictivas con el vecindario y otros grupos de jóvenes, recibieron el nombre de bandas⁸:

MCDONALD subraya esas dos dimensiones de la constitución de esos nuevos grupos asociados con experiencias migratorias: primera, la banda es una respuesta a la desorganización social: ella produce orden en un mundo de desorden; segunda, la banda es una respuesta a las barreras a la participación social: excluidos de la sociedad, sus miembros encuentran recursos en un territorio y lo hacen propio⁹.

Este primer enfoque ecológico de los años cincuenta se prolongaría a través de los desarrollos criminológicos posteriores preocupados por la emergencia creciente de la *underclass* urbana. Una marginalidad múltiple que alcanzaba a los miembros de las

⁷ MCDONALD (2003), 66.

⁸ KAZYRYTSKI (2009). FEIXA S (2006), 61 ss.

⁹ MCDONALD (2003), 66.

bandas que vivían en áreas ecológicamente marginales, que eran afectados por las presiones de economías marginales y que tenían identidades étnicas y personales asimismo marginales¹⁰. Nuevos factores de desorganización social vinieron a añadirse en las áreas afectadas a los que habían marcado años antes la etiología de las bandas: una pobreza cada vez más homogénea, pérdida de modelos de vida convencionales, falta de cohesión social, creciente desempleo, aislamiento social, defectos de control informal, densidad de la población o mayor visibilidad de modelos de vida desviados ...¹¹.

Y lo que parecía una experiencia temporal, específicamente norteamericana, llegó a convertirse en un modelo global explicativo de la desviación juvenil.

Es muy significativo, por ejemplo, que esas condiciones de desorganización social se hayan esgrimido como factores causales de los disturbios violentos de jóvenes sucedidos en Francia durante el otoño de 2005. Podría decirse, afirma CANO, que cuando los barrios periféricos de las ciudades francesas pasan a convertirse en áreas de desorganización social, acumulando así los inconvenientes propios de los suburbios o guetos, es decir, paro, delincuencia, inmigración, desestructuración familiar, degradación urbana, miseria y frustración, la emergencia de actividades desviadas y/o delictivas por parte de sus miembros, entre ellos los menores y jóvenes, habría que considerarla como una consecuencia lógica, relacionada íntimamente con las condiciones propias del barrio¹².

Creo que no ha dejado de serlo. Tiene razón, por ello, VENKATESH cuando afirma que la investigación de bandas de calle continua siendo definida a partir del paradigma ecológico humano¹³. Las distintas corrientes criminológicas lo han seguido usando, en efecto, como campo de referencia cada vez que se interesan por la desviación juvenil en un contexto de ruptura social y de fragmentariedad cultural: sea para explicar el aprendizaje de comportamientos antisociales a través de la interacción entre los grupos personales más íntimos y más afines, sea para justificar problemas de adaptación e integración social a partir de conflictos normativos. Me refiero a teorías como la de la asociación diferencial¹⁴ o la del conflicto cultural¹⁵. La formación de subculturas no es, por otra parte, sino una consecuencia más de este proceso de fractura

¹⁰ ESBENSEN/DESCHENES (1998), 801. KAZYRYTSKI (2009).

¹¹ Con detalle, CID/LARRAURI (2001), 92 ss.

¹² CANO (2008a), 9. IGLESIAS (2006), 88 ss.

¹³ VENKATESH (2003), 3. Sobre el impacto criminológico de las modernas teorías ecológicas, KAZYRYTSKI (2009).

¹⁴ Destaca la influencia del medio socio-cultural, LAMNEK (1980), 30.

¹⁵ CANO (2008a), 19 ss.

social: el joven, dice KAZYRYTSKI, deslegitima el orden social establecido y se desvía de las normas establecidas por la cultura dominante... encontrando en el grupo seguridad y legitimación en sus respuestas anticomunitarias¹⁶. Es el efecto de las subculturas expresivas a que se refieren CID y LARRAURI, donde se busca encontrar, exhibiendo capacidades, reconocimiento por parte de los demás:

Cuando el grupo atribuye reconocimiento al comportamiento trasgresor se está iniciando un cambio de valores y se abre una vía para solventar los problemas de estatus de los miembros del grupo, pues todos ellos pueden recibir valoración positiva por actos trasgresores que tienen capacidad para realizar. A partir de esta innovación cultural que crea una nueva fuente de estatus para los miembros del grupo se requiere que exista un proceso individual de rebelión contra la ética dominante y un proceso grupal de aislamiento con el mundo exterior. El sectarismo del grupo es condición necesaria para su supervivencia¹⁷.

Las teorías subculturales son las que más información han ofrecido acerca de los grupos de calle. Algunas de sus versiones más actuales siguen evidenciando su implicación con factores de carácter ecológico próximos a los que proclamó aquella primera teoría de la exclusión social: guetos homogéneos en la pobreza, con carencia de oportunidades laborales y de movilidad social, sin canales hacia formas de vida convencional y cuyo único “trabajo” es la lealtad al barrio y al grupo étnico de referencia...¹⁸. En este contexto, las bandas representan una respuesta de “solidaridad subcultural”¹⁹ que se corresponde con las que fueron llamadas “subculturas obreras”, identificadas como estructuras colectivas compactas surgidas de la dicotomía entre el mundo institucional (familia, escuela, trabajo) y el tiempo libre, con tendencia territorial (apropiación del gueto) y vivencias que predominan sobre el discurso... Era la descripción que ofrecía el Centro de Estudios Culturales de la Universidad de Birmingham para diferenciar esas subculturas nacidas de la exclusión social de las procedentes de la clase media, a las que dio el nombre de “contraculturas”, supuestamente marcadas por una pretensión universal y un discurso ideológico justificativo²⁰.

¹⁶ KAZYRYTSKI (2009).

¹⁷ CID/LARRAURI (2001), 156,157.

¹⁸ Describiendo a Fagan, CID/LARRAURI (2001), 171.

¹⁹ LAMNEK (1980),28

²⁰ FEIXA (2006), 97, 113. Sobre el elemento de clase en las distintas teorías de las subculturas, GARCÍA PABLOS (2009), 757 ss

Hoy en día estas últimas subculturas podrían verse identificadas con muchas de las que en la realidad española se conocen como tribus urbanas. Los autores que las han estudiado desde su surgimiento en los años sesenta les atribuyen una ruptura en la hegemonía cultural y en el mito del consenso social y una crisis en la “ética puritana” que había caracterizado la cultura burguesa desde sus orígenes:

Como todas las contraculturas -BOURDIEU ejemplifica con la representada por mayor del sesenta y ocho- son movimientos de contestación del orden simbólico que cuestionan lo que parece evidente, lo que está fuera de discusión, indiscutido. Desbaratan las evidencias²¹.

FEIXA analiza detalladamente los factores de cambio que posibilitaron en Occidente el nacimiento de una nueva cultura juvenil: la emergencia del Estado del bienestar que creó las condiciones para un crecimiento económico sostenido y para la protección social de los grupos dependientes, la crisis de la autoridad patriarcal que amplió las esferas de libertad juvenil, la modernización de los usos y costumbres y la creación de un espacio de consumo destinado específicamente a unos jóvenes con creciente capacidad adquisitiva (moda, adornos, locales de ocio, música...) o la articulación de un lenguaje universal a través de los emergentes medios de comunicación de masas que llegarían a ser, desde entonces, los mediadores de las distintas instancias socializadoras²², al tiempo que acabarían contribuyendo a estigmatizar los propios signos de identidad de las nuevas generaciones.

El resultado final de esos cambios sociales iba a ser la formación de “microsociedades” juveniles con significativos espacios de autonomía que obtendrían la autoestima y la cohesión necesarias a partir de su nueva identidad social vinculada a un determinado territorio físico o simbólico. De ahí que se pueda hablar de ellas como subculturas, contando con el significado “desviacionista” que tiene esta palabra²³. No en vano estamos tratando de teorías criminológicas y precisamente lo que explica la entrada de la criminología en el estudio de unas y otras subculturas -bandas y tribus urbanas- es, como afirman CID y LARRAURI, su percepción como amenazas al orden social que se lleva a cabo normalmente a través del recurso a la violencia²⁴.

²¹ (2008a), 12. Para él, la verdadera subcultura debiera “asegurar la diseminación de las armas de defensa contra la dominación simbólica”, 13.

²² FEIXA (2006), 53,96. Así también el informe del SINDIC DE GREUGES de la Comunitat Valenciana (2005)

²³ FEIXA (2006), 105. BOOKIN-WEINER,H./HOROWITZ,R.(1983) hablan de ellas como una “subcultura joven hedonista”, 591

²⁴ CID/LARRAURI (2001), 173.

Muchos estudios clásicos se han centrado en la búsqueda de las causas de esa violencia grupal. Teniendo en cuenta que no parece que sea ni la ideología²⁵ ni la clase²⁶ lo que marca hoy la diferencia entre bandas y tribus u otras organizaciones de calle sino quizás el componente étnico, que se limita a añadir un factor más de conflicto en la identidad cultural de las primeras²⁷, entiendo que la mayoría de los resultados que arrojan las investigaciones provenientes de las ciencias sociales resultan generalizables a las distintas situaciones de violencia juvenil colectiva que unos y otros grupos protagonizan en el entorno urbano. Me refiero a esos enfoques multifactoriales que buscan hacer interactuar las condiciones socio-estructurales más complejas con otras de carácter situacional o también psicológico-individuales para ofrecer una visión más compleja y mas clarificadora del fenómeno en estudio²⁸.

SCHNEIDER la plantea, por ejemplo, para poder explicar el origen de las distintas formas de violencia colectiva -también juvenil- que incluye bajo su criminología de los disturbios: La etiología de los disturbios es compleja. En todos los disturbios con una causa socio-estructural influyen además factores psicológicos y socio-psicológicos. Las distintas teorías explican por sí solas aspectos aislados de los disturbios. La multiplicidad de las causas...se manifiesta sólo al combinar las teorías²⁹.

Pero las combinaciones son infinitas. Como factores relevantes de riesgo figuran desde las condiciones generales de la sociedad o específicas del medio en que los actores se desenvuelven hasta las disfunciones familiares o educacionales, la influencia grupal o de los medios de comunicación³⁰ o aún determinados rasgos de la personalidad como la inestabilidad emocional, la impulsividad o la baja autoestima³¹.

Seguramente por ello resulta preferible la propuesta de BRICEÑO-LEÓN de ofrecer “conjeturas” acerca de los distintos factores explicativos de la aparición de la

²⁵ CID/LARRAURI (2001) las llaman, sin embargo, subculturas ideológicas (hippies, mods, rockers, punks, heavies, skin...), 173.

²⁶ Relativiza este dato FEIXA (2006), 97,113 pero más tarde recoge el de “clases subalternas” en su concepto de banda, 108.

²⁷ BARTOLOMÉ/RECHEA (2006), 332. VÁZQUEZ (2007), 46; SORIANO (2008), 110 ss.

²⁸ Bajo el enfoque de “factores de riesgo” las analizan SERRANO MAÍLLO (2008) y RODRÍGUEZ NÚÑEZ (2008), pp. 222 ss. Se refiere una “masa crítica” de causas, BERNARD (2005), 55.

²⁹ SCHNEIDER (1994), 785 ss.

³⁰ Sobre la influencia relativa de los mass media en los comportamientos violentos, SCANDROGLIO y otros (2002). SIERRA (2005) 134 ss. FERNÁNDEZ DOLZ (1998), 36. A favor, BERNARD (2005), 57 y FERNÁNDEZ VALDES/LÓPEZ/AVRO/BETHENCOURT/HIDALGO (1998), 181

³¹ Sobre la importancia de este último factor bajo las nuevas condiciones del capitalismo global, MCDONALD, 63. FERNÁNDEZ VALDES/LÓPEZ/AVRO/BETHENCOURT/HIDALGO (1998), 177. Para una enumeración general de esos factores de riesgo, KAZYRYTSKI (2009). SHARP/ALDRIDGE/MEDINA (2006), 12. GARZÓN (1983), 566 ss.

violencia en atención a su implicación en distintos niveles de lo social³². En el esquema que plantea el autor, habría un nivel macrosocial responsable de los factores causantes del comportamiento violento que aparecería relacionado con procesos de desigualdad urbana y de desocupación o precariedad laboral en el contexto de una sociedad crecientemente excluyente. Temas como la pobreza, la exclusión, la discriminación y la violencia, vinculados a las pandillas, han pasado a ser en ese nivel objetos privilegiados de estudio de las ciencias sociales, por lo menos hasta la aparición de los nuevos paradigmas disciplinarios propios de la cultura del control, como señala CASTILLO BERTHIER³³. Serían los factores más relevantes y más complejos de alterar por su carácter fuertemente estructural³⁴. Junto a ellos se sitúan en la propuesta del autor, como aspectos asimismo macrosociales, los problemas de socialización precaria por parte de la familia y disminución de su control en el comportamiento cotidiano de los jóvenes³⁵ y podría añadirse, seguramente, el efecto de las migraciones.

En cuanto a la familia, y más allá de los cambios estructurales que la modernidad ha incorporado a su contexto y que hablan mucho de su crisis³⁶, existen estudios que reparan en los efectos que el factor familiar ha provocado en la formación de personalidades jóvenes desviadas. En el análisis que propone KOUDOU, se trata de un amplio e interactivo conjunto de disfunciones familiares, tales como conflictos conyugales, estigmatizaciones verbales de los padres, abandono y rechazo de su parte, aculturización o desarticulación familiar, cuya suma contribuiría a generar en el joven una representación parental y de sí mismo negativas, una falta de seguridad y una situación de aislamiento socio afectivo condicionantes de una cultura callejera y de una inadaptación social favorable a la violencia³⁷. Junto a esas disfunciones familiares que

³² BRICEÑO-LEÓN (2007), 38 ss. Asimismo destaca un nivel microsociales donde incluye factores individuales acompañantes como el consumo de alcohol y de drogas o la incapacidad de expresar verbalmente los sentimientos, 40 ss.

³³ CASTILLO BERTHIER (2004), 108. Sobre la influencia de la perspectiva de la izquierda, BOOKIN-WEINER, H./HOROWITZ, R. (1983). Véase, sin embargo, la revisión que hace KNOX (1994) de esos factores de injusticia social (opresión, racismo, marginación...), 75 ss. Por su parte, otros estudios proponen que la relación con la violencia es mayor en los casos de contextos más normalizados pero deficitarios que en situaciones de marginalidad, SCANDROGLIO y otros (2002). FERNÁNDEZ VALDÉS/LÓPEZ/AVRO/BETHENCOURT/HIDALGO (1998), 179. En contra de esa relación bandas/pobreza, DICHARA/CHABOT (2003), 78.

³⁴ ALBA/KRUIJT (2007), 512.

³⁵ BRICEÑO-LEÓN (2007), 50 ss.

³⁶ CERBINO, (2006), 10.

³⁷ KOUDOU (2008), 263.

muchos otros estudios apoyan³⁸, existirían otros factores situacionales o culturales que podrían servir para fomentar su aparición: desde la frecuentación de iguales marginales que sugiere el propio KOUDOU³⁹, hasta la cultura de la masculinidad a que se refiere BRICEÑO-LEÓN⁴⁰. Con ellos nos situaríamos en palabras de este último autor en el nivel mezo-social, donde la situación y la cultura tienen un efecto más inmediato en el comportamiento de los actores implicados, pudiendo constituirse en elementos estimulantes y propiciadores de la violencia⁴¹:

En el modelo sociológico diseñado por BRICEÑO-LEÓN, existen dos instancias de la vida social: la *situacional*, que se refiere tanto a condiciones generales de la sociedad como a circunstancias específicas -físicas del medio o sociales de los actores- que se imponen al individuo como referencias obligadas al momento de tomar decisiones; y la *cultural* que se encuentra fuera de la situación, le antecede en el tiempo, se impone a los individuos en el aprendizaje social y marcan la manera cómo las personas van a interpretar las señales que le envía la situación (el medio o los otros actores) y cómo podrá decidir el curso de su acción

Partiendo de la idea, criminológicamente fundada, de que la violencia juvenil es violencia grupal, hay toda una serie de investigaciones en torno a la posible relevancia del grupo en la etiología del comportamiento juvenil violento⁴². Las que cuentan con un mayor apoyo científico son, a juicio de BARTOLOMÉ y RECHEA⁴³, las que incorporan la idea interaccionista de que es la asociación con iguales violentos la que determina la aparición de ese comportamiento antisocial. Existiría, pues, una relación dinámica entre el contacto grupal y el aprendizaje de la violencia. En esa comunicación estaría la clave para explicar no sólo el comportamiento violento sino la orientación específica de los motivos, las racionalizaciones y las actitudes de sus miembros⁴⁴ porque sería el grupo el que crearía la ideología y la moral del mundo capaces de legitimar la violencia, el momento y la ocasión para emplearla y adónde debe ser dirigida. El propio grupo como referencia situacional ofrecería, además, una coartada para eludir el autocontrol al

³⁸ SCANDROGLIO y otros se refieren, en particular, a la falta de apoyo y supervisión parental, a la desestructuración y la inestabilidad de los hogares y a los abusos verbales y físicos por parte de los padres o hermanos mayores como factores de vulnerabilidad favorable a la violencia, aun mayor en el caso de las chicas. También. BERNARD (2005), 56,58.

³⁹ KOUDOU (2008), 268. Se refiere, en general, a la influencia de las facultades asociativas unidas a la fuerza del ambiente físico e intelectual, LEIJA (1988), 235 ss. o al déficit socializador de la escuela, especialmente si se acumula al de la familia, SCANDROGLIO y otros (2002). Asimismo, BERNARD (2005), 59 y FERNÁNDEZ VALDÉS y otros (1998), 180 ss.

⁴⁰ BRICEÑO-LEÓN (2007) 56 ss. GARZÓN (1983), 567.

⁴¹ BRICEÑO-LEÓN (2007), 38, 39.

⁴² KLEIN (2001), 11 ss. SERRANO MAÍLLO 195. VÁZQUEZ, 38 y 49.

⁴³ BARTOLOMÉ-GUTIÉRREZ y RECHEA-ALBEROLA (2006), 333, 334.

⁴⁴ LAMNEK (1980), 29.

transformar la responsabilidad individual en responsabilidad difusa. Esa interacción sería, por lo demás, funcional al grupo porque haría a sus miembros más homogéneos y fortalecería sus lazos afectivos.

Abundando en esta idea, afirman SCANDROGLIO y otros, que los mecanismos del aprendizaje grupal pueden actuar sobre las conductas, actitudes y normas; en general se ha evidenciado que la influencia del grupo de iguales puede sesgar la percepción de los costes y los beneficios (actitudes) de las acciones desviadas... Las normas, definiendo el rango de comportamientos que es tolerado y aceptado dentro del grupo, introducen un cierto grado de regularidad y predictibilidad en el funcionamiento del mismo y sugieren las recompensas y castigos adecuados⁴⁵.

Sin embargo, los propios autores incorporan otras hipótesis posibles, como la de la selección social o la del incremento, para explicar el comportamiento grupal violento. Conforme a esta última teoría, existiría igualmente una evidencia empírica de que es la afinidad en la violencia la que llevaría a los jóvenes a reunirse en grupos violentos, incrementando así sus tendencias antisociales. El grupo ofrecería de ese modo reconocimiento y una justificación ideológica a personas con tendencias agresivas o que ya hubieran exhibido un comportamiento problemático en sus relaciones sociales anteriores o en la escuela:

Son interesantes los estudios acerca de la violencia en la escuela, debiendo diferenciarse aquellos comportamientos agresivos de la mayoría de los alumnos -que es considerado normal- y el comportamiento agresivo gravemente persistente que es de una minoría. A partir de ahí se plantearían los casos más graves de implicación en grupos violentos o antisociales, BARTOLOMÉ y RECHEA⁴⁶.

Los factores individuales cobrarían aquí una especial significación al convertirse en posibles indicadores del comportamiento violento colectivo: variables personales tales como la impulsividad, la sensación de búsqueda, la tardanza en las gratificaciones y en general los patrones de comportamiento desinhibido o bajo de autocontrol podrían predecir, a juicio de los autores, un comportamiento antisocial persistente que animaría a la búsqueda de interacciones grupales con jóvenes asimismo violentos⁴⁷.

⁴⁵ Sobre ese “control o presión del grupo” y sus distintas manifestaciones en este modelo de la facilitación social, SCANDROGLIO y otros (2002).

⁴⁶ BARTOLOMÉ -GUTIÉRREZ /RECHEA-ALBEROLA (2006), 336.

⁴⁷ BARTOLOMÉ -GUTIÉRREZ /RECHEA-ALBEROLA (2006), 335.

La hipótesis grupal vinculada a otros factores estructurales asimismo importantes como el de la inmigración ha sido tomada recientemente en consideración para explicar procesos de desviación como los ocurridos en Francia en 2005. En el marco de sociedades que aspiran a consolidar un modelo multicultural, se entiende necesario estudiar el efecto de la socialización normativa de los jóvenes procedentes de un fenómeno migratorio y su relación con la violencia, en este caso fuertemente expresiva. Desde la teoría del conflicto cultural se explican así los acontecimientos violentos sucedidos en ese país:

Su situación de desarraigo conlleva a que el menor se refugie en un contexto grupal compuesto por otros individuos que asimismo sufren en primera persona esa discriminación y exclusión social. El siguiente paso de este proceso viene constituido por la consolidación de un grupo de iguales o banda en sentido más o menos estricto, cuya existencia viene marcada fundamentalmente por un sentimiento mutuo de contacto, interacción y, sobre todo, identidad grupal que trasciende mucho más allá de la realización de actividades de carácter disocial... Si bien, continúa el autor, esa misma problemática⁴⁸ compartida de discriminación socio-estructural puede con el tiempo consolidar procesos de desviación como los ocurridos en el caso de Francia⁴⁹.

Esa experiencia migratoria es asimismo objeto de estudio por otras investigaciones más generalistas realizadas sobre jóvenes inmigrantes de segunda generación. La redefinición a menudo radical de los lazos sociales y de las pertenencias culturales a que se ven obligados, dada la complejidad de los factores de riesgo y de las vulnerabilidades estructurales con las que deben enfrentarse en el proceso de redefinición de su propia identidad, hace razonable pensar que en esas circunstancias se desarrollen modelos de socialización desviada y de comportamiento alternativo a los propuestos por la cultura dominante, fruto del conflicto normativo y de la segregación característica de la sociedad de acogida. Es la hipótesis de partida que proponen en su análisis sobre la realidad italiana MELOSSI, DI GIORGI y MASSA. Los datos obtenidos de su muestra no le sirvieron, sin embargo, de apoyo al prestarle una relevancia mayor a factores de carácter psico-individual como la falta de autoestima relacionada con una baja intensidad y solidez de los lazos familiares:

⁴⁸ MELOSSI y otros (2008), 99. Sobre la influencia del componente migratorio en las bandas, ampliamente, KAZYRYTSKI (2009), 282 ss.

⁴⁹ CANO (2008a), 24, 29.

No resulta de la investigación una mayor propensión a delinquir por parte de los extranjeros ni una relación positiva entre el reforzamiento de la identidad extranjera y la desviación... Categorías como la de "clase social" o "etnicidad" parecen jugar un papel bastante marginal. Lo que resalta es la importancia del género y de la autoridad y el afecto por los progenitores o los enseñantes... La matriz está en la dificultad de autoestima...el identificarse como inútil, fracasado respecto de las expectativas que los padres alimentan en sus relaciones y que ofrecen al joven una visión estigmatizada de sí...⁵⁰.

Otros estudios han arrojado, sin embargo, resultados distintos. Según las conclusiones que nos muestra el amplio recorrido investigador de KAZYRYTSKI por la literatura norteamericana, no sería la etnicidad por si sola un factor de riesgo de desviación relevante sino cuando se asocia con otros elementos de influencia tales como la situación de marginación y pobreza en la que transcurre el proceso de socialización de los jóvenes pertenecientes a esas minorías. Una vez más se impone la tesis de la exclusión y la desorganización social⁵¹:

Normalmente, las familias de los jóvenes de diferentes minorías se caracterizan por las dificultades para obtener ingresos económicos dignos y la imposibilidad de ofrecer la debida supervisión a las actividades de sus hijos. El vecindario... tiene un alto índice de población en paro, cuenta con una notable concentración de delincuencia, drogas y carece de la existencia o del buen funcionamiento de las instituciones sociales. En este sentido, no ha de extrañar que el ambiente que se crea... se pueda considerar una buena base para el desarrollo del comportamiento anticonvencional del joven y describir, en cierto modo, como una escuela de aprendizaje de la conducta delictiva y de las técnicas de comisión del crimen⁵².

Pero no existe un acuerdo relevante. Ciertas investigaciones proponen una visión diferente de esos barrios expuestos a condiciones consideradas criminógenas y destacan el posible efecto organizativo que pudiera desarrollar en ellos la inmigración. Es lo que se conoce como la perspectiva de la revitalización de la inmigración:

Cuando los inmigrantes, en especial cuando constituyen un grupo relativamente homogéneo, llegan a una comunidad y viven en la misma, pueden aparecer nuevas formas de organización social, reforzarse instituciones ya existentes en el área y aumentar, de este modo, los controles sociales informales de dicha comunidad o barrio⁵³.

⁵⁰ MELOSSI y otros (2008), 124,125. CANO (2008 a), 22.

⁵¹ KAZYRYTSKI (2009). Según otras opiniones serían esos factores, por si mismos, más relevantes que la pertenencia a minorías étnicas o raciales, SCANDROGLIO y otros (2002).

⁵² KAZYRYTSKI (2009). HAGEDORN (2005), 45.

⁵³ Literalmente, SERRANO MAÍLLO y otros (2008), 211.

Pero queda por plantear otro de los aspectos mezo-sociales que sugería BRICEÑO-LEÓN, ¿es cierto que la violencia es una actividad masculina y las culturas juveniles tienden a ser “formas dominadas masculinamente, preocupadas con la explotación y la glorificación de la masculinidad” o no es más que una excusa para pasar por alto la investigación de las subculturas femeninas?⁵⁴. A primera vista, podrían considerarse dos hipótesis compatibles. Sin embargo, lo cierto es que con la expansión de la criminología feminista se ha ido abandonando esa perspectiva primariamente androcéntrica que descuidaba el examen de la implicación femenina en las bandas y las hacía invisibles⁵⁵ o lo simplificaba situando a las mujeres en un entorno masculino dominante que las rebajaba al estatus de miembros secundarios o meros objetos sexuales⁵⁶. Sin embargo, tiene razón SAHW cuando afirma que nuestra imagen de la violencia está basada en la violencia masculina, y no tenemos formas de contextualizar la violencia femenina salvo en términos de su antinaturalidad⁵⁷. Pero contando con ello, con que es la exposición al riesgo y la demostración de valentía, hombría, y honor las que definen la violencia propia de la masculinidad hegemónica⁵⁸, parece de recibo la posición de CERBINO cuando afirma que se trata efectivamente de una cultura instalada en las bandas como lo está en todos los estamentos de la sociedad. No es sino un sustento simbólico que permite obtener el sentido y el valor socialmente aceptados.

Es algo que “se tiene que construir” -precisamente la hombría- dando constante demostración de ello en sus prácticas y en su discurso casi siempre agresivos y violentos, ya que es la violencia lo que les garantiza adquirir respeto, estatus, reconocimiento social y sentido de pertenencia a un grupo⁵⁹.

Y pese a que ciertos estudios académicos recientes sugieren que cuando las mujeres entran en las bandas -por las mismas razones socioestructurales y situacionales que los varones⁶⁰- la violencia llega a formar parte de sus vidas⁶¹, lo cierto es que en su

⁵⁴ Así lo plantean BARTOLOMÉ -GUTIÉRREZ /RECHEA-ALBEROLA (2006), 335.

⁵⁵ FEIXA (2006), 110. MILLER (2003), 97 y 98.

⁵⁶ ESBENSEN/DESCHENES (1998), 799. NURGE (2003), 163. KNOX (1994), 42.

⁵⁷ SHAW (1995), 122.

⁵⁸ Por ejemplo, FLORES (2008) sitúa el honor como uno de los “juegos serios” de lo que define como “delirios de la ultramasculinidad”, 140; y PEREA RESTREPO (2007) habla de “masculinidad descarnada” para describir la lógica basada en la brutalidad, 63.

⁵⁹ CERBINO (2006), 46, 47. DOBASH y otros (1995), 2.

⁶⁰ Es decir, si bien hay en su caso decisivos elementos socioestructurales de influencia como el sexismo, los demás factores de riesgo aparecen compartidos. Así, el racismo, la pobreza y estructuras de oportunidades extremadamente limitadas en sus comunidades locales (ESBENSEN/DESCHENES (1998),750) o también factores psico-sociales como la familia o la escuela (MILLER (2003),101,103. NURGE (2003), 164) o situacionales como su relación con iguales, más con amigas que con chicos (ESBENSEN/DESCHENES (1998), 743, 749). SCANDROGLIO y otros (2002)).

caso no es una característica normativa y parece que recurren a ella de forma significativamente menor que los hombres⁶², sobre todo en sus formas más peligrosas de uso de armas o de homicidios en los que a menudo renuncian a implicarse⁶³. Ello vendría a demostrar de nuevo que hay una cultura de la masculinidad que favorece las actuaciones violentas, como dice BRICEÑO-LEÓN⁶⁴, o que la violencia sigue siendo preferentemente “un juego de hombres”, como señala SEIDLER⁶⁵. Quizás pueda servir como una evidencia más el hecho de que exista una coincidencia entre la modificación de los modelos de autoridad dentro de las bandas y la circunstancia de que quien ostente su liderazgo sea una mujer. Es una de las ideas planteadas por MCDONALD como parte de su tesis de la transformación en los significados de identidad de las bandas contemporáneas:

Hay un cambio en el modelo de “autoridad viril” basado en la fuerza física y el respeto unilateral hacia una forma más fluida de relación que descansa sobre una demanda de reciprocidad, un modelo relacional basado más en admiración que en miedo... La moneda de cambio en las relaciones en las bandas contemporáneas es el respeto⁶⁶.

Lo que no quiere decir que en el lenguaje femenino, por ejemplo, no pueda verse expresada esa “hombría hablada” a la que se refiere CERBINO, que no haría sino confirmar lo hegemónico y dominante del discurso masculino⁶⁷.

III. La evolución hacia las teorías del control social y su reflejo en la política criminal contemporánea acerca de la violencia grupal de los jóvenes

1. La nueva cultura del control: las estrategias integradoras dejan paso a la exclusión

⁶¹ ESBENSEN/DESCHENES (1998), 802. KAZYRYTSKI (2009).

⁶² La participación en la violencia es reconocida como una característica normativa de los chicos, si bien se afirma su incremento entre las chicas. SHAW (1995), 118. NURGE (2003), 164. CYR/DECKER (2003), 431.

⁶³ SHAW (1995), 104, 105. KAZYRYTSKI (2009).

⁶⁴ BRICEÑO-LEÓN (2007), 57.

⁶⁵ SEIDLER (2008), 123.

⁶⁶ MCDONALD (2003), 68, 69.

⁶⁷ CERBINO (2006), 47.

Hay una retórica muy simple, a la que se refiere YOUNG, que podría resumir la lógica de todas esas viejas teorías preocupadas por la interacción de factores sociales e individuales: “malas condiciones conducen a mala conducta”⁶⁸. Es decir, la violencia -o el delito- son una respuesta natural a situaciones de desventaja y de marginación social y económica, de inadaptación y de anomia provocadas por la desigual distribución de recursos, de desarticulación familiar o de identidades normativas o culturales conflictivas. Ahora bien, una sociedad todavía incluyente generaba esperanzas para un cambio que parecía posible y deseable⁶⁹. En un clima de consenso moral, se imponía una ideología integradora que reclamaba intervenciones públicas de carácter social e individual. Las primeras reflejaban políticas propias del Estado de bienestar: menos pobreza y segregación, más educación y empleo para los jóvenes, fomento de la cohesión social y de las condiciones de vida comunitarias en los barrios, políticas de integración para migrantes, incremento de las ayudas sociales⁷⁰. Las segundas se orientaban hacia intervenciones igualmente incluyentes de resocialización y de capacitación social hacia un “otro” que debía ser transformado, socializado, rehabilitado y convertido en “uno de los nuestros”⁷¹.

Las prácticas penales welfaristas y las criminologías de las cuales se nutrían, describe GARLAND, tenían por objetivo fortalecer el orden social a través de la integración social. Buscaban cambiar las actitudes y los valores de los delincuentes de forma tal que pudieran alinearlos con los códigos normativos predominantes. Imaginaban que el orden social era un problema de consenso de valores y buscaban reintroducir a los desviados en este orden social por medio de la educación moral y de las prácticas reformadoras que cambiarían sus creencias y sus comportamientos⁷².

Pero con la crisis del welfarismo penal, hacia los años setenta, quiebran estos ideales y se produce un vuelco en la política criminal oficial: desde aquellas políticas de prevención de la delincuencia enfatizando la educación, habilidades sociales y laborales o la socialización en valores de integración hacia una filosofía retribucionista orientada al castigo, según los términos en que lo describe KLEIN⁷³. En la nueva sociedad de mercado, el desempleo estructural se hace masivo y se institucionaliza la marginación de sectores sociales siempre crecientes. El fracaso de la familia y de la comunidad,

⁶⁸ YOUNG (2003), 89.

⁶⁹ Desde una ideología de izquierdas la analizan BOOKIN-WEINER/HOROWITZ (1983), 588, 591.

⁷⁰ CID/LARRAURI (2001), 86, 96 y 175.

⁷¹ YOUNG (2003), 16, 17, 20. FEIXA (2006), 6.

⁷² GARLAND (2005), 298

⁷³ KLEIN (2001), ii. HAGEDORN (2005), 157.

como ejes de la antigua socialización en valores, instala una cultura del individualismo que invita a la separación y a la expulsión del “otro”. Su ciudadanía económica y social pasan a ser precarias, gracias a la inestabilidad, la informalidad y la degradación de las condiciones del mercado de trabajo urbano⁷⁴. Las postales son parecidas en todo el mundo, dice MAKOWSKI: grupos variados y heterogéneos pero todos desenganchados del Estado, del mercado, de las sociedades nacionales o de los futuros posibles⁷⁵:

O como lo expresa ERZENSBERGER: el crimen organizado desde el Estado sigue estando a la orden del día, aunque como instancia superior y anónima aparece cada vez más claramente el “mercado mundial”, que declara superfluos a sectores siempre mayores de la humanidad... de forma espontánea, por su propia lógica. Lo cual comporta que cada vez sea mayor el número de seres que “salen rebotados” del sistema⁷⁶.

Se imponen, pues, nuevas formas de exclusión social bajo un déficit creciente de inclusividad del Estado de Bienestar que va generando y consolidando nuevas fracturas de ciudadanía⁷⁷. YOUNG describe cómo funciona esa dialéctica de la exclusión en relación a los jóvenes:

“los muchachos”, percibiendo la inaplicabilidad de su escolarización para los trabajos hacia los que se dirigen, construyen una subcultura de resistencia frente a la escuela y el mundo más amplio de la clase media. Pero su reacción al ser excluidos del mercado laboral primario, de la posibilidad de hacer una carrera, de tener buenas perspectivas y un futuro prometedor, es la de aprobar con carácter oficial su propia exclusión...promoviendo la dureza y la fuerza física para excluir a otros igualmente vulnerables... Lo que es más importante es que esto crea problemas de inseguridad y salvaguarda para otros miembros de la comunidad... Ellos son excluidos; crean una identidad que margina y excluye, excluyen a otros usando la agresión y el rechazo, y son, a su vez, excluidos y rechazados por otros, ya sean los directores de las escuelas, los guardias de seguridad de los centros comerciales, el ciudadano “honesto” o el agente de policía de servicio⁷⁸.

Han pasado a constituirse en las “nuevas clases peligrosas” a que se refiere BAUMAN, esas que se consideran inapropiadas para la reintegración e inasimilables, puesto que no se ve ninguna función útil que pudieran realizar tras su “rehabilitación”. No sólo son demasiadas sino también *redundantes*... como marginados permanentes, no

⁷⁴ YOUNG (2003), 29 ss

⁷⁵ MAKOWSKI (2008), 169.

⁷⁶ ERZENSBERGER (1992), 32.

⁷⁷ Sobre la nueva noción de exclusión social, nacida en Europa, ZICCARDI (2008), 82 ss.

⁷⁸ YOUNG (2003) sobre la idea de Willis, 29.

aptos para el “reciclaje social” y que sólo dejarán de causar problemas mientras se hallen alejados de la comunidad de los que obedecen la ley⁷⁹.

En el nuevo mundo de la exclusión tenía que aparecer entonces una teoría de la desviación que expresara ese déficit de control y le buscara soluciones a medida. Estas van a venir de las filas de la derecha más conservadora y de sus ideas absolutistas acerca del orden, la autoridad y la estabilidad normativa⁸⁰. Una vez más, la ideología se comporta como “la agenda oculta de la justicia criminal”⁸¹.

A partir de aquí la criminología contemporánea se va a preocupar por los controles sociales, los controles situacionales, el autocontrol:

Si las criminologías de la era del Estado del bienestar tendían a dar por supuesta la perfectibilidad del hombre..., las teorías del control parten de una visión mucho más pesimista de la condición humana. Suponen que los individuos se ven fuertemente atraídos por conductas egoístas, antisociales y delictivas a menos que se vean inhibidos por controles sólidos y efectivos y promueven que la autoridad de la familia, de la comunidad y del Estado impongan restricciones e inculquen el autocontrol⁸².

El sistema de justicia criminal ocupa un lugar preferente en la prevención de esos impulsos antisociales que se consideran fruto de una frágil socialización (control interno) o de una insuficiente disuasión (control externo). La causalidad individual sustituye a la causalidad social⁸³.

2. El cambio de paradigma: de los enfoques etiológicos a la idea de responsabilidad individual.

El viejo modelo positivista de ciencia que había buscado las causas del comportamiento desviado en la privación social⁸⁴ va a experimentar un cambio cualitativo con la nueva cultura del control. Si hasta ahora la violencia generalizada

⁷⁹ BAUMAN (2006b), 150, 152. Bajo esa misma categoría -y bajo una línea de separación muy tenue- sitúa a los delincuentes dentro de elementos antisociales que se distinguen mas por su clasificación oficial que por su posición y su conducta, 151.

⁸⁰ YOUNG (2003), 80,83,92,108.

⁸¹ BOOKIN-WEINER/HOROWITZ (1983), 587, 588 .

⁸² GARLAND (2005), 52, 53. GARCÍA-PABLOS (2009) lo plantea como uno de los ingredientes del nuevo modelo de la seguridad ciudadana, 1077.

⁸³ BOOKIN-WEINER/HOROWITZ (1983), 588, 597.

⁸⁴ Este concepto en GARLAND (2005), 52.

buscaba su referente causal en cuestiones estructurales como la pobreza, el agravio, la marginación y la discriminación, y, por tanto, en razones sociales e institucionales, a partir de aquí se va a imponer el dogma de la responsabilidad individual⁸⁵.

La idea de que los delincuentes son seres racionales que actúan por motivaciones racionales se va a convertir en el punto de partida para la afirmación de esa responsabilidad individual que sirve de pretexto para invisibilizar el retroceso social del Estado:

La nueva *doxa* penal, dice WACQUANT postula una cesura neta y definitiva entre las circunstancias (sociales) y el acto (criminal), las causas y las consecuencias, la sociología (que explica) y el Derecho (que regula y sanciona). El mismo modo de razonamiento individualista sirve entonces para devaluar el punto de vista sociológico, implícitamente denunciado como desmovilizador y *desresponsabilizante* ... a fin de sustituirlo por la retórica viril de la rectitud y la responsabilidad individual, apta para desviar la atención de las dimisiones colectivas en materia de ordenamiento y equipamiento urbano, escolar y económico, empezando por las del Estado ...⁸⁶.

Esa desresponsabilización social fue una constante en los discursos políticos de los años ochenta y noventa que promovían campañas de tolerancia cero contra el desorden y el delito. Las inició Reagan en 1983:

Es absolutamente evidente que lo esencial de nuestro problema de criminalidad fue causado por una filosofía social que concibe al hombre, ante todo, como un producto de su medio ambiente material. Esta misma filosofía de izquierda que aspiraba al advenimiento de una era de prosperidad y virtud gracias a unos gastos públicos masivos ve a los criminales como productos desdichados de malas condiciones socioeconómicas o del hecho de haber nacido en un grupo desfavorecido. Cuando se comete un crimen, lo que está en falta es la sociedad y no el individuo, dice esa filosofía. La culpa es nuestra. Pues bien, en la actualidad un nuevo consenso rechaza totalmente ese punto de vista.

Años más tarde, en 1989, Bush completaría el discurso:

Tenemos que alzar la voz y corregir una tendencia insidiosa, consistente en atribuir el delito a la sociedad más que al individuo... En lo que me toca, creo, como la mayoría de los norteamericanos, que podremos empezar a construir una sociedad más segura si nos ponemos ante todo de acuerdo en cuanto a que *la sociedad en sí misma no es responsable del crimen: los criminales son responsables del crimen.*

⁸⁵ MENESES (2008), 159.

⁸⁶ WACQUANT (2000), 60,61.

Los jóvenes serían víctimas propicias de este nuevo *principio de realidad* instalado en la política penal. Las primeras alarmas, secundadas mediáticamente, acerca de la expansión de las violencias urbanas juveniles estaban preparando el camino hacia una etapa de disciplinamiento y control masivos. WACQUANT nos cuenta sus inicios en Francia precedidos de sus correspondientes consignas desde el poder político:

Nuestro punto de inflexión, el de todos, decía la ministra de Justicia francesa en 1999, debe ser el que nos lleve hacia el *principio de realidad*. ¿Quién no se da cuenta de que algunos métodos de prevención alimentan, a veces por inadvertencia, cierta cultura de la indulgencia que *desresponsabiliza* a los individuos? ¿Se puede construir la autonomía de un joven si se le concede sin cesar que sus infracciones tienen *causas sociológicas e incluso políticas* -en las que con frecuencia no habrá pensado por si solo- y cuando una multitud de sus semejantes, puestos exactamente en las mismas condiciones sociales no cometen ningún delito?⁸⁷.

Se estaban construyendo los cimientos de una escalada represiva que en pocos años llegaría al Estado español. Al tiempo de su desarrollo comienzan a ponerse en práctica, desde las agencias gubernamentales de control, una serie de estrategias de prevención situacional que comparten esta visión individualista del delito como mera consecuencia de un proceso de elección racional entre costes y beneficios. Por ello se les conoce bajo el nombre de teorías del crimen, no de la criminalidad porque no se preocupan por analizar la causalidad social del delito sino simplemente las circunstancias en que tiene lugar con el fin de contrarrestarlas y evitar su comisión⁸⁸.

3. Las criminologías de la vida cotidiana

Se llaman así porque no se interesan por el delito como un evento aislado o anormal sino como algo que se inscribe en las rutinas de la vida social y económica contemporánea⁸⁹. Contando con la racionalidad de cualquier decisión delictiva, la actuación que se propone es estrictamente preventiva y situacional: se trata de incidir, afirma MEDINA, sobre las situaciones y las oportunidades delictivas, modificándolas,

⁸⁷ Estas citas en WACQUANT (2000), 62 ss.

⁸⁸ MEDINA (1998), 282,283.

⁸⁹ GARLAND (2005), 53.

reduciendo esas oportunidades y elevando los costes y los riesgos asociados a la comisión del delito⁹⁰.

Las distintas teorías que componen esta nueva orientación criminológica resumen los aspectos fundamentales de la intervención: la *teoría de las actividades cotidianas* analiza la oportunidad delictiva desde tres factores convergentes: la presencia de un delincuente motivado, de un objetivo alcanzable y la ausencia de un guardián capaz de intervenir; la *teoría de los estilos de vida* lo hace en función de que estos representen un mayor o menor riesgo de victimización; la *teoría de la elección racional* se propone considerar el carácter instrumental del delito orientado a satisfacer necesidades tales como dinero, sexo, estatus y aventura...⁹¹.

Pero, ¿cómo disuadir? Las consignas básicas son las de vigilancia y control sobre las situaciones problemáticas. Se ha propuesto el uso de estas técnicas para prevenir una delincuencia juvenil asociada a determinados factores ambientales, como la “movida” o el fenómeno de las “pandillas”. La ecología urbana vuelve a ser protagonista, esta vez para bloquear el territorio de referencia. Es el objetivo de las nuevas técnicas de prevención situacional: dispersión de los lugares de ocio, expulsión de las zonas conflictivas⁹², vigilancia disuasoria de la policía, de los ciudadanos, de los servicios de seguridad de los locales o espectáculos, sistemas de video-vigilancia⁹³.

Tienen razón, pues, los críticos de estas teorías cuando cuestionan su legitimidad moral por conducir a un modelo de sociedad orwelliana con un control selectivo y clasista⁹⁴ pues difícilmente puede imaginarse que esta prevención situacional se socialice y se dirija a proveer mayores niveles de seguridad a los grupos más pobres y vulnerables de recursos que, a cambio, serán los que verán restringido su acceso igual al disfrute de los bienes y espacios públicos⁹⁵. Por lo demás, como señala GARLAND, se trata de estrategias que se acoplan demasiado bien a las políticas de tolerancia cero, tan invasivas en el control de las conductas antisociales (pequeños actos de violencia, tumultos, consumo de alcohol y drogas...) y a menudo asociadas con el uso

⁹⁰ Literal, MEDINA (1998), 289.

⁹¹ Ampliamente, MEDINA (1998), 284 ss. SERRANO MAÍLLO (2008), 322 ss.

⁹² SUMMERS, (2009), 400.

⁹³ BERNAL/GONZÁLES (2009), 236. Se refiere también a estos últimos, SUMMERS (2009), 399.

⁹⁴ MEDINA (1998), 314. ROLDÁN (2002) la describe como perteneciente a un “realismo de derechos” 241.

⁹⁵ GARLAND (2005), 299. Ampliamente, MEDINA (1998) sobre las valoraciones críticas de von Hirsch, 315.

discriminatorio de las facultades de la policía y la violación de las libertades civiles de los pobres y de las minorías⁹⁶.

Es el signo deshumanizador de los enfoques actuariales, calculadores y evaluadores de riesgos:

La postura actuarial es calculadora del riesgo, es cautelosa y probabilista, no se interesa por las causas pero sí por las probabilidades, no por la justicia, pero sí por la minimización del daño, no pretende un mundo libre de delito, pero sí uno en el cual las mejores prácticas para la limitación de los perjuicios hayan sido puestas en su lugar...no es una cuestión de correcto y erróneo, es más la probabilidad de que las reglas sean rotas, y cuando la unidad del riesgo se convierte en la oportunidad de victimizar, la comprobación de la responsabilidad individual se hace cada vez menos relevante...si el aparente transgresor es bueno o malo, obedeciendo las reglas o siendo incapaz de ello...todo tiene escasa importancia...*Lo que usted quiere por encima de todo es evitar problemas antes que comprender*⁹⁷.

No obstante, hay que reconocer que en el marco de las criminologías de la vida cotidiana, la acción disuasiva se piensa todavía frente a las situaciones que provocan el desorden y la desviación -o el delito- y los efectos personales excluyentes son sólo la consecuencia que se espera de su puesta en práctica, normalmente abusiva y discriminatoria⁹⁸.

Pero hay tendencias actuariales que, en esa misma búsqueda de eficiencia, personalizan sus objetos de control y se orientan por técnicas disciplinarias que buscan identificar, vigilar y confinar grupos sociales enteros, evaluados por la inseguridad que generan⁹⁹. Es el signo de otro de los saberes criminológicos propios de la modernidad tardía.

⁹⁶ GARLAND (2005), 299. También, MAQUEDA (2008), 449 ss.

⁹⁷ YOUNG (2003), 110-111. VAN SWAANINGEN (2002) las identifica por las tres "es": Economía, Eficiencia y Efectividad, 277. Y BAUMAN (2006a), como un aspecto clave de la "reflexividad moderna", 229 ss.

⁹⁸ Es pensable, en efecto, una puesta en funcionamiento de proyectos de prevención situacional más socializados con el límite de reglas y criterios deontológico. Véase VON HISCH en MEDINA (1998), 315. También, SERRANO MAÍLLO (2008), 323.

⁹⁹ BERGALLI/2003), XXI.

4. La criminología del otro

El objeto del nuevo saber es el “otro” como factor de riesgo, como categoría que debe monitorizarse, calcularse y controlarse en aras de un orden social más seguro¹⁰⁰. Bajo la nueva lógica actuarial se abandona la centralidad del sujeto, el interés por los factores sociales, culturales y económicos explicativos de la desviación. Es una “underclass” inmoral la fuente del problema y la solución está en vigilarla, incapacitarla, aislarla¹⁰¹.

El sujeto desviado, en tanto que “caso”, sólo tiene relevancia en cuanto sea posible clasificarlo en una categoría -normalmente marginal-, sobre la base de una valoración probabilística y estadística del riesgo. Es el *habitat* de interacción desviada lo que interesa, como señala DI GIORGI, esas poblaciones de riesgo que habitan los territorios de exclusión y que deben ser vigiladas y controladas, delimitando sus espacios de vida a través de la elevación de barreras artificiales que limiten sus posibilidades de movimiento, de interacción y acción¹⁰².

Una vez más, la prevención es situacional no social. Se trata de acotar espacios, los más precarios, para hacerlos transparentes a la disciplina y accesibles a un control que se impone desde fuera, disuadiendo, castigando, incapacitando a unos segmentos de la población que generan inseguridad y focalizan el miedo ciudadano. Se trata de una simple coordinación sistémica:

Los objetivos de las políticas de seguridad son renovadamente sistémicos. La rehabilitación del delincuente o el control del delito han dejado paso a la necesidad de identificar y manejar a los grupos más difíciles de controlar -los que van quedando en los márgenes del sistema social-...¹⁰³.

Los jóvenes -los jóvenes no convencionales de nuestro estudio¹⁰⁴- han pasado a ser portadores privilegiados de esa amenaza simbólica a la paz social. En su caso, hay una doble discriminación que proviene del criterio de la juventud y de la marginalidad y que se confunde con lo imaginario, lo simbólico, el rito: hay un tiempo y un lugar

¹⁰⁰ VAN SWAANINGEN (2002), 278.

¹⁰¹ GARLAND (2005), 302-303.

¹⁰² DI GIORGI (2005), 70-72.

¹⁰³ VIRGILI/DOMÍNGUEZ (2000), 240, 241.

¹⁰⁴ Porque constituiría “una manipulación evidente”, en palabras de BOURDIEU (2008c), hablar de los jóvenes como de una unidad social, como de un grupo constituido, dotado de intereses comunes... con universos sociales que no tienen prácticamente nada en común, 144.

habitados por aquellos a quienes se debe vigilar y prohibir su expansión y movimiento pues podrían contaminar tan sólo con su presencia los espacios ordenados. Constituyen, en palabras de MENESES, “el otro”, complementario y subordinado, objeto de desconfianza, motivo de sospecha y de temor. Ocupan la periferia del campo social en el sistema de las representaciones colectivas predominantes, a menudo en contradicción con su condición real¹⁰⁵.

Y es que el aumento de la conflictividad, especialmente urbana, ha generado una demanda creciente de protección frente a una violencia -a menudo estereotipada- que se identifica con espacios, movimientos y grupos que habitan la ciudad y que, sin embargo, no representan un riesgo objetivo para la seguridad de nadie¹⁰⁶. Muchas veces es una determinada “estética juvenil”, la que las autoridades, la opinión pública y los mass media identifican con un potencial comportamiento delincuencia, como señala CERBINO:

Así, el delincuente no es necesariamente un joven que ha cometido un acto ilegal, sino más bien cada joven que tiene una determinada forma de vestir y en general un *look* “sospechoso”, es un delincuente “oculto” que la “perspicacia” policial logra desenmascarar¹⁰⁷.

Fruto de la intolerancia, cualquier sospecha basada en el aspecto físico, en el origen étnico, en la ropa, en las actitudes..., se convierte en razón bastante para la puesta en marcha de genéricos dispositivos de control. Porque el riesgo de desviación se ha colectivizado¹⁰⁸. El moderno panoptismo no busca ya visibilizar casos de grave violencia sino que se conforma con combatir la indisciplina y el desorden que representan los grupos de jóvenes marginados o simplemente inadaptados, en tanto que entornos inquietantes para un orden seguro.

El inconsciente colectivo ha creado un vínculo indisoluble entre jóvenes, pandillas y violencia¹⁰⁹ con la ayuda de unos medios de comunicación empeñados en producir, con su mirada estigmatizante, ese efecto de realidad¹¹⁰. Y las “verdades oficiales” están ahí para confirmarlo al tiempo que añaden a los inmigrantes a su lista de sujetos de riesgo¹¹¹. Los estudios empíricos afirman lo contrario¹¹², pero ellos -todos

¹⁰⁵ MENESES (2008), 158.

¹⁰⁶ RECASENS (2000), 29,30.

¹⁰⁷ CERBINO (2006), 14.

¹⁰⁸ DI GIORGI 2005, 71.

¹⁰⁹ AZAOLA (2004),7.

¹¹⁰ CERBINO (2005), 30.

¹¹¹ CANELLES (2008), 102. VÁZQUEZ (2007), 31 ss.

ellos- figuran ya en esa *cartografía policial de los disturbios* a que se refieren VIRGILI y DOMÍNGUEZ: una cartografía que funciona como un sistema de seguimiento de los movimientos de la población en el espacio y en el tiempo... y permite que la policía establezca perfiles tipo, tanto de autores como de víctimas, en materia de riesgo¹¹³.

Es lo que FOUCAULT llama los “mecanismos regularizados del poder”, es decir, mecanismos disciplinarios que suponen un recorte mismo de la ciudad, de la visibilidad de los individuos, normalizadores de las conductas, especie de control policial espontáneo que se ejerce así por la misma disposición espacial de la ciudad¹¹⁴.

Y en esa “atemorizada comunión de personas atemorizadas” -que, en palabras de ZIZEK, constituye el actual statu quo político¹¹⁵- el “hombre vulnerable”¹¹⁶ duerme tranquilo, sin sospechar la violencia que generan todos esos artificios de control.

5. Hacia una identificación de los sujetos bajo control: distintas visiones sobre las bandas y otros grupos de calle

No ha sido unánime en criminología la visión de estos grupos como amenaza social. Los primeros estudios sociológicos sobre bandas destacaron ya aspectos positivos de la interacción de sus miembros tales como la afectividad, la solidaridad o la moral compartida¹¹⁷ que, paulatinamente, se fueron invisibilizando por la influencia de las teorías de la desviación social que hicieron suyo el mundo complejo de los jóvenes y sus experiencias colectivas. CASTILLO BERTHIER atribuye ese cambio de orientación a las demandas de los grupos de poder y de sus caprichosas definiciones sociales que llevaron el estigma a las pandillas como sujetos de riesgo:

¹¹² Salvo las estadísticas oficiales, MELOSSI y otros (2008), 125. Véanse los resultados para España en SERRANO (2008), 417 y CANO (2008), 152. O también para otros países, Italia o EE.UU., RUMBAUT y otros (2008), 129.

¹¹³ VIRGILI y DOMÍNGUEZ (2000), 243. Sobre los medios y la policía como diseñadores fundamentales de la construcción social de las bandas, CANELLES (2008), 96.

¹¹⁴ FOUCAULT (2000), 227.

¹¹⁵ Es, dice ZIZEK (2009), la (pos)política que deja atrás las viejas luchas ideológicas y se centra en la administración y gestión de expertos y persigue la manipulación de una multitud paranoide, 55, 56.

¹¹⁶ La identifican como la imagen social del hombre postmoderno sometido a una hiperprotección externalizada, asociada a la construcción de sentimientos de miedo, VIRGILI/DOMÍNGUEZ (2000), 239.

¹¹⁷ KAZYRYTSKI (2009).

A partir de este momento la investigación social fue dirigiéndose más hacia la búsqueda de los elementos “antisociales” de las pandillas...sus imágenes provocadoras fueron de inmediato interpretadas por la sociedad como amenazantes y, al no seguir o romper con las “reglas del juego” establecidas, empezaron a ser catalogadas dentro de los conceptos de “conductas irracionales”, ominosas y peligrosas que debían ser controladas¹¹⁸.

Pero es sabido que ese proceso de etiquetamiento sobre los jóvenes de calle no es políticamente neutral ni está libre de valores y se evidencia muy útil como medio de información acerca de la ideología de los investigadores¹¹⁹ o de quienes hablan de ellos, como resume CANELLES¹²⁰. El propio concepto utilizado para referirse a esos grupos está tan mediatizado por la mirada contaminada que nos llega desde los aparatos de control que resulta difícil una aproximación científica a su conocimiento y a la comprensión de su significado.

De todos los términos utilizados para identificar esos grupos es probablemente el de banda el más generalizado y también el que tiene asociado un sentido más negativo de antisocialidad y violencia, de forma tan gravemente confusa, por lo demás, que da cabida en su concepto tanto a grupos juveniles informales de calle que pueden ocasionalmente participar en delincuencia de bajo nivel como a instancias criminales altamente organizadas. En cuanto a esos otros elementos distintivos que se proponen para identificar a los diferentes grupos de calle, tales como la marginación social, la ideología, la etnicidad, la mayor o menor cohesión grupal, su diversa estructura organizativa¹²¹ o su carácter más o menos territorial¹²² no ofrecen datos suficientemente precisos como para resultar útiles a un esclarecimiento de su individualidad si no es en unas determinadas coordenadas de tiempo o lugar: pienso, por ejemplo, en el Estado español donde el concepto de banda se aplica actualmente a grupos latinos que comparten espacio con las aquí llamadas “tribus urbanas” definidas a partir de elementos estético-ideológicos, a las que se suman otros grupos de ocio -“pandillas”-

¹¹⁸ CASTILLO BERTHIER (2004), 113.

¹¹⁹ BOOKIN-WEINER/HOROWITZ (1983), 587. VENKATESH (2003), 4.

¹²⁰ CANELLES (2008), 95, 96.

¹²¹ Por ejemplo, KLEIN (2001), 9, 12 ss.

¹²² El territorio es uno de los rasgos del “gesto pandillero” para PEREA RESTREPO (2007), 62 pero, sin embargo, parece generalizarse la opinión de que hoy se evoluciona hacia formas de sociabilidad más complejas y desterritorializadas y hacia la creación de identidades cada vez más nómadas, a través sobre todo a causa de internet. MCDONALD (2003), 68 ss. Sobre esto último, FEIXA (2006), 8,11, 98 ss.

que se sustraen a menudo a etiquetas y definiciones estéticas o aún a la idea de movimiento juvenil¹²³.

Entiendo que si hablamos de bandas no podemos hacerlo como si fueran entidades monolíticas¹²⁴. Por eso comparto la opinión de BALL y CURRY, cuando proponen construir un concepto abstracto de ellas a partir de rasgos descriptivos, formales, neutros normativamente que le den la oportunidad de adaptarse a una realidad compleja, socialmente cambiante¹²⁵. La definición ilustrativa que sugieren de banda como sistema social espontáneo, intersticial, integrado pero mutable, cuyos miembros comparten intereses comunes con liderazgo y pertenencia de servicios y mecanismos adaptativos para tratar con otros sistemas sociales significativos de su entorno¹²⁶, creo que es suficientemente expresiva para identificar un fenómeno grupal básico, con posibilidad de ser más adelante completada con otros correlatos igualmente decisivos, tales como el medio urbano de referencia o componentes estructurales de clase o étnicos o la creciente personalización de sus miembros¹²⁷, pero dejando para valorar por fuera el posible componente criminal del grupo en el entendimiento de que no se trataría entonces de una banda sino de una “banda delincuente” o, en su caso, de “criminalidad organizada”¹²⁸.

Se trata de un aspecto polémico que ha dividido históricamente las posiciones acerca del concepto de banda. Es representativo que desde la red *eurogang*, que nace de un acuerdo entre investigadores americanos y europeos a partir de 1998, se siga manteniendo ese componente criminal como uno de sus rasgos identificativos:

Conforme a la definición que proponen de banda, se trataría de un grupo juvenil duradero, con orientación hacia la calle y otros espacios públicos y con una identidad grupal definida primordialmente por su participación en actividades delictivas¹²⁹.

¹²³ BARTOLOMÉ/RECHEA (2006), 326. SCANDROGLIO y otros (2002).

¹²⁴ VERKATESH (2003), 4.

¹²⁵ Porque las bandas de la vida real son instancias sociales verdaderamente complejas con fronteras poco claras y constantemente cambiantes, MCDONALD (2003), 68ss. KNOX (1994) 611. SHARP y otros (2006), 1.

¹²⁶ BALL/CURRY (1995), 240. Creo que es igualmente admisible la definición que proponen BARTOLOMÉ/RECHEA (2006) cuando requieren una interacción relativamente estable, con metas comunes, actividades coordinadas y que se definan a ellos mismos como grupo, 326.

¹²⁷ MCDONALD (2003), 68.

¹²⁸ HAGEDORN (2005), 155, 240.

¹²⁹ Dan noticias de ella, KNOX (1994), 8; ESBENSEN/DESCHENES (1998), 106. WARD (2000), 71.

Considero, no obstante, con un sector de opinión relevante que ese bagaje de delitos y violencia que se vincula interesadamente a las bandas y que conforma esa imagen negativa, socialmente construida de ellas, no debe admitirse como propiedad definitoria del grupo¹³⁰.

No menos importante me parece la sugerencia de muchos autores de aligerar el peso de la desviación en la construcción social de las bandas contemporáneas para favorecer una mirada que reivindique no sólo sus ingredientes emocionales y lúdicos - de solidaridad o de lealtades grupales-¹³¹ sino también los aspectos culturales y políticos de su actividad¹³². No hay que perder de vista, como afirma MCDONALD¹³³, que la violencia -simbólica o no-, en las comunidades deficitarias en que se practica, es un simple medio de afirmación de la propia identidad que tiende a convivir -o puede convivir- con el ejercicio de reivindicaciones sociales y políticas en el seno de sus comunidades que representen formas relevantes de manifestación de una cultura pública.

Se trata de un aspecto que reinvidican DICHARA y CHABOT para las bandas: el relacionado con sus raíces en una comunidad. La respuesta de la banda a las fuerzas sociales que afectan negativamente a su comunidad, a veces en forma de actividades positivas y activismo político, es una característica orgánica verdadera de la banda urbana, que puede llegar a comportarse como organización de resistencia cultural y social¹³⁴.

La pretensión no es nueva. Ya la hizo suya en su día la Escuela británica de Estudios Sociales cuando expresaba su temor de que esa tendencia a etiquetar como desviadas la actividad de las bandas estuviera interesadamente orientada a desincentivar sus dimensiones políticas y culturales¹³⁵. Es significativo, en ese sentido, que una banda tan “temida” como la de los Latin Kings sea reconocida hoy como una organización políticamente activa en Nueva York y como una asociación cultural en Cataluña¹³⁶. Una iniciativa que cuenta con otras experiencias similares en distintas ciudades norteamericanas donde bandas supuestamente peligrosas se han llegado a comprometer

¹³⁰ DICHARA/CHABOT (2003), 78 y 81. HAGEDORN (2005), 155. SHARP y otros (2006), 1.

¹³¹ BROTHERTON (2008), 32 ss.

¹³² VENKATESH (2003), 4.

¹³³ MCDONALD (2003), 72 y 73. También, VENKATESH (2003), 6.

¹³⁴ DICHARA/CHABOT (2003), 78, 91.

¹³⁵ VENKATESH (2003), 7.

¹³⁶ Más información sobre la primera en DICHARA/CHABOT (2003), 79 ss. Asimismo sobre la evolución del modelo neoyorquino desde 1994, SORIANO (2008) 118. Sobre la segunda, también este último autor, 121 ss. y LAHOSA (2008), 175 ss.

en actividades políticas comunitarias, de cuidado de la salud, educación, empleo u otros¹³⁷.

Se trata, en definitiva, de reivindicar una imagen compleja de las bandas, de sus miembros, como actores racionales cuya acción aparece mediatizada por sus propias ideologías y los sistemas de significado que marcan su participación en el mundo social¹³⁸.

Se refiere, por ejemplo, PEREA RESTREPO al “deseo”, como parte de la eficiente ideología de mercado, cuando señala a la diversión y el entretenimiento como principales motivos de la elección de entrar en una banda, así como a la atracción magnética de amigos y a la promesa de poder¹³⁹ o de acceso a bienes económicos¹⁴⁰.

Por otra parte, el viejo paradigma de la adaptación que presenta la actividad de estos grupos como meras “estrategias de supervivencia” en contextos en que los recursos personales, normativos e institucionales se hallan fuertemente limitados, está siendo revisada en favor de una teoría de la resistencia que los contempla como “identidades de resistencia” formadas en oposición a la cultura dominante y a las incertezas de una realidad inestable e insolidaria caracterizada por la retirada del estado de la arena política y económica y el fracaso de las instituciones modernas¹⁴¹.

Y en ese contexto de debilitamiento de la regulación social, de fragmentación y desapoderamiento de la comunidad y de la propia individualidad, la violencia se interpreta como una experiencia que compite por el caro recurso del respeto y del poder en los espacios urbanos contemporáneos¹⁴².

¹³⁷ DICIARA/CHABOT (2003) se refieren, por ejemplo, a la Queen Nation y a los Disciples Gangster de Chicago, 79 ss. y SIEGEL (2003) destaca la acción de las bandas en Washington en favor de un “plan de paz” para el desarrollo de la comunidad latina, 219.

¹³⁸ Asimismo complejos, MCDONALD (2003), 68 ss. FEIXA (2006), 102 y 106; VENKATESH (2003), 7.

¹³⁹ PEREA RESTREPO (2007), 174ss., 193.

¹⁴⁰ ALBA/KRUIJT (2007), 512.

¹⁴¹ VENKATESH (2003), 6 y 7. DICIARA/CHABOT (2003), 79. QUEIROLO (2008), 116. REGUILLO (2003), 98 ss.

¹⁴² En esos términos, refiriéndose a la fase del capitalismo network, MCDONALD, (2003), 71 HAGEDORN (2005), 157.

IV. La realidad española como experiencia

1. Origen del problema: la visibilización social de los actores en conflicto.

Las primeras subculturas juveniles hacen su aparición en el Estado español en los años ochenta del siglo pasado. Pese a que ya entonces fueron objeto de control policial a través de una brigada especializada -llamada de tribus urbanas¹⁴³-, sus rasgos trasgresores eran básicamente estéticos, musicales y de consumo¹⁴⁴. Su identificación con la violencia urbana se producirá una década más tarde -en los noventa- cuando empiezan a ser tratados globalmente por los medios de comunicación como factores potenciales de desorden y agitación social¹⁴⁵, recibiendo una intensa -y poco conocida- atención institucional.

Fue en el Senado donde se elabora por primera vez, en 1994, un informe sobre bandas juveniles, donde se da cuenta de la existencia de grupos escasamente organizados, marginales, proclives a cierta forma de violencia no especialmente grave (en los estadios con frecuencia), al consumo de drogas y a la delincuencia fundamentalmente patrimonial, según las noticias que aporta LANDROVE¹⁴⁶.

Unos años más tarde, en 1998, la Fiscalía General del Estado publicará otro informe sobre violencia urbana callejera donde se da cuenta de la existencia de grupos, algunos de los cuales han ido desapareciendo con el tiempo, que desarrollaron una actividad violenta desigualmente intensa en esa época¹⁴⁷. Aparte de reiteradas alusiones a “la movida” con perturbaciones y molestias a los vecinos y a actos aislados de vandalismo de fin de semana por parte de pandillas de jóvenes “sin otro móvil ideológico que la incivilidad o el aburrimiento”, hay referencias individualizadas a numerosos grupos juveniles: por ejemplo, a los insumisos:

Ciertas manifestaciones grupales con sentadas, encadenamientos y, eventualmente, producción de daños materiales y enfrentamiento con las fuerzas del orden público, se han

¹⁴³ SINDIC DE GREUGES (2005). ESPEJO (1998) atribuye su puesta en funcionamiento en 1993 tras la denuncia de algún caso de violencia callejera, 85

¹⁴⁴ MADRID/MURCIA (2008), 20.

¹⁴⁵ SANZ MULAS (2006) 159.

¹⁴⁶ LANDROVE (2007) 1522.

¹⁴⁷ Memoria de la Fiscalía General del Estado (1994), 460 ss.

producido en protesta por el régimen penal en relación con la insumisión a la prestación del servicio militar (Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias).

A los ultras:

Algunas actuaciones violentas causadas por grupos de personas han debido asociarse a la celebración de enfrentamientos deportivos, a cargo de los llamados “ultras” que, con ocasión de ellos, y generalmente tras su celebración y, ligada tal conducta a la ingestión de bebidas alcohólicas, se han dedicado a la causación gratuita de daños materiales proyectados generalmente hacia lunas de escaparates o elementos de ornato instalados en la vía pública (Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias).

A los Centuriones:

Integrantes de la conocida internacionalmente como Hell’s Angels, caracterizada por tener una estructura interna sumamente jerarquizada y por utilizar frecuentemente simbología nazi. Uno de sus datos identificativos es la afición a las motos y tienen en su poder distintos tipos de armas que avalan su carácter violento. Hay abierta desde 1996 una causa contra ellos por los delitos de asociación ilícita, tenencia de armas y tráfico de drogas (Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña).

A los Skind-Head /Punkies/ Punkies-Ocupas-Bacaladeros o

Mods-Rackeros / Postmodernos/ Pijos / Puretas-Raperos

A los que atribuye manifestaciones de criminalidad de grupos más o menos organizados, en los que la violencia tanto contra las personas como contra el patrimonio, se recubre de unos planteamientos pseudoideológicos, (Fiscalía de Sevilla).

A los Grupos Y o Jarrai:

Relacionados con la denominada *kale borroka* o conjunto de algaradas, sabotajes e incidentes realizados en el entorno del llamado MLNV. Se producen al finalizar una manifestación o con motivo de alguna detención de presuntos miembros de ETA o entrega de éstos por parte de algún país extranjero. Los objetivos fueron instituciones públicas, organismos como RENFE, Telefónica, sede de partidos, bancos y entidades privadas como oficinas bancarias y seguros (Fiscalía de Vitoria).

A otros grupos llamados radicales como los Skin Red o Alzada Tricolor con planteamientos independentistas (Fiscalía de la Audiencia Provincial de Tenerife) o, de

tendencias racistas y xenófobas como las Bases Autónomas Reconstituidas u Ofensiva Ibérica:

Proclama “stop inmigración”. Dicho mensaje se une a delincuencia-asesinatos-sida-droga-mestizaje, parásitos sociales-prostitución (Fiscalía de Sevilla).

Esos grupos serían conocidos más tarde como *tribus urbanas*¹⁴⁸, cuyo rasgo distintivo básico iba a ser la existencia de un estilo de vida propio y una identidad social:

Pertenecer a ellas significa aceptar algunas reglas específicas que les lleva a exhibir una diferencia a la que confían su imagen parcial y global y que les hace salir de su anonimato y adquirir un sentido de identidad... no sólo a través de la música, ropas y peinados sino a través de la confrontación entre grupos competidores de gente joven y el culto de la imagen violenta...¹⁴⁹.

Su relación con la violencia era y es hoy muy variable, por más que a menudo hayan sido identificados como grupos urbanos violentos¹⁵⁰. De las más de treinta clases de tribus contabilizadas¹⁵¹ sólo algunas de ellas son consideradas grupos políticos o ideológicamente activos en los que una de sus actividades coordinadas es el comportamiento violento. Hay relativo acuerdo en señalar como ejemplos de los primeros a Jarrai, Haika o Segui, protagonistas de la kale borroka y de los segundos a los Skin heads, los nacional-bakalaeros y los ultras¹⁵².

En los demás casos de “jóvenes visibles”, como les llaman BARTOLOMÉ y RECHEA, el encuentro con la violencia es ocasional y a veces puramente simbólico - como un signo de identidad que se exhibe a través de un determinado lenguaje o de una estética o indumentaria provocativos-¹⁵³:

Hoy los jóvenes exhiben la violencia como forma de integración negativa, que les permite sentirse identificados y reconocidos como sujetos por la vía de conformarse al

¹⁴⁸ En contra de esa denominación por expresiva de una sociedad excluyente que considera ajenos a sus elementos discordantes, FERNÁNDEZ-VILLANUEVA (1998), 45. También, MADRID/MURCIA (2008), 17 Proponen su utilización metafórica para reflexionar sobre la metamorfosis de la condición juvenil en la era digital, FEIXA /PORZIO (2004), 20.

¹⁴⁹ BARTOLOMÉ/RECHEA (2006), 327, 329. IGLESIAS (2006), 96. Habla de “performatividad” y reivindica la dimensión política de la que son portadoras las culturas juveniles, REGUILLO (2003), 101 ss.

¹⁵⁰ ESPEJO-SAAVEDRA (1998), 85.

¹⁵¹ Véase el estudio exhaustivo que se ofrece de ellas en AA.VV. (2002), pp. 47 ss. FEIXA ,C/PORZIO,L (2004). MADRID,D./MURCIA,J. (2008), 25ss. RUBIO PARDO (2006)14 ss.

¹⁵² BARTOLOMÉ/RECHEA (2006), 327. SANZ MULAS (2006), 167 ss. IGLESIAS (1998) añade a los skin red, a los punks y a los ocupas, 96 ss.; estos y otros también en VÁZQUEZ (2007), 40,41.

¹⁵³ BARTOLOMÉ/RECHEA (2006), 327. RECASENS ((2000), 29. RODRÍGUEZ NÚÑEZ (2008) reserva para estos grupos la denominación de tribus frente a las bandas que si serían delictivas, 218.

estereotipo admitido como estigma propio de la juventud: conflicto, desobediencia, agresividad, toxicomanía, transgresión... a través de los cuales adquiere un cierto (aunque marginal) status social¹⁵⁴.

Esos atributos de desorden y antisocialidad que se aparecen adscritos a las tribus urbanas son interpretados, desde la psicología social, como una representación simbólica de su disidencia y su conflicto con la sociedad¹⁵⁵. Un ingrediente éste que quizás sirva para diferenciarlas de esos otros grupos de calle, que la Fiscalía identificaba como “movida” y que algunos analistas españoles prefieren llamar *pandillas*, caracterizados por carecer de identidad grupal y cuya violencia es puramente expresiva:

La violencia en esos casos no caracteriza al grupo y no es organizada sino que surge espontáneamente en el contexto de relaciones y actividades sociales de la pandilla... especialmente en tiempo de ocio y relacionada con el consumo de drogas y alcohol¹⁵⁶.

Van a ser los primeros actores sociales identificados como conflictivos por su relación con la violencia. Tribus y pandillas serán a partir de entonces, en el Estado español, un símbolo de la desviación juvenil colectiva. Pero estamos aún al principio. Había que esperar todavía unos años, ya con el nuevo milenio, para que llegaran a visibilizarse socialmente otros grupos de jóvenes -caracterizados esta vez como *bandas*- cuyos signos de identidad iban a variar en función de la mirada “científica” de los distintos investigadores que se aproximaron a su estudio: desde una visión que resaltaba su relación instrumental con el delito a otras que han primado su carácter étnico o bien ambas cosas a la vez. De su vinculación con la criminalidad es muy representativa la definición que ha ofrecido VÁZQUEZ, para quien el elemento definidor de estos grupos no es otro que su finalidad delictiva:

Se puede entender por banda juvenil un grupo de jóvenes unidos de forma permanente por mutuos intereses con las siguientes características: un nombre y una simbología que haga reconocible a la banda, un líder identificable, un territorio geográfico bajo su control, un lugar de reunión regular e implicación en actividades delictivas¹⁵⁷.

Otros, como BARTOLOMÉ y RECHEA relacionan a las bandas con una intensa actividad criminal, al tiempo que las identifican con la expansión del fenómeno migratorio:

¹⁵⁴ GIL CALVO (1998), 18.

¹⁵⁵ BARTOLOMÉ/RECHEA (2006), 327. SANZ MULAS (2006), 159.

¹⁵⁶ BARTOLOMÉ/RECHEA (2006), 332. Se refieren a “otros” grupos juveniles, SCANDROGLIO y otros (2002).

¹⁵⁷ VÁZQUEZ (2007), 41, 42. WARD (2000), 71.

Hay temor en España de que el fenómeno de las bandas crecerá porque es un territorio de acogida de inmigrantes. Una preocupación es la aparición en algunas ciudades de niños de la calle de origen marroquí que sobreviven ilegalmente en las calles y acaban cometiendo delitos: no bandas porque son poco estables, sin estructuración ni simbología ni estética ni territorialidad. Otra preocupación es la de los niños inmigrantes latinoamericanos que pueden estar altamente influenciados por las bandas americanas y que está introduciendo diferentes formas de vivir su adolescencia¹⁵⁸.

Finalmente, hay posiciones como la de CANO que utiliza el concepto de “etnización” para aproximarse al fenómeno de las bandas juveniles, dejando marginado en buena medida su posible ingrediente criminal:

La realización de actividades de carácter delictivo y/o violento supone, en la mayoría de los casos, una porción muy pequeña dentro del conjunto de actividades que realiza una banda juvenil en concreto. Aspectos como la amistad, la solidaridad, la protección, el reconocimiento y, sobre todo, la identidad son determinantes como elementos configuradores de la banda juvenil de carácter étnico¹⁵⁹.

Pero son las instituciones de control social las que tienen la última palabra en la producción de los discursos a través de los cuales se realiza la construcción social de estos grupos urbanos¹⁶⁰, en este caso de los conocidos como bandas latinas. Bajo su influencia, la asociación jóvenes/inmigración/criminalidad se ha acabado imponiendo en el imaginario colectivo produciendo un intenso efecto de conmoción social.

Acontecimientos violentos aislados producidos en 2003, uno de ellos con el resultado de una muerte a consecuencia de enfrentamientos entre bandas rivales -latin kings y ñetas-¹⁶¹ crearon una ola de pánico moral. Pocos meses después nació el estigma. La Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al ejercicio 2004 alertaba ya sobre el incremento de delitos cometidos por “jóvenes delincuentes que, insertos en pandillas a modo de ‘maras’¹⁶², atemorizan y violentan a otros menores con prácticas cuasimafiosas que, desafortunadamente, incluso degeneran en peleas en la vía pública con utilización de instrumentos peligrosos y armas blancas, llegando a

¹⁵⁸ BARTOLOMÉ/RECHEA (2006),332. VÁZQUEZ (2007), 47.

¹⁵⁹ CANO (2008b), 140, 143,144. SORIANO (2008), 125. LAHOSA (2008), 180 ss.

¹⁶⁰ CANELLES (2008), 96.

¹⁶¹ Véanse las referencias de CUERDA (2006a), 165.

¹⁶² Sobre la realidad de las maras y su necesaria distinción de las pandillas de barrio (a las que en realidad se refiere la Fiscalía), RODRÍGUEZ/CUELLAR (2007), 187 ss.

causar heridas mortales”¹⁶³. Un año más tarde, una Instrucción 23/2005 de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre grupos violentos de carácter juvenil los definía por primera vez como “grupos integrados por menores y jóvenes, de entre doce y treinta y dos años, con estructura de cohesión y disciplina interna, cuyas actuaciones derivan en conductas violentas y general alarma social”. Durante ese año, Policía y Guardia civil han desarrollado diversas operaciones contra esas bandas juveniles organizadas que permitieron la detención de más de trescientas personas, según datos oficiales:

Se destacan, de entre las principales, la “Operación Espada” (26/04/2005) en la que se desarticuló una organización de skinhead de ideología neonazi y se detuvo a veintiún personas como presuntos autores de delitos contra los derechos y libertades fundamentales, apología del genocidio, tenencia y tráfico de armas y asociación ilícita. La “Operación Pánzer” (20/09/2005), que desmanteló en Valencia una organización neonazi que se financiaba vendiendo armas y efectos propios de su ideología a través de Internet. En la operación se detuvo a veinticinco personas y la Guardia civil se incautó de numerosas armas blancas y de fuego. En la “Operación Latino” (18/11/2005), la Guardia civil detuvo en Alicante a cincuenta y seis presuntos miembros de un grupo violento denominado “Lion Black” que mantenía peleas constantes con otros grupos en parques e institutos, generalmente contra simpatizantes de los Latin Kings, para mostrar su supremacía territorial en la localidad. En cuanto al Cuerpo Nacional de Policía, su actividad en este ámbito se ha centrado en la lucha contra las bandas de origen latino. A lo largo de este año ha identificado a mil ochocientos cincuenta miembros de estos grupos y ha detenido a noventa y cuatro de sus miembros sólo en Madrid y Barcelona... (http://www.mir.es/DGRIS/Notas_Prensa/Ministerio_Interior/2005/np121504.htm).

Las reacciones institucionales no han dejado de sucederse desde entonces. Desde 2007 está en vigor un Plan de actuación contra grupos organizados y violentos de carácter juvenil que se anuncia como plenamente exitoso¹⁶⁴: en su comparecencia ante el Senado el 9 de marzo de 2009, el Director General de la Policía y de la Guardia Civil anunciaba que en los dos últimos años de vigencia del Plan se habían desarticulado 772 grupos organizados y violentos (j), con 1637 detenidos¹⁶⁵. Unas cifras que así dichas, sin más explicaciones, producen primero incredulidad y sorpresa a cualquier mirada, por poco experta que sea, que mantenga algún contacto teórico con los grupos juveniles

¹⁶³ CUERDA (2006 a), 166, 167.

¹⁶⁴ Del 27 de febrero de ese año es también el Protocolo de colaboración y coordinación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los Cuerpos de Policía Local para abordar los problemas de seguridad ciudadana relacionados con la juventud, donde se le da un espacio autónomo al fenómeno de las bandas (<http://www.senado.es/legis9/publicaciones/html/opciones/CS0117>).

¹⁶⁵ (<http://www.senado.es/legis9/publicaciones/html/textos/CS0117.html>, También en GARCÍA HERNÁNDEZ (2009).

violentos -y organizados- aquí existentes, pero además provocan un fuerte malestar por su idoneidad para generar alarma en la opinión pública sin ofrecer ninguna evidencia ni información adicional capaz de convencer/dar por cierta (de) su aproximación a la realidad¹⁶⁶. Un problema que se agrava cuando las únicas fuentes disponibles para alcanzar ese conocimiento son los medios de comunicación.

2. Violencia juvenil y medios de comunicación en la sociedad del miedo

La gran visibilidad de los actos violentos cometidos en grupo contribuye a una manipulación mediática que produce el efecto de crear realidad. Convertidos en los principales narradores de los temas relacionados con la violencia urbana, los medios de comunicación consolidan continuamente su influencia en la construcción de los imaginarios colectivos acerca de una seguridad en permanente riesgo¹⁶⁷.

Su retrato alarmista y excesivo de la violencia de los jóvenes genera una percepción pública subjetivizada y dramatizada que produce conmoción social. Este es un punto en el que coincide la mayoría de los investigadores sobre bandas y otros grupos de calle: que los medios de comunicación aumentan la notoriedad de los hechos delictivos e “institucionalizan” la desazón pública¹⁶⁸. Un recorrido por algunos de los titulares que la prensa española ha dedicado a la actividad violenta de las bandas latinas en nuestro territorio es indicativo de esos discursos sensacionalistas a que me refiero. Pueden ponerse algunos ejemplos significativos:

En Qué de 21/01/2005 se leía “La policía estrecha el cerco sobre las bandas latinas”: las bandas violentas de sudamericanos han incrementado su presencia en Madrid, trayendo consigo las habituales reyertas presentes en sus países de origen. La Nacióncl de 07/06/2005 titulaba una de sus páginas “las bandas latinas aterran en EEUU”: La cámara baja acaba de aprobar una ley

¹⁶⁶ Según mis propias fuentes de información, este año se están preparando las primeras estadísticas policiales acerca de la delincuencia juvenil grupal separada de la protagonizada por individuos aislados. Hay que tener en cuenta, por lo demás, la opinión de SCANDROGLIO y otros (2002) cuando se refieren a los cuantiosos sesgos que tienen los informes policiales a los efectos de valorar su credibilidad.

¹⁶⁷ CERBINO (2005) 11,13. SAEZ BAEZA (2005), 61. DAMMERT (2005), 61. MAQUEDA (2004), 1290.

¹⁶⁸ En la descripción de FARRALL y otros (2008), 243. RECASENS (2000), 31. Sobre esa prevalente percepción subjetiva de la violencia, GIL CALVO (1998), 12, FERNÁNDEZ DOLS (1998), 31. CUERDA (2006a), 166. FERNÁNDEZ (2006a), 269 ss. entre otros.

antimara que prevé la pena de muerte incluso para los pandilleros menores de edad. De hecho, ya hay jueces que están juzgando a los pandilleros como terroristas para poder aplicarles sanciones más duras. El periódico la Razón de 18/09/2005 recogía en sus titulares la siguiente noticia: “La policía detecta que las bandas latinas de Madrid comienzan a armarse con pistolas” y más adelante: la policía ha activado la *alerta roja* pues se está a la expectativa de que pudieran estar adquiriendo “pistolas detonadores” para posteriormente modificarlas y “conseguir que disparen fuego real”. O más recientemente, en ABC.es de 05/02/2007 se leía “Justicia y bandas latinas violentas”, que se acompañaba del siguiente texto: estamos muy lejos de la absurda doctrina que tiende a consentir la configuración de peligrosas bandas latinas como inocentes asociaciones vecinales para favorecer la vertebración y adaptación de grupos de inmigrantes. Para sorpresa e indignación de muchos ciudadanos, esto es lo que vienen defendiendo algunos responsables políticos como si lo políticamente correcto debiera prevalecer, siempre y en todo caso, sobre la propia seguridad ciudadana. O también los titulares del Siglo del Torroón de 31/03/2008: “Bandas latinas buscan controlar calles de Madrid” y añadía: son consideradas un serio riesgo para la seguridad que supera incluso a los de grupos radicales españoles en los últimos años¹⁶⁹.

Pero el control no se detiene en los actos de violencia sino que va más allá y se propone reprimir los signos de desviación juvenil. Tratándose de bandas latinas, hay dos sujetos de riesgo que confluyen: los jóvenes y los inmigrantes cuya presencia es vivida en términos de discrepancia en cuanto a las normas vigentes en nuestro entorno social. En tanto que contranormativos, son percibidos como peligrosos para el orden público a causa de la visibilidad de unas señas de identidad que la gente interpreta como predictoras de delincuencia, tales como el simple merodear intimidatoriamente por las calles. Es lo que FARRALL y otros, llaman “actos incívicos sociales” y se consideran especialmente turbadores porque menoscaban *desde dentro* la idea de comunidades seguras¹⁷⁰.

SIEGEL da cuenta precisamente de una serie de tácticas anti-bandas en EEUU que, basándose en esos signos de identificación, han sido utilizadas para expulsar a jóvenes “indeseables” de las plazas públicas antes de que tuvieran la oportunidad de comprometerse en actividades delictivas:

¹⁶⁹ RUBIO PARDO (2006) ejemplifica con otros: “desembarco en España de las bandas latinas”, “practican la ley del más fuerte a la americana”, “muchos llevan pistola”, “cae una banda juvenil latina que sembraba el terror en el metro”: y más adelante: “las víctimas se adscriben a los Latin King, aunque los agentes no tienen ningún indicio que los relacione con ese grupo, salvo que son latinos...”, 18.

¹⁷⁰ FARRALL y otros (2008), 243, 247, 256. También CASELLES (2008), 102. MENESES (2008), 160. CANO (2008b), 150.

Se refiere el autor a una Ordenanza de Chicago de 1992 que prohibía “permanecer en cualquier lugar sin objetivo aparente (loitering)” y proveía que siempre que un policía observara a una persona, que razonablemente creyera que era miembro de una banda de calle criminal andando despacio y sin rumbo en alguna plaza pública con una o más personas, debería ordenar a todas dispersarse y abandonar el lugar y, si desobedecían la orden, podían ser acusadas de un delito que era castigado con una multa de hasta 500 dólares, prisión de hasta seis meses y 120 horas de servicios a la comunidad. Durante sus tres años de vigencia, antes de ser declarada inconstitucional, fueron aplicadas 89.000 órdenes de dispersión y fueron arrestadas más de 42.000 personas por violación de la Ordenanza. Todavía hoy sigue en vigor, sin embargo, otra de esas órdenes anti-bandas autorizadas por la Corte Suprema de California en enero de 1997 contra sospechosos de ser miembros de bandas por reunirse y hablar en la calle o también la de ser incluidos en las bases de datos de las bandas por ir a partys o estar parados con ellos en la esquina de una calle. Los criterios de detección de la policía son muy amplios, la autoconfesión, tatuajes, ropa, o chivatazos, por lo que su discrecionalidad es insoportable¹⁷¹.

Hay, pues, toda una mitología que se transmite sobre la presencia juvenil en el espacio público y que favorece la creación de estereotipos que refuerzan el miedo ciudadano. Se trata de una multiplicidad de signos y de materiales simbólicos que fragmentan la realidad en una suerte de lógica maniquea de buenos y malos que se exhiben en un contexto social marcado por la inquietud y la incertidumbre¹⁷². La mera visibilidad en las esquinas de las calles se convierte ya en un motivo de inseguridad ciudadana. La razón para CANELLES, es que ese sujeto colectivo que se visibiliza en público con una presencia ociosa, no productiva, contiene elementos de incomodidad y de reivindicación: molesta “su” uso -en tanto que grupo no ciudadano- de un espacio que tradicionalmente es el espacio del ejercicio de la ciudadanía¹⁷³.

La construcción social de las bandas y otros grupos de calle descansa en buena medida en la producción de esos discursos que se interiorizan gracias al apoyo mediático. A partir de ellos, desciende, como afirma LANDROVE, el nivel de tolerancia social y tendemos a ver en ellos a un potencial enemigo: cuando van en grupo nos sentimos amenazados, casi todo lo que hacen nos parece reprobable, sus expresiones

¹⁷¹ SIEGEL (2003) 215 ss. y 221 ss. Véase la continuidad con estas órdenes de las ASBO inglesas que buscan sancionar a cualquier persona que “actúe de una forma antisocial, en forma tal capaz de causar acoso, alarma o inquietud a una o más personas”, LARRAURI (2007), 12.

¹⁷² CERBINO (2005), 14.

¹⁷³ CANELLES (2008), 104 ss. MENESES (2008), 6.

nos molestan, sus estéticas nos provocan y vemos en cualquier pelado al cero un sujeto peligroso¹⁷⁴.

Es así como emerge ese “otro” caracterizado por la peligrosidad, la desviación o la patología y cuya presencia se construye desde el pánico moral:

Una noción que CANELLES describe a partir de los siguientes elementos: la “preocupación” (más que miedo) sobre una amenaza imaginada o potencial; la “hostilidad” hacia los actores (calificados como “demonios populares”); cierto “consenso” en que la amenaza existe y en el que hay que actuar, compartido por élites y medios de comunicación; la “desproporcionalidad”, exageración en términos de ofensa moral o riesgo potencial; y la “volatilidad”, ya que el pánico aparece y desaparece súbitamente¹⁷⁵.

La alarma es homogénea frente a unos grupos sociales fuertemente diferenciados que en la nueva cultura del control se constituyen en los “chivos expiatorios” de la inseguridad¹⁷⁶. Y la imagen de “negatividad” que les acompaña, gracias a su interesada representación mediática, tiene importantes repercusiones en el sistema de justicia criminal, como destaca VÁZQUEZ:

Así, por ejemplo, no cabe duda de que estos estereotipos influyen en la labor policial cuando sospechan que un grupo de jóvenes, por el mero hecho de estar sin hacer nada en la vía pública o en un parque..., presentan todas las trazas de estar haciendo algo ilegal (beber, drogarse, trapichear, etc...). Sentimiento que se acrecienta cuando en el grupo hay jóvenes inmigrantes y visten de una forma similar, porque entonces, la sensación para la policía es la pertenencia de los mismos a una tribu urbana o a una banda juvenil. Esta “negatividad” ante los jóvenes se puede traducir también en un empleo de autoridad o de fuerza innecesario, que conlleva, a su vez, que la mera presencia de la policía provoque en los jóvenes actitudes erróneas como miedo, falta de respeto o resistencia. Del mismo modo puede afectar negativamente al desempeño en sus funciones de otros órganos de la administración de justicia de menores, como los Jueces, no olvidemos que, en nuestro país, con la LORRPM gozan de un prudente arbitrio a la hora de imponer, modificar o suspender una medida, en muchos casos valorando principalmente la edad, circunstancias familiares y la “personalidad” del menor¹⁷⁷.

¹⁷⁴ LANDROVE (2007), 1523.

¹⁷⁵ CANELLES (2008), 96, 101, nota 5.

¹⁷⁶ MENESES (2008), 165. FARRALL y otros (2008), 243. También, SANZ MULAS (2006), 159.

¹⁷⁷ VÁZQUEZ (2007), 32.

3. La reacción institucional: el progresivo endurecimiento de las estrategias de control

A) Nuevos controles del espacio público

En esa mitología que transmite estereotipos acerca de la presencia de los jóvenes en público, a menudo no existe otra cosa que “la constatación viva del estigma espacial”, a que se refiere MENESES. No hay que provenir necesariamente de un espacio peligroso ni aún implicarse en actividades criminales para despertar sospechas. Bajo los nuevos modelos de discriminación a que se refiere el autor -a partir de la idea de un “modelo blanco”- existe un criterio de dominación que se vuelve “superioridad” necesaria, natural, intangible, como inscrita en el orden de las cosas y que se aplica a las personas que se acoplan a los parámetros precisos y a sus contextos¹⁷⁸. En su protección de los espacios ordenados, las leyes censuran esos espacios de riesgo.

La seguridad ciudadana se convierte en el pretexto ideológico para su control. No es la delincuencia lo que se combate -pese a esa retórica adoptada, aprendida y repetida socialmente de que “todas” las pandillas juveniles están “al filo de la delincuencia”- sino la percepción pública del riesgo que representan ciertas “molestias sociales” que perturban una convivencia segura. Las nuevas consignas institucionales pasan porque “los sujetos problemáticos” sean excluidos del espacio público¹⁷⁹:

La ciudad, como “lugar de desencuentros” a que se refiere BAUMAN cuando afirma que hoy la organización del espacio urbano resalta por su pronunciada tendencia a segregar clases, grupos étnicos, muchas veces géneros y generaciones, con el propósito de que puedan aplicarse las técnicas del desencuentro -con los “extraños”- con la seguridad y confianza de que tendrán un mayor efecto. Con ellas, se trata de obtener control sobre el espacio social...esto es, confinar y reglamentar la libertad de lo extraños y “mantenerlos de una vez por todas en el lugar donde les corresponde”¹⁸⁰.

Las Ordenanzas municipales se han convertido en el instrumento privilegiado de esa exclusión en el Estado español. Herederas de la vieja Ley 1/1992, de 21 de febrero de protección de la seguridad ciudadana, han superado con creces su celo -declarado- de combatir la violencia en la calle sirviendo de “garantía de los derechos de las personas

¹⁷⁸ MENESES (2008), 157 ss.

¹⁷⁹ CERBINO (2006), 72,73.

¹⁸⁰ BAUMAN (2006a), 179 a 181 (casi literalmente).

honradas”¹⁸¹. A la lista de las infracciones de entonces (para la salvaguarda del orden público en la calle o contra el consumo público de drogas, que incluían medidas de control de documentación y registros personales, de video-vigilancia...) ¹⁸², se suman ahora un inacabable número de conductas consideradas antisociales (grafitis y pintadas, juegos en la calle, uso inadecuado de los servicios públicos como lavarse en las fuentes, consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública, comportamientos agresivos o negligentes con el mobiliario urbano, concentraciones festivas...). Se trata de hacer frente a la ocupación intensiva del espacio público por determinados colectivos ¹⁸³.

Son “desórdenes señalados” que “delatan” una amenaza latente para la seguridad de la comunidad proveniente de la presencia de esos “otros” amenazantes, que aquí se identifican con los jóvenes no convencionales. No en vano son uno de los sujetos de riesgo que sufren un control institucional más intensivo, gracias al peso de tantos prejuicios y estereotipos negativos ¹⁸⁴. No hay que perder de vista que el desorden y su relación con el miedo están “en los ojos del que mira” ¹⁸⁵ y la juventud es uno de los indicadores sociales preferentes de la valoración subjetiva de inseguridad de la gente. De ahí que MENESES califique a esos jóvenes de “amenaza para el ojo vigilante y temeroso” de la sociedad ¹⁸⁶.

Es la sociedad de la normalización que señala FOUCAULT: Las disciplinas tienen su propio discurso. Son en sí mismas creadoras de aparatos de saber, de saberes y de campos múltiples de conocimiento. Portarán un discurso que será el de la regla, definirán un código que será el de la normalización. Que sus técnicas y los discursos nacidos de esas disciplinas invadan el Derecho y que los procedimientos de la normalización colonicen cada vez más los de la ley, es lo que puede explicar el funcionamiento global de lo que llamaría una sociedad de la

¹⁸¹ Como afirmaba Corcuera, entonces titular del Ministerio de Interior. Véase GUILLÉN ((2000), 100.

¹⁸² Críticamente, PORTILLA (2004), 1410. Véase el análisis de BERNAL y GONZÁLEZ (2009) sobre las medidas de prevención situacional de la policía en relación con la cultura del ocio juvenil, sobre todo con el tráfico minorista y el consumo de drogas, a partir de esa ley 1992 y, más adelante, desde 2005, 240 ss.

¹⁸³ Sobre la Ordenanza de Barcelona que fue la primera y cuyos contenidos se han trasladado a un buen número de reglamentaciones urbanas que van ensanchando paulatinamente los límites del control en todo el territorio del estado español, LARRAURI (2007), 14 y 15. MAQUEDA (2008), 449 ss.

¹⁸⁴ FARRALL y otros (2008), 248, 266. MENESES (2008), 165. Respecto de la experiencia de la Ordenanza de Barcelona, LARRAURI (2007), 18.

¹⁸⁵ Como afirman FARRALL y otros (2008), 245. Sobre el carácter ambiguo y los peligros del concepto de desorden, TAYLOR (2008), 268.

¹⁸⁶ MENESES (2008), 155.

normalización... donde las instituciones disciplinarias se habrían multiplicado para cubrir todo el espacio...¹⁸⁷.

Pero este discurso intervencionista, fuertemente disciplinario, no se agota en la idea de reprimir simples actos incívicos que pudieran representar una erosión de los valores y reglas convencionalmente aceptados. Hay detrás toda una filosofía de sentido común que pretende multiplicar su eficacia estratégica. Me refiero a la supuesta existencia de un continuum entre incivildades y delito que permitiría afirmar que una tolerancia de las primeras habría de conducir al aumento generalizado de la delincuencia. O, expresado en otras palabras, que esos pequeños desórdenes cotidianos, si no se combaten a tiempo, son precursores de seguras conductas criminales. Es la aportación clave de una vieja teoría conocida como “de las ventanas rotas”, cuya simplicidad y carencia de base empírica no le han restado poder de convicción, a juzgar por su poderosa difusión en el escenario internacional. Sus autores, WILSON y KELLING ejemplifican del siguiente modo:

La conexión es similar al proceso mediante el cual una ventana rota se convierte en muchas. El ciudadano que tiene miedo del borracho maloliente, el adolescente alborotador o del mendigo molesto no sólo expresa su repugnancia por la conducta inapropiada, sino que al tiempo articula un pedacito de sabiduría popular que resulta ser una generalización correcta; a saber, que el crimen callejero más grave aparece en zonas en las que no se hace nada frente a la conducta que altera el orden público. El mendigo sin controlar es, de hecho, la primera ventana rota.

Nosotros podríamos decir, siguiendo su hilo discursivo, que los jóvenes sin controlar son también una primera ventana rota. Es significativo que en sus escritos se les conceda un lugar destacado como fuentes del miedo público a los que se reúnen para beber y poner música o a los grafiteros del metro¹⁸⁸.

Hoy, esta ideología de la tolerancia cero, cuyas manifestaciones se han hecho visibles en el contexto de las políticas comunitarias de control, alcanza también a la legislación y a la práctica penales.

¹⁸⁷ FOUCAULT (2000), 45, 46, 229.

¹⁸⁸ WILSON/KELLING (2008), 313.

B) El lenguaje de las leyes. Un recorrido por las reformas de la ley penal del menor

Bajo el mismo discurso de la seguridad ciudadana, las leyes penales que afectan a menores y jóvenes se han contagiado de esta intensificación selectiva del control. Siguiendo el modelo punitivista imperante, la ley reguladora de su responsabilidad penal ha sido objeto de sucesivas reformas parciales -incluso previas a su entrada en vigor- que han evidenciado una vocación represiva imparable y la pretensión de someter a sus actores a condiciones de cumplimiento cada vez más rígidas y severas. Fenómenos tan complejos como el de la *kale borroka* o el de la delincuencia de los jóvenes mayores de dieciocho años -que sufren varios retrasos en su incorporación al régimen legal de los menores-, son abordados con estrategias penales siempre represivas que han ido desvirtuando progresivamente el carácter inicialmente socio-educativo de la ley¹⁸⁹.

Pero ha sido la última de las reformas, que parte de la Ley 8/2006, de 4 de diciembre, la que ha superado las previsiones más pesimistas al situarse entre lo que muchos llaman ya el “Derecho penal del enemigo” en la justicia penal de menores¹⁹⁰. Entre sus innovaciones más relevantes se cuentan la ampliación de los supuestos en que se pueden imponer medidas de internamiento y prolongación de las mismas que incluyen ahora la comisión de delitos en grupo o por los pertenecientes o actuantes al servicio de una banda, organización o asociación (arts.9, 2c y 10,2), la previsión de su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas (Disposición Adicional 6º), o bien en centros penitenciarios cuando el menor alcance la edad de 18 años si su conducta no responde a los objetivos propuestos o, ya de forma automática, a los 21 salvo que, excepcionalmente, existan circunstancias que aconsejen lo contrario (art. 14.2º y 3º)¹⁹¹.

A partir de ahora, el fin rehabilitador que durante años se expresaba con esa máxima del “interés superior del menor” deja paso a los valores de la disciplina y de la responsabilidad individual. Un cambio de paradigma que sólo se justifica por una alarma social inducida que no tiene apoyo en ninguna base estadística por más que diga apoyarse en ella. Los datos publicados por el Ministerio del Interior no reflejaban por

¹⁸⁹ Así, LANDROVE (2002), 1585. BARQUÍN/CANO (2006), pp. 66 ss.; (2008) pp1. A favor de la primera de esas reformas con nuevas propuestas punitivas, ÁLVAREZ (2006), pp. 38 ss.

¹⁹⁰ Por todos, POLAINO/ORTS (2008), 161.

¹⁹¹ Críticamente, GARCÍA PÉREZ (2005), 404 ss. LANDROVE (2007), 1523. POLAINO/ORTS, 179. MACHADO (2010) 191 ss.

esas fechas incremento alguno de la delincuencia de menores ni tampoco los de la Fiscalía General del Estado. Según éstos últimos, durante los cinco primeros años de vigencia de la ley -2001 a 2005- había habido un descenso, incluso importante, de los delitos atribuidos a los menores entre catorce y dieciocho años. De 67.824 habían pasado a 66.973, acusando un mayor descenso los atentados a la seguridad del tráfico (68'74 %), a la salud pública (24'67%) o a la libertad sexual (24'12%). El propio Gobierno en la exposición de motivos de la Ley, a pesar de proclamar *ab initio* “un aumento considerable de los delitos cometidos por menores”, según cifras estadísticas de origen desconocido, reconocía que no había habido un crecimiento significativo de los delitos de carácter violento y terminaba por centrar el motivo de la preocupación social y el desgaste en la credibilidad de la anterior regulación en “la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales”. Una afirmación igualmente inexacta a juzgar por los datos que ofrecía la memoria de la Fiscalía, según los cuales, habían descendido también durante esos años los delitos contra el patrimonio (hurto de apropiación y de uso y robos) en un 14.50% y sólo las faltas de esa naturaleza habían experimentado un aumento, de un total de 6248 en 2001 pasaron a 8441 en 2005¹⁹².

Ello da idea de la criminalidad que se quería preferentemente combatir: una vez más, la relacionada con sectores sociales marginales y económicamente desfavorecidos, a la que se suma, desde luego, la que aparece protagonizada por menores que delinquen en grupo o que pertenecen o actúan al servicio de una banda, organización o asociación, que sugiere esa presunción legal *iuris et de iure* de enemistad al Derecho, a que se refiere POLAINO-ORTS: al sujeto que se integra en un grupo o banda armada o criminal..., el legislador le concede automáticamente la condición de enemigo, porque presume en él una especial virtualidad o convivencia social dentro de unos parámetros de normalidad ciudadana¹⁹³.

Creo que es expresivo de esa mentalidad defensiva a que me refiero el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Madrid de 19/03/2007 donde se confirma una medida de internamiento en régimen cerrado por apreciar en el procesado factores de alto riesgo social, tales como la insuficiencia de control familiar por razones laborales, hasta el punto de ocultar su pertenencia a la banda a su madre y su novia (j); y, sobre todo, la persistencia de rasgos de

¹⁹² Sobre estas fuentes, MAQUEDA (2008), 453.

¹⁹³ Literalmente, POLAINO-ORTS (2008), 180.

narcisismo social, con proclividad a demostraciones de poder y superioridad con sus iguales, el minimizar las consecuencias de su adscripción a los Latin King y la función compensatoria que ello le produce (j). Como también me parece significativa la petición acusadora de “una sanción ejemplar” para los acusados miembros de la asociación -declarada ilícita- Ñetas, que es desestimada por el tribunal en SAP de Madrid de 28/11/2006.

Los jóvenes también son perdedores en esta reforma. La posibilidad de acogerse a la justicia de menores, fuertemente condicionada antes (edades de entre dieciocho y veintiún años, delitos menos graves sin violencia ni intimidación, ausencia de antecedentes penales e infracciones anteriores...), se ha visto definitivamente eliminada de la nueva ley en aras de una mal disimulada política securitaria. Hay quien argumenta con razones básicamente presupuestarias pero no faltan motivos para pensar que es un efecto intencionado de la ley para endurecer la respuesta penal de sectores conocidamente conflictivos sobre los que cunde la alarma social:

No hay que descartar, afirman BARQUÍN y CANO, los posibles *miedos* del legislador de someter a una franja de edad, considerada como tremendamente conflictiva, a unas disposiciones que, si se piensa, siguen siendo demasiado laxas y benévolas a la hora de responder a las actividades delictivas de los menores de edad¹⁹⁴.

C) La peligrosa complicidad de otras instancias de control: la policía, los fiscales y los tribunales penales

Fueron los fiscales los primeros en dar la voz de alarma frente a la violencia de las bandas juveniles en un momento en que era un fenómeno incipiente -casi desconocido-, que muy dudosamente podía justificar una actitud oficial tan beligerante. En la Memoria, ya referida, de 1998, las Fiscalías de Salamanca y de Ciudad Real se manifestaban particularmente radicales en su valoración de hechos puntuales de escasa gravedad:

En la provincia de Salamanca, decía la primera, las bandas violentas organizadas no existen (salvo los tradicionales y diferentes casos de los clanes de quinquis o mercheros) y los resultados graves son excepcionales (aunque uno de los dos homicidios intencionales de 1997 se produjo en ambiente juvenil de alterne). De suerte que las inquietudes son, más bien, en

¹⁹⁴ BARQUÍN/CANO (2002), 1584. Ya LANDROVE, en 2002, sospechaba de este final cuando señalaba que las continuas moratorias para hacer efectiva la incorporación de los jóvenes al régimen de los menores de edad “en un país como el nuestro, decía, justifica todas las reticencias”. Razones en contra y modelos alternativos en CRUZ (2008), 30 ss.

términos de futuro (las cosas empeoran y “no sabemos adónde irán a parar”) y, desde luego, de tranquilidad pública, pues los deterioros en el mobiliario urbano, los ruidos nocturnos, etc.. han llegado a ser muy molestos. Para concluir: hasta ahora, los problemas de la violencia urbana callejera y de la integración en bandas que la ejercen no son especialmente serios, pero las costumbres de la juventud salmantina y el mimetismo con lo que acaece en otras partes no hacen presagiar un buen futuro al respecto.

No se tiene constancia, decía la segunda, ni policial ni judicialmente, de la aparición de tribus urbanas en el territorio de la fiscalía. Existen, eso sí, delincuentes pertenecientes a grupos o clanes familiares... y, como es frecuente que entre sus miembros se consuma sustancias estupefacientes... en tales barrios se producen situaciones de riesgo para la convivencia ciudadana por la presencia de personas consumiendo o traficando con tales sustancias, lo que a dado lugar a respuestas de los ciudadanos que... periódicamente demandan mayor efectividad en la represión... si bien hasta el momento no se tiene constancia de que hayan hecho acto de presencia en la calle grupos de vecinos, armados o no, para la defensa de lo que ellos denominan la tranquilidad o la seguridad ciudadanas¹⁹⁵.

Por otra parte, creo que puede hablarse de una estrategia global de la fiscalía en orden a provocar un endurecimiento de la acción de los tribunales en su enjuiciamiento de los colectivos juveniles más problemáticos. Es preocupante que la línea -“blanda”- seguida durante años por los tribunales penales frente a la criminalidad grupal de los jóvenes haya experimentado una revisión tan crecientemente represiva en la última década.

Hay dos manifestaciones muy significativas de la nueva línea -“dura”- de la jurisprudencia penal: una, se refiere a la acción de los protagonistas de la *kale borroka*, hasta fechas muy recientes calificados de asociación ilícita y ahora de grupo terrorista; otra, la identificación de clásicas bandas juveniles, fundamentalmente latinas (*Latin King*, *Ñetas*, *Dominican Don't Play* o *Forty Two*) como organizaciones criminales.

Veamos la primera. Fue la sentencia del Tribunal Supremo de 19/01/2007 la que decidió declarar a *Jarrai*, *Haika* y *Segui* organizaciones terroristas, rompiendo así con una línea jurisprudencial pacífica que las caracterizaba como meras asociaciones ilícitas por atentar contra objetivos comunes, tales como la seguridad de las personas y de los bienes públicos (art. 515,1 CP)¹⁹⁶. A partir de ahora, se impone definitivamente la

¹⁹⁵ Memoria de la Fiscalía General del Estado (1998), 463, 465.

¹⁹⁶ Últimamente, la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida de 20/06/2005. Véase FERNÁNDEZ (2006), 100.

expresión que siempre estuvo rondando a la violencia callejera de esos grupos -cuando se le calificaba de “terrorismo de baja intensidad”- quizás con la interesada vocación de hacerla valer algún día. Es lo que ha sucedido ahora. Las razones que esgrime el tribunal están claras: aparte la vinculación con la banda ETA, se dan por probados los dos requisitos necesarios para calificarlos de terroristas: su finalidad de alterar la paz pública y su carácter armado, por más que las armas -no siempre utilizadas- sean cócteles molotov de fabricación casera¹⁹⁷. Quizás por la debilidad de este último argumento, se le ha concedido al primero un valor decisivo para configurar la naturaleza terrorista de sus actos. Así se desprende del uso reiterado que se hace de él a lo largo de toda la sentencia:

JARRAI-HAIKA-SEGI es una asociación o una serie de asociaciones, que se han sucedido en el tiempo, no sólo ilícita/s, por tener como objeto la comisión de algún delito (común) -como entendió la Sala de instancia- sino también una organización terrorista que, incidiendo en la seguridad ciudadana, persigue producir profundo temor, atacando al conjunto de la sociedad democrática y constitucional del Estado de Derecho.

(Cumplen, pues, el requisito de que...) se trate de grupos que por el uso del armamento que poseen o por la clase de delitos que cometen causan inseguridad en la población con tal intensidad que pueda considerarse que se impide el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios de la ordinaria y habitual convivencia ciudadana, lo que constituye uno de los presupuestos imprescindibles del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), es decir, que produzcan miedo a un grupo o a la generalidad de la población, que es el signo distintivo del terrorismo.

De todo ello se desprende -como apunta el Ministerio Fiscal- que la jurisprudencia ha configurado un concepto de terrorismo sobre la base del propósito de difundir una situación de inseguridad por la repetición de actividades, con una capacidad intrínseca necesaria para producir esas situaciones de terror en la colectividad, situación de terror por la inseguridad ciudadana que la actuación de esos grupos conlleva.

El otro paso decisivo de los tribunales penales hacia un control punitivo más exhaustivo de la violencia juvenil colectiva se ha dirigido a la actividad de las bandas latinas. A partir del año 2006 y, sobre todo, de 2007 se abre en la jurisprudencia penal una línea interpretativa favorable a su calificación como asociaciones ilícitas. Con ella

¹⁹⁷ Era uno de los obstáculos que oponía la Audiencia Nacional, como destaca FERNÁNDEZ (2006), 106. Este autor comparte en general la tesis del Tribunal Supremo y, especialmente, por considerar que el desvalor jurídico de los actos que realizan tiene una gran incidencia social dada su gravedad, intensidad, repercusión y simbología, (2006) 109.

se ha puesto fin a las cautelas con que los jueces habían recibido hasta entonces los informes de expertos policiales sobre bandas a la vista de un tipo penal que despertaba cierta resistencia a ser aplicado por su incierta lesividad. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2/02/2007 las resumía en relación a una petición fiscal de aplicación del delito de asociación ilícita para la banda de los ñetas:

Se carece de un acervo probatorio mínimamente consistente para declarar probado en un proceso penal que el objeto social del grupo urbano de los ñetas es la comisión de delitos... Máxime cuando se está tratando de un delito, el de asociación ilícita, cuya interpretación ha de ser siempre restrictiva. En primer lugar, porque dogmáticamente se trata de un delito de preparación, en cuanto que mediante él se penalizan auténticos actos preparatorios de futuros delitos que todavía están sin definir... Y, en segundo lugar, porque el bien jurídico protegido por la norma penal es un bien jurídico claramente difuso, abstracto e instrumental...¹⁹⁸.

Un nuevo bien jurídico de carácter colectivo y autónomo ha permitido condenar por ese delito a la misma banda de los ñetas (SAP de Madrid 28/11/2006; STSJ de Madrid 26/09/2007; STS 20/01/2009), a la del Forty Two (SAP de Madrid 18/10/2007) o a la de los Latin King (SAP de Madrid 19/03/, 30/03, 14/06/ y 28/09/2007; SAP de Alicante 25/04/2008):

La jurisprudencia lo define así:

Es la paz jurídica, la seguridad pública, el orden estatal e incluso el monopolio de la violencia por el poder coactivo del Estado, esto es, evitar la arrogación por parte de una organización delictiva del ejercicio de derechos pertenecientes al ámbito de la soberanía del Estado.

Y justifica su lesión en la existencia de una organización mínimamente estable y jerarquizada que exhibe una voluntad colectiva de realizar acciones delictivas (art. 515,1 CP) o bien usar la violencia en la obtención de fines que pueden ser lícitos (art. 515,3 CP), sea para la defensa de sus miembros o para controlar el territorio frente a bandas rivales, sea para probar a sus aspirantes mediante ritos iniciáticos, sea para sancionar a sus exmiembros por la salida del grupo en la idea de que ello implica una

¹⁹⁸ Como “dato especialmente revelador” cita la sentencia la respuesta que dio el experto policial al interrogatorio de las defensas. “cuando se le preguntó por los letrados por qué no detenían a los miembros integrantes de los ñetas en cuanto los veían transitar por la vía pública, él contestó que no podían detenerlos porque no habían cometido ningún delito”. Y concluye el tribunal: su convicción no vincula al tribunal pero si parece significativa como dato sociológico acerca del criterio de ilicitud que alberga sobre ese grupo un experto en bandas urbanas. Otras sentencias habían omitido asimismo esa calificación en relación a actividades delictivas de éste (STSJ de Cataluña 24/10/2005 o STS 25/1/2007) y otros grupos tales como los Dominican Don't Play (SAP de Madrid 2/12/2007 y 12/5/2008).

aportación relevante y favorecedora, dirigida al reforzamiento de la organización...(SAPM 19/03/2007) .

No debiera perderse de vista que, entre los efectos perversos que se siguen de la aplicación del delito de asociaciones ilícitas a las bandas latinas, se cuenta la posibilidad de aplicar a sus miembros, mayoritariamente inmigrantes¹⁹⁹, la pena de expulsión, sin la exigencia previa de la comisión de delito alguno:

El artículo 89 del Código Penal no sólo lo autoriza, sino que lo propicia: las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas, dice el precepto, por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o el tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente o de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España (art. 89 CP).

Finalmente, en este contexto de uso intensivo del control penal no puede dejar de mencionarse a la policía. Su “saber” resulta decisivo para construir no sólo las imágenes convenientes del mantenimiento del orden sino también las de quienes lo perturban²⁰⁰. Hay en la policía una voluntad de disciplinamiento que está marcada por el estigma: ella determina lo socialmente “normal” y lo “anormal” en presencia de ese “otro” defectuoso que simboliza el desorden y la inseguridad²⁰¹ y que, muy a menudo, se encuentra sobrerrepresentado por grupos de jóvenes no convencionales.

Cualquier sospecha basada en la forma de vestir, en el aspecto físico, en el origen étnico, en los lugares, en las actitudes, ... es razón bastante para la puesta en marcha de los dispositivos de control²⁰²: para el seguimiento y el acoso policial o para la práctica de improvisadas detenciones y juicios rápidos que las más de las veces sirven condenas por desobediencia sin sustento probatorio alguno, simplemente para encubrir la arbitrariedad de sus intervenciones y garantizar la máxima indefensión de sus víctimas. Para ello cuentan a menudo con la complicidad del aparato judicial que da por buenas detenciones de una ilegalidad evidente²⁰³. Forma parte de su contribución al imperio de la ley y el orden.

¹⁹⁹ Por más que haya una pequeña minoría de españoles (vgr. un 10% en los Latin King). LÓPEZ CORRAL (2008), 199. LAHOSA (2008), 182. Sobre la negativa experiencia de la expulsión en otros países, ARANA (2005), 116 ss.)

²⁰⁰ VIRGILI/ DOMÍNGUEZ (2000), 244 ss.

²⁰¹ VISCARDI (1999), 169,170.

²⁰² CERBINO (2006) 79,80.

²⁰³ WEISBURD/ECK (2006), 1331. PÉREZ CEPEDA (2007), 430,435. Sobre la sutil frontera entre el control social formal e informal de la policía, GABALDÓN, LG (2008), 64.

En la sociedad del miedo, su objetivo es identificar y manejar a los grupos más difíciles de manejar, a los que van quedando en los márgenes del sistema social. Para ello, tiene que controlar todas las zonas vulnerables, todos los sujetos de riesgo, todos los espacios peligrosos²⁰⁴ y su discrecionalidad es absoluta cuando se trata de garantizar la seguridad ciudadana. Son políticas pro-activas que cuentan con su supremacía y su desmesura²⁰⁵:

Resulta interesante la observación de CERBINO cuando destaca cómo la administración de sanciones de la policía a los jóvenes está llena de “referentes masculinos” que reafirman los valores de la fuerza y el autoritarismo, de la interiorización, del desprecio y la humillación²⁰⁶.

Y es que la policía ha tomado, como dice DERRIDA, “fuerza de ley”. No se contenta con aplicar la ley por la fuerza y así conservarla (violencia conservadora) sino que la inventa, la reinterpreta en aras de la seguridad... (violencia fundadora). La policía se comporta como “un legislador de los tiempos modernos”. Ella está aquí y en todas partes²⁰⁷ y está segura porque es inmune.

V. Conclusiones críticas: otra criminología es posible

Bajo esa lógica de coerción y de segregación transcurre el ejercicio del control estatal en la modernidad tardía, quizás en la ignorancia de que la estigmatización y el disciplinamiento masivos atraen tasas de violencia crecientemente altas²⁰⁸ y otras graves consecuencias sociales que degradan aún más nuestro espacio vital:

GARLAND habla de “costes sociales” cuando se refiere al recrudecimiento de las divisiones sociales y raciales, el reforzamiento de los procesos criminogénicos, la alienación de grandes grupos sociales, el desprestigio de la autoridad legal, una reducción de la tolerancia cívica o una tendencia hacia el autoritarismo²⁰⁹.

²⁰⁴ PORTILLA (2002) 1406. VIRGILI/DOMÍNGUEZ (2000), 241.

²⁰⁵ GUILLEM (2000) se refiere al abuso de la fuerza y de los estereotipos sobre colectivos débiles o socialmente marginales, 107 ss. También, TAYLOR (2008), 266.

²⁰⁶ CERBINO (2006), 47. También, GALVAO, 284 y 285.

²⁰⁷ DERRIDA (2002), 107

²⁰⁸ VISCARDI (1999), 182. BERNARD (2005), 63 y 64.

²⁰⁹ GARLAND (2005), 329.

Resulta comprensible que la criminología no se resigne a la falta de soluciones alternativas a ese modelo de control. Si hay que convivir con la sociedad de la inseguridad y del miedo en un entorno comunitario fragmentado y fuertemente debilitado hay que aumentar los niveles de eficacia colectiva para contrarrestar los efectos desestabilizadores de la desorganización social. La nueva teoría sigue hablando de control, pero informal, a partir de un intento de la propia comunidad por alcanzar metas compartidas de mayor cohesión social y concienciación colectiva²¹⁰. Es un reto para las comunidades contemporáneas donde los vínculos e interacciones entre sus habitantes son a menudo inexistentes.

La idea de eficacia colectiva desarrollada por SAMPSON evoca la capacidad de una comunidad para lograr objetivos comunes cuando así se lo propone y lucha por alcanzarlos. Se ejemplifica con el caso de una Universidad ubicada dentro de una ciudad. La misma puede contribuir a que el transporte público llegue a la zona, por ejemplo si desea facilitar el acceso por dicho medio a sus alumnos; o bien puede no contribuir e incluso convertirse en un poderoso freno si considera que sus alumnos prefieren ir en automóvil y entonces su prioridad es aislarse de una comunidad circundante de la que recela²¹¹.

De ser posible alcanzar esos fines de eficacia comunitaria que se pretenden, parece que supuestamente disminuirían los niveles de violencia subjetiva²¹² esto es, esa violencia que, en los términos expresados por ZIZEK, se identifica con la perturbación de un estado de cosas normal o pacífico pero, ¿cómo ignorar los altos niveles de violencia objetiva que son inherentes al funcionamiento de nuestro actual sistema político y social?²¹³

La vieja criminología crítica aportó elementos teóricos de análisis imposibles de ignorar en el estado de desesperanza en que nos sitúa el nuevo orden económico mundial, en particular, los que vinculan el sistema penal con el sistema capitalista²¹⁴ y los que buscan desenmascarar los efectos de victimización social que son inherentes a la violencia del Estado y de sus instancias de control al visibilizar, como dice ROLDÁN, esa relación que existe entre el poder y los que padecen el poder²¹⁵. Es otra forma de narrar la politicidad que acompaña al actual proceso de exclusión social y penal. En su

²¹⁰ SAMPSON (2008), 235 ss. FARRALL y otros (2008), 245 y 256 ss. RODRÍGUEZ MANZANERA (2007), por contraposición a las políticas de tolerancia cero, 238.

²¹¹ SERRANO MAÍLLO (2008), 422 ss.

²¹² Sobre las conclusiones de SIMONA y otros, SERRANO MAÍLLO (2008), 426 ss.

²¹³ ZIZEK (2009), 10 ss.

²¹⁴ CID/LARRAURI (2001), 226.

²¹⁵ ROLDÁN (2002), 221, 241. Ese poder que tan bien describe FOUCAULT (2000), 27 ss.

contexto, los jóvenes no son sino unos actores sociales más, sin poder, que desarrollan estrategias para defender su subjetividad²¹⁶.

Creo que son planteamientos que conservan una indiscutible realidad. ZIZEK describe con clarividencia esa violencia sistémica que no se identifica con la violencia física directa (violencia subjetiva) sino con sutiles formas de coerción que imponen relaciones de dominación y explotación insoportables y que, sin embargo, permanece invisible. Hay, dice, una ceguera ante los resultados de esa violencia “ultraobjetiva” que es inherente a las condiciones sociales del capitalismo global y que implica la creación “automática” de individuos desechables y excluidos (25). Los disturbios en los suburbios franceses en 2005 le sirven de referente:

En nuestra era post-ideológica no había demandas específicas en los disturbios parisinos, sólo una insistencia en el “reconocimiento”, basada en un vago e inarticulado “resentimiento”. La razón populista más irracional: un acto de protesta violento sin exigir nada. No había un programa... sino sólo una explosión sin sentido. Es el resultado de nuestra situación... Las manifestaciones de violencia iban dirigidas exclusivamente contra ellos mismos. Fue un movimiento impulsivo a la acción que no puede ser traducido al discurso o al pensamiento y que conlleva una intolerable carga de frustración. Las revueltas eran simplemente un esfuerzo directo por hacerse visibles, hacer visible su exclusión del espacio político y social... Su objetivo era crear un problema, que ellos mismos eran un problema que no podía continuar siendo ignorado: para esto era necesaria la violencia (resumido y casi literal, 94 ss.).

Su diagnóstico de la situación es clave: esos sucesos no hacen sino atestiguar la única forma que puede adoptar la protesta en un espacio social que vivimos, cada vez más, como “privado de mundo”, esto es, despojado de cualquier “cartografía cognitiva”, un concepto que busca expresar la falta de capacidad para localizar la experiencia de nuestra situación en un todo dotado de sentido²¹⁷.

Es también la posición de REGUILLO cuando cuestiona esa inercia en vincular la violencia a la barbarie por contraposición a la civilización, a una normalidad “normal”, como si fuese una anomalía externa a la sociedad, confinada en una especie de inframundo... La violencia es ubicua, afirma la autora, y en su lenguaje expresa el malestar profundo de la sociedad. Hay no uno sino diversos “dialectos violentos” -no exteriorizados, no excepcionales- que irrumpen en la escena social y que ofrecen claves

²¹⁶ Así describen su posición bajo las teorías del conflicto, CID/LARRAURI (2001) 229, 230.

²¹⁷ ZIZEK (2009), 20, 25, 94, 96, 99. Véase también CASTILLO (2004), 113.

analíticas para entender las violencias juveniles en su entramado socio-cultural, esto es, como fruto de la ilegitimidad de un orden ininteligible y de la ausencia de un proyecto colectivo portador de sentido, sin imaginarios de futuro y con un aumento exponencial de la precariedad tanto estructural como subjetiva²¹⁸.

Son las claves de la llamada criminología cultural²¹⁹, que ha tomado el testigo que dejó arrumbado en su crisis la criminología crítica y que ha sabido situar, como ella, a la violencia de los jóvenes en ese contexto de violencia objetiva que marca su cotidianeidad y que se encuentra intrínseca e imperceptiblemente presente en discursos y prácticas que no hacen sino desgastar y corroer las relaciones ciudadano-Estado y cada vez más las relaciones ciudadano-ciudadano. Así la describe CERBINO en referencia a lo que llama “violencia social”:

La violencia social y juvenil se gestan en un conjunto de condicionamientos sociales y estructurales de índole económica y jurídica. Entre esos condicionamientos está el Estado, frente a cuyas propuestas e intervenciones se crea un inmanejable e ingobernable frente de “derechos no ejercidos” como respuesta a los cuales se construyen diversas estrategias de supervivencia y, por tanto, nuevas subjetividades para enfrentar la situación...²²⁰.

Un vacío de legitimidad que el Estado, con su falta de socialidad, compensa con dosis redobladas de legalidad penal en una espiral punitiva excesiva e injusta²²¹ que también merece identificarse como violencia penal. Es la violencia que, como dice VAN SWAANINGEN, debe producir “dolor” a cualquier criminólogo que, desde la crítica, se proponga cumplir una función política²²².

Bibliografía

AA.VV. (2002) Movimientos juveniles en la Península Ibérica. Feixa/Costa/Pallarés (coord.) Ariel.

AA.VV. (2006) Estudios sobre la responsabilidad penal del menor. González Cussac/Cuerda Arnau (coord..). Col. Estudi jurídics. Nº 9. Universitat Jaume I.

²¹⁸ REGUILLO (2008), 207, 209, 225.

²¹⁹ Más detenidamente en BROTHERTON (2008), 32 ss.

²²⁰ CERBINO (2006), 68.

²²¹ REGUILLO (2003), 104; (2008), 225.

²²² VAN SWAANINGEN (2002), 287. Conforme al concepto de crítica que incorpora BOURDIEU (2008b) que se relaciona con esa intención subversiva de desvelar lo que está censurado, reprimido, en el mundo social, 24.

- ALBA, C./KRUIJT, D. (2007) Viejos y nuevos actores violentos en América Latina: temas y problemas. Foro Internacional. Vol. XLVII, nº 189. Colegio de México.
- ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. (2006) Política criminal de menores. Cuadernos de Política Criminal. Segunda época, nº 81.
- ARANA, A. (2005) Cómo las pandillas invadieron América Central. Foreign Affaire (edición para Iberoamérica). Vol. 5, nº 3.
- BALL, R.A./CURRY, D.G. (1995) The logic of definition in criminology: purposes and methods for defining "gangs". Criminology. Vol. 33. Nº 2.
- BARQUÍN SANZ, J./CANO PAÑOS, M.A. (2006) Justicia penal juvenil en España: una legislación a la altura de los tiempos. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, nº 18.
- BARTOLOMÉ-GUTIERREZ, R./RECHEA-ALBEROLA, C. (2006) Violent youth groups in Spain. YOUNG. SAGE Publications.
- BAUMAN (2006 a) Ética postmoderna. 2ª ed. Siglo veintiuno.
- BAUMAN (2006b) Europa. Una aventura inacabada. Losada.
- BERGALLI (2003) Presentación al libro de YOUNG La sociedad "excluyente". Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía. Marcial Pons.
- BERNAL DEL CASTILLO, J./GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. (2009) Medidas de prevención situacional en la nueva cultura del ocio juvenil: especial referencia a las experiencias desarrolladas en Asturias. Revista de Derecho Penal y Criminología. UNED. 3ª época.
- BERNARD, T.J. (2005) Causas de la delincuencia violenta. La delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar? Cid/Larrauri (coord.). Tirant lo blanch.
- BOOKIN-WEINER, H./HOROWITZ, R. (1983) The End of the Youth Gang. Fad or Fact? Criminology. Vol.21. nº 4.
- BOURDIEU (2008a) El arte de resistir a las palabras. Cuestiones de Sociología. Akal/Istmo.
- BOURDIEU (2008b) Una ciencia que molesta. Cuestiones de Sociología. Akal/Istmo.
- BOURDIEU (2008c) La "juventud" sólo es una palabra. Cuestiones de Sociología. Akal/Istmo.
- BRICEÑO-LEÓN, R. (2007) Sociología de la violencia en América Latina. FLACSO.
- BRITTON, D.M. (2003) Feminism in Criminology: engendering the Outlaw. Girls, Women and Crime. Chesney-Lind/Pasko (eds.). SAG Publications.
- BROTHERTON, D.C (2008) La globalización de los Latin Kings: criminología cultural y la banda transnacional. Otras Naciones: jóvenes, transnacionalismo y exclusión. CERBINO/Barrios (eds). Flacso
- BROTHERTON, D.C./SALAZAR-ATIAS, C. (2003) Amor de Reina! The Pushes and Pulls of Group Membership among the Latin Queens. Gangs and Society. Alternative Perspectives. Kontos y otros (eds.). Columbia University Press.
- CANELLES, N. (2008) Jóvenes latinos en Barcelona: la construcción social de las bandas. Otras Naciones: jóvenes, transnacionalismo y exclusión. CERBINO/Barrios (eds.). Flacso.

- CANO PAÑOS, M.A. (2008a) Algunas reflexiones criminológicas sobre el fenómeno de la violencia juvenil en Francia. Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Ortiz/Ponce (eds.). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- CANO PAÑOS, M.A. (2008b) La problemática de las bandas latinas en España. *Iter criminis*. Nº 2. Cuarta Época. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México.
- CASTILLO BERTHIER, H. (2004) Pandillas, jóvenes y violencia. *Desacato*. Revista de Antropología Social, nº 14.
- CERBINO, M. (2005) Introducción. Violencia en los medios de comunicación, generación noticiosa y percepción ciudadana. CERBINO (ed.). FLACSO.
- CERBINO, M. (2006) Jóvenes en la calle. Cultura y conflicto. Anthopos.
- CERBINO, M./RODRIGUEZ, A. La nación imaginada de los Latin Kings: mimetismo, colonialidad y transnacionalismo. Otras Naciones: jóvenes, transnacionalismo y exclusión. CERBINO/Barrios (eds). Flacso
- CID MOLINÉ, J./LARRAURI, E. (2001) Teorías criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia. Bosch.
- CYR, J.L./DECKER, S.H. (2003) Girls, guys and gangs: Convergente or divergente in the gendered construction of gangs and groups. *Journal of Criminal Justice*. Nº 31.
- CRUZ MÁRQUEZ, B. (2008) El régimen penal del joven adulto-mayor de dieciocho y menor de veintiuno. Cuadernos de Política Criminal. Segunda época, nº 93.
- CUERDA ARNAU, M. (2006a) Nuevos retos de la justicia de menores: acoso escolar y bandas juveniles. Estudios sobre la responsabilidad penal del menor. González Cussac/Cuerda Arnau (coord..). Col. Estudi jurídics. Nº 9. Universitat Jaume I.
- CUERDA ARNAU, M. (2006b) Delincuencia juvenil y actuación en grupo: acoso escolar y bandas juveniles. Retos de la política criminal actual. Regasp nº 9. Xunta de Galicia.
- DALY, K. (2003) Different Ways of Conceptualizing Sex/Gender in Feminist Theory and Their Implications for Criminology. *Girls, Women and Crime*. Chesney-Lind/Pasko (eds.). SAG Publications.
- DAMMERT, L. (2005) Violencia, miedos y medios de comunicación: desafíos y oportunidades. Violencia en los medios de comunicación, generación noticiosa y percepción ciudadana. Flacso.
- DERRIDA, J. (2002) Fuerza de ley. El “fundamento místico de la autoridad”. Barberá/Peñalver (trad.). Tecnos.
- DI GIORGI, A. (2005) Tolerancia Cero. Estrategias prácticas de la sociedad de control. Trad. Rivera/Monclús. Virus. 2005.
- DICHIARA, A./CHABOT, R. (2003) Gangs and the Contemporary Urban Struggle: an Unappreciated Aspect of Gangs. *Gangs and Society. Alternative Perspectives*. Kontos y otros (eds.). Columbia University Press.
- DOBASH, R.E./DOBASH, R.P./NOAKS, L. (1995) Thinking about gender and crime. *Gender and Crime*. University of Wales Press.
- ERZENSBERGER, H.M. (2002) La gran migración. Anagrama.

- ESBENSEN, F.A./DESCHENES, E.P. (1998) A multisite examination of youth gang membership: does gender matter? *Criminology*. Vol. 36. Nº 4.
- ESBENSEN, F.A./WINFREE, L.T./HE, N./TAYLOR, T.J. (2001) Youth Gangs and Definitional Sigues: When Is a Gang a Gang, and Why Does it Matter?. *Crime & Delinquency*. Vol 47. Nº 1.
- ESPEJO-SAAVEDRA, A. Acción policial ante la violencia juvenil. *Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar*. Ruidiaz (comp.). Edersa.
- FARRALL, S./JACKSON, J./GRAY, E. (2008) La trascendencia cultural y social de la inseguridad ante la delincuencia. Procesos de infracción de normas y de reacción a la infracción de normas: dos tradiciones criminológicas. *Nuevos estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*. Dykinson.
- FEIXA, C. (2006) *De jóvenes, bandas y tribus*. Ariel.
- FEIXA, C./PORZIO, L. (2004) *Culturas juveniles en España (1960-2003)*. Instituto de la Juventud.
- FERNÁNDEZ DOLS, J.M. (1998) De la violencia y otros trapos sucios: una introducción a la Psicología social. *Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar*. Ruidiaz (comp.). Edersa.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (2006a) Las bandas latinas en España: una problemática emergente. *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*. González Cussac/Cuerda Arnau (coord.). Col. *Estudi jurídics*. Nº 9. Universitat Jaume I.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (2006b) JARRAI-HAIKA-SEGI: De asociación ilícita a organización terrorista. *Revista Penal*. La Ley.
- FERNÁNDEZ VALDÉS, A./LÓPEZ, M./AVRO, P./BETHENCOURT, J.M./HIDALGO, MT. (1998) *Prevención de la delincuencia juvenil: elementos causales relacionados. Implicaciones de la psicología en la criminología actual*. Sola y otros (eds.). Universidad de La Laguna.
- FERNÁNDEZ VILLANUEVA, C. *Violencia de los jóvenes en las ciudades. Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar*. Ruidiaz (comp.). Edersa.
- FLORES GOMEZ, J. (2008) *La reproducción simbólica de la violencia. Estudio de la ultramasculinidad en un contexto multicultural. Masculinidades. El juego de género de los hombres en el que participan las mujeres*. Ramírez/Uribe (coord.). Plaza y Valdés y otros. México.
- FOUCAULT (2000) *Defender la sociedad*. Fondo de Cultura Económica.
- GABALDÓN, L.G. (2008) *Policía, trasgresión juvenil y control social informal. Procesos de infracción de normas y de reacción a la infracción de normas: dos tradiciones criminológicas. Nuevos estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*. Dykinson.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, G. (2009) *La situación de la violencia juvenil en Valencia, la implantación de las bandas juveniles latinas. Los nuevos retos de la criminalidad* (en prensa).
- GARCÍA-PABLOS, A. (2009) *Tratado de Criminología*. 4 ed. Tirant lo blanch.

- GARCÍA PÉREZ, O. (2005) Introducción al modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores. La ley de responsabilidad penal del menor: situación actual. Cuadernos de Derecho Judicial. XXV.
- GARLAND, D. (2005) La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Gedisa
- GARZÓN, A. (1983) Panorama teórico sobre delincuencia juvenil. Cuadernos de Política Criminal. Nº 20.
- GIL CALVO (1998) Escenas de una pasión inútil. Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar. Ruidiaz (comp.). Edersa.
- GUILLEN I LASIERRA, F. (2000) La utilidad de las legislaciones y políticas duras como políticas de seguridad ciudadana. Revista Catalana de Seguretat Pública. Nº 6-7.
- HAGEDORN, J.M. (2005) The Global Impact Gangs. Journal of Contemporary Criminal Justice, Vol.21. Nº 2.
- IGLESIAS, M. (1998) Violencia juvenil urbana. Tribus urbanas. Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar. Ruidiaz (comp.). Edersa.
- IGLESIAS MACHADO, S. (2006) Consideraciones De Política Criminal. Globalización, Violencia juvenil y actuación de los poderes públicos. Dykinson.
- KAZYRYTSKI, J. (2009) Consideraciones criminológicas en torno a las bandas callejeras de origen latinoamericano en Cataluña (en prensa).
- KLEIN, M.W (2001). Resolving the Eurogang Paradox. The Eurogang Paradox. Street Gangs and Youth Groups in the U.S. and Europe .KLEIN y otros (eds.). Kluwer Academic Publishers.
- KNOX, G.W. (1994) An Introduction to Gangs. Wyndham Hall Press.
- KOUDOU, O. (2008) Dysfonctionnements familiaux et formation de la personnalité à risque déviant chez l'adolescent. Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique et scientifique 3/08.
- LAHOSA, JM. (2008) Bandas latinas: una aproximación de recuperación social en Barcelona. Revista CIDoB D'afers Internacionals. Nº 81.
- LAMNEK, S. (1980) Teorías de la criminalidad: una confrontación crítica. Siglo veintiuno.
- LANDROVE, G. (2002) El nuevo Derecho penal juvenil. La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir. Díez Ripollés y otros (coord.). Tecnos.
- LANDROVE, G. (2007) Bandas juveniles y delincuencia. Diario La Ley nº 6627. D-10.
- LARRAURI, E. (2007) Ayuntamientos de izquierdas y control del delito. InDret. Julio.
- LEIJA MORENO, M.A. (1988) La criminología del pandillerismo. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Autónoma Nacional de León, nº 12, 2ª época, 1988.
- LÓPEZ CORRAL, M.A. (2008) Barcelona y Madrid: dos realidades distintas ante el fenómeno de las bandas latinas. Revista CIDoB D'afers Internacionals. Nº 81.
- LUZ MORÁN, M./BENEDICTO, J. (2008) Los jóvenes como actores sociales y políticos en la sociedad global. Pensamiento Iberoamericano. 2ª época, nº 3.

- MADRID, D./MURCIA, J. (2008) *Tribus Urbanas. Ritos, símbolos y costumbres.* Arcopress.
- MCDONALD, K. (2003) *Marginal Youth, Personal Identity, and the Contemporary Gang: Reconstructing the Social World? Gangs and Society. Alternative Perspectives.* Kontos y otros (eds.). Columbia University Press.
- MACHADO RUIZ, MD. (2010) *Jóvenes delincuentes y políticas de seguridad. Derechos humanos: temas y problemas.* Manuda y otros (coords.). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- MAKOWSKI, S. (2008) *En la frontera de lo social: jóvenes y exclusión social. Pobreza, desigualdad y exclusión social en la ciudad del siglo XXI.* Cordera y otros (coords.). Siglo veintiuno
- MAQUEDA, M.L. (2004) *Políticas de seguridad y Estado de Derecho. Serta. In memoriam Alexandra Baratta.* Pérez (ed.). Universidad de Salamanca.
- MAQUEDA, M.L. (2008) *La expansión del control y la hipocresía de las leyes penales. Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat.* T.I. Edisofer.
- MEDINA ARIZA, J.J. (1998) *El control social del delito a través de la prevención situacional.* Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª época, 2.
- MELOSSI, D./DE GIORGI, A./MASSA, E. (2008) *Minori stranieri tra conflitto normativo e devianza : la seconda generazione si confessa? Sociologia del Diritto.* XXXV/2008/2.
- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (1998).
- MENESES REYES, M. (2008) *Juventud, espacio urbano y exclusión social. Pobreza, desigualdad y exclusión social en la ciudad del siglo XXI.* Cordera y otros (coords.). Siglo veintiuno
- MILLER, J. (2003) *The girls in the gang. Girls, Women and Crime.* Chesney-Lind/Pasko (eds.). SAG Publications.
- NURGE, D. (2003) *Liberating Yet Limiting: The Paradox of Female Gang Membership. Gangs and Society. Alternative Perspectives.* Kontos y otros (eds.). Columbia University Press.
- PEREA RESTREPO, C.M. (2007) *Con el diablo adentro. Pandillas, tiempo paralelo y poder.* Siglo veintiuno.
- PÉREZ CEPEDA, A.I. (2007) *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno.* Iustel.
- POLAINO-ORTS, M. (2008) *Las reformas de la ley del menor (LO. 8/2006): el menor como enemigo.* Cuadernos de Política Criminal. Segunda época, nº 95.
- PORTILLA, G. (2004) *La configuración del “homo sacer” como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial.* Serta, In memoriam Alexandra Baratta. CISE/Universidad de Salamanca.
- QUEIROLO, L. (2008) *Etnografía de un mundo clandestino. Vida y política de la calle entre los jóvenes latinos en Italia. Otras Naciones: jóvenes, transnacionalismo y exclusión.* CERBINO/Barrios (eds.). Flacso
- RECASENS, A. (2000) *Elementos emergentes de inseguridad ciudadana.* Revista Catalana de Seguretat Pública. Nº 6-7.

- REGUILLO, R. (2002) *The Social construction of Fear: Urban Narratives and Practices. Citizens of Fear.* Rotker (ed.). Rutgers University Press.
- REGUILLO, R. (2003) *Cascadas: agotamiento estructural y crisis del relato. Pensando la "participación juvenil". Nuevas miradas sobre los jóvenes.* Pérez Islas y otros (coords.). Instituto Mexicano de la Juventud.
- REGUILLO, R. (2008) *Las múltiples fronteras de la violencia.* Pensamiento Iberoamericano. 2ª época, nº 3.
- RODRÍGUEZ, V.M./CUÉLLAR, R. (2007) *El fenómeno de las maras en Centroamérica: un estudio penal con un enfoque de derechos humanos. Panorama Internacional sobre Justicia Penal, Política Criminal, Derecho Penal y Criminología. Culturas y sistemas jurídicos comparados.* García Ramírez (coord.) T. II. Universidad Nacional Autónoma de México.
- RODRÍGUEZ MANZANERA (2007) *El quehacer criminológico, ¿devaluado? Panorama Internacional sobre Justicia Penal, Política Criminal, Derecho Penal y Criminología. Culturas y sistemas jurídicos comparados.* García Ramírez (coord.) T. II. Universidad Nacional Autónoma de México.
- RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. (2008) *Delincuencia juvenil. Fundamentos de Investigación Criminal.* Collado (coord.) Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado. UNED
- ROLDÁN BARBERO, H. (2002) *¿Qué queda de la contestación social de los años 60 y 70 en la criminología actual? Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, nº 10.*
- RUBIO PARDO, M. (2006) *Bandas Latinas.* Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior.
- RUMBAUT, R./GONZALES, R./KOMAIE, G./MORGAN, CH. (2008) *Inmigración, encarcelamiento y delincuencia en los Estados Unidos de América. La percepción pública frente a la evidencia empírica. Procesos de infracción de normas y de reacción a la infracción de normas: dos tradiciones criminológicas. Nuevos estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez.* Dykinson.
- SHARP, C./ALDRIDGE, J./MEDINA, J. (2006) *Delinquents youth groups and offending behaviour: findings from the 2004 Offending, Crime and Justice Survey.* Home Office Online Report 14/06.
- SÁEZ BAEZA, CH. (2005) *Seguridad ciudadana y conflictos sociales. Cobertura y tratamiento en la TV. Violencia en los medios de comunicación, generación noticiosa y percepción ciudadana.* Flacso.
- SANZ MULAS, N. (2006) *Violencia juvenil y tribus urbanas. El desafío de la criminalidad organizada.* Comares.
- SAMPSON, R. (2008) *Vecindario y comunidad: eficacia colectiva y seguridad ciudadana. Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo.* Ortiz/Ponce (eds.). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- SASSEN, S. (2008) *Prólogo a Otras Naciones: jóvenes, transnacionalismo y exclusión.* Cerbino/Barrios (eds.). Flacso.

- SCANDROGLIO, B./MARTÍNEZ, J.M./ MARTÍN, M.J./LÓPEZ, J.S./MARTÍN, A./SAN JOSÉ, M.C./MARTÍN, J.M. (2002) Violencia grupal juvenil: una revisión crítica. *Psicothema*, 4 Suppl. 6-15.
- SCANDROGLIO, B./LÓPEZ MARTÍNEZ, J.S. (2008) Reinas y reyes latinos en Madrid: el principio de los principios. *Otras Naciones: jóvenes, transnacionalismo y exclusión*. Cerbino/Barrios (eds.). Flacso.
- SCHNEIDER, H.J. (1994) La criminología de los disturbios. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Nº 4. UNED.
- SEIDLER, V. (2008) La violencia: ¿el juego del hombre?. *Masculinidades. El juego de género de los hombres en el que participan las mujeres*. Ramírez/Uribe (coord.). Plaza y Valdés y otros. México.
- SERRANO MAÍLLO, A. (2008) *Introducción a la criminología*. 5ª ed. Dykinson.
- SERRANO MAÍLLO, A./SERRANO TÁRRAGA, M.D./VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (2008) Un estudio descriptivo y exploratorio de una muestra de delincuentes juveniles e inmigrantes de segunda nueva generación. *Intersecciones teóricas en Criminología. Acción, elección racional y teoría ecológica*. Serrano Maíllo (ed.). Dykinson.
- SHARP, C./ALDRIDGE, J./MEDINA, J. (2006) *Delinquents youth groups and offending behaviour: findings from the 2004 Offending, Crime and Justice Survey*. Home Office Online Report 14/06.
- SHAW, M. (1995) *Conceptualizing violence by women*. Gender and Crime. University of Wales Press.
- SIEGEL, L. (2003) *Gangs and the Law. Gangs and Society. Alternative Perspectives*. Kontos y otros (eds.). Columbia University Press.
- SIERRA, A. (2005) La responsabilidad del investigador periodístico de la violencia. *Violencia en los medios de comunicación, generación noticiosa y percepción ciudadana*. Flacso.
- SINDIC DE GREUGES DE LA COMUNITAT VALENCIANA (2005) *Tribus urbanas y violencia*. Alicante.
- SORIANO, J.P. (2008) Adaptación social de las pandillas juveniles latinoamericanas en España: pandillas y organizaciones juveniles de la calle. *Revista CIDoB D'afers Internacionals*. Nº 81.
- SUMMERS, J. (2009) Las técnicas de prevención Situacional del delito aplicadas a la delincuencia juvenil. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. UNED. 3ª época.
- TAYLOR, R.B. La tesis de las incivildades o de las "ventanas rotas". *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo*. Ortíz/Ponce (eds.). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- VAN SWAANINGEN, R. (2002) Justicia social en la criminología crítica del nuevo milenio. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª época, nº 10.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (2007) *Derecho penal juvenil*. Vázquez/Serrano (eds.). 2ª ed. Dykinson.

- VENKATESH, S. (2003) A Note on Social Theory and the American Street Gang. Gangs and Society. Alternative Perspectives. Kontos y otros (eds.). Columbia University Press.
- VIRGILI, X./DOMÍNGUEZ, J.L. (2000) La seguridad y la policía, entre modernidad y postmodernidad. Notas para un análisis sistémico sobre procesos de cambio. Revista Catalana de Seguretat Pública. Nº 6-7.
- VISCARDI, N. (1999) Disciplinamiento, control social y estigma: tres conceptos para una sociología del conflicto. Sociologías. Porto Alegre. Año 1, nº 1.
- WACQUANT (2000) Las cárceles de la miseria. Versión de Pons. Alianza ensayo.
- WARD, R. (2000) De las “ventanas rotas” al Zero tolerante. Bases para una política de seguridad ciudadana. Revista Catalana de Seguretat Pública. Nº 6-7.
- WEISBURD, D./ECK, J.E. (2006) ¿Qué puede hacer la policía para reducir la delincuencia, los disturbios y el miedo? Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en Homenaje al Prof. Alfonso Serrano Gómez. Dykinson.
- WILSON, J.Q./KELLING, G.L. (2008) Ventanas rotas: la policía y la seguridad vecinal. Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Ortíz/Ponce (eds.). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- YOUNG, J. (2003) La sociedad “excluyente”. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía. Marcial Pons.
- ZICCARDI, A. (2008) Ciudades latinoamericanas: procesos de marginalidad y de exclusión social. Pobreza, desigualdad y exclusión social en la ciudad del siglo XXI. Cordera y otros (coords.). Siglo veintiuno.
- ZIZEK, S. (2009). Sobre la violencia. Seis reflexiones marginales. Paidós.

EL TIPO LEGAL DEL DELITO DE NEGACIÓN DE ASISTENCIA MÉDICA AGRAVADO POR EL RESULTADO DE MUERTE O DE LESIÓN GRAVE: ¿DELITO AGRAVADO POR EL RESULTADO?*

Helena Moniz

Profesora Auxiliar de Derecho Penal
Universidad de Coimbra

Resumen: El delito de negación de asistencia médica agravado por el resultado de muerte o de lesión grave parece ser el único caso de un delito de omisión pura agravado por el resultado, en la legislación portuguesa. Este estudio pretende demostrar: 1) que el delito de negación de asistencia médica no es un delito de peligro común, como parte de la doctrina portuguesa defiende, y 2) la agravación de la pena debido a la producción de un resultado producido a partir de la omisión del médico, no constituye un delito agravado por el resultado. Para ello procedo a una caracterización del delito agravado por el resultado como un "delito de aptitud confirmada", presentando sus elementos distintivos y una justificación para el mantenimiento de esta figura (entendiendo que no se trata de un caso que se deba resolver conforme a las reglas del concurso de delitos).

Palabras clave: delito de negación de asistencia médica; delito agravado por el resultado; delito de peligro común; delito de aptitud confirmada.

Abstract: The crime of an omission of the physician seemed to be the only case of a crime of omission with aggravated sentence based on special consequences of the offence, in the Portuguese legal system. This study aims to demonstrate: 1) that crime of an omission of the physician is not a crime of "common danger", as some Portuguese doctrine advocates, and 2) the aggravated punishment based on a special consequence of the omission of the physician cannot be subsumed into article 18 of the Portuguese Criminal Code. In order to support these ideas, it presents a characterization of this special concept of aggravated sentence based on special consequences and identifies these cases as a "crime of confirmed aptitude", with special distinctive elements and it presents a justification for the maintenance of this concept (not considering it as a case to subsume into the rules of the multiple offenses).

Keywords: crime of omission of the physician; aggravated sentence based on special consequences; crime of "common danger"; "crime of confirmed aptitude".

Resumo: O crime de recusa de médico parecia ser o único caso de um crime de omissão pura agravado pelo resultado, na legislação portuguesa. Este estudo pretende demonstrar: 1) que o crime de recusa de médico não é um crime de perigo comum, como alguma doutrina portuguesa defende, e 2) a agravação da pena em função da produção de um resultado ocorrido a partir da omissão do médico não constitui um crime agravado pelo resultado. Para tanto procede-se a uma caracterização do crime agravado pelo resultado como um "crime de aptidão confirmada", apresentando os seus

elementos distintivos e uma justificação para a manutenção desta figura (considerando não ser um caso a subsumir nas regras do concurso de crimes).

Palavras-chave: crime de recusa de médico; crime agravado pelo resultado; crime de perigo comum; crime de aptidão confirmada.

Dada la vasta e importante obra de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS sería muy difícil encontrar un tema de las Ciencias Penales que no hubiese sido objeto de reflexión por su parte. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS fue uno de los primeros en escribir sobre la Responsabilidad Penal del Médico ya en 1984¹, y, en 1961 presentó su primer trabajo científico donde ya se encuentran las raíces de todo su pensamiento –*Responsabilidade pelo Resultado e Crimes Preterintencionais* (discurso multicopiado para el examen del Curso Complementario de Ciencias Jurídicas)². Estos dos trabajos me motivaron intensamente para preparar este pequeño escrito de homenaje a aquel que fue y es mi maestro.

1. El delito de negación de asistencia médica**: ¿delito de peligro abstracto-concreto?

El delito de negación de asistencia médica previsto en el art. 284 del CP³ es entendido como un ejemplo de un delito de omisión pura (junto con el del art. 200) o,

* Título original “O Tipo Legal de Crime de Recusa de Médico Agravado pelo Resultado de Morte ou de Ofensa à Integridade Física Grave: Crime Agravado pelo Resultado?”. Traducción a cargo del Prof. Dr. Virgilio Rodríguez Vázquez, Profesor Contratado Doctor de Derecho penal de la Universidad de Vigo.

** Aunque el delito de “recusa de médico” guarda relación con el delito de denegación de asistencia sanitaria del art. 196 CP español, he preferido no traducir “recusa” por “denegación”, pues el significado de aquél no se limita a la negativa frente a un requerimiento previo. Además, la traducción literal del término “recusa” es precisamente “negativa” o “negación”. Por otra parte, el término “médica” es utilizado en sentido estricto, es decir, califica la asistencia proporcionada por el profesional con titulación universitaria superior en Medicina [N. del T.]

¹ “Responsabilidade médica na Europa Occidental (considerações «de lege ferenda»)”, *Scientia Iuridica*, 1984, y “Responsabilidade médica em Portugal”, *BMJ (Boletim do Ministério da Justiça)*, 1984.

² Se encuentra en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de Coimbra (158 págs.).

³ “El médico que niegue la ayuda de su profesión en caso de peligro para la vida o de peligro grave para la integridad física de otra persona, que no pueda ser eliminado de otro modo, será castigado con pena de prisión de hasta 5 años”.

dicho de otra forma, se trata de un delito de mera inactividad⁴. Es decir, y partiendo de la clasificación de los delitos atendiendo a la acción, no estamos ante delitos materiales o de resultado, en cuanto efecto/consecuencia que se produce sobre el objeto de la acción (no necesariamente en cuanto a resultado en sentido naturalístico)⁵, sino ante un delito de mera (in)actividad; resta saber si en este delito de mera inactividad aquel efecto no ocurre por falta de un objeto de la acción (no objeto de protección) – la conducta no tiene un objeto de la acción, persona o cosa sobre la que se ejerce la actividad delictiva – o si se trata de uno de aquellos casos en que, aunque haya un objeto de la acción, el efecto que se produce en él, debido a la (in)actividad, no constituye un resultado en cuanto a elemento del tipo (a pesar de poder ser relevante en sede de tentativa o de consumación del delito).

En el caso de la negación de asistencia médica, lo que se castiga es una conducta omisiva en los casos en que hay un peligro para la vida o un peligro grave para la integridad de otra persona y, a pesar de ello, el médico se niega a actuar, se mantiene inactivo delante de aquel peligro que conoce pero que él no creó.

Podemos caracterizar los delitos de omisión propia como aquellos en que el “sujeto tiene el deber de impedir que se produzca/persista un resultado (lesión o peligro) disvalioso. El no impedirlo es lo que da lugar al ilícito jurídico-penal”⁶. Así, el peligro constituye un elemento básico de estos delitos, apareciendo no sólo como elemento del tipo sino también como presupuesto del deber de actuar. Por eso, estamos de acuerdo con FÁBIO D’ÁVILA cuando afirma: “el deber de actuar surge en base a la situación previa de peligro y *teleológicamente orientado a impedir que aquél se produzca*. No se trata de impedir que *surja* el peligro (...), éste es un dato previo al propio deber. La conformación teleológica de la norma se dirige, eso sí, a *alejarse*. Se trata, en síntesis, de un deber de impedir su continuidad. Lo que hace que podamos colocar el alejamiento del peligro en la posición central de la proposición normativa y, por consiguiente, la ofensividad en el *no-impedimento de su continuidad*”⁷. Así, constituyen elementos determinantes de estos delitos no tanto la permanencia del

⁴ Así, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral Tomo I – Questões fundamentais; a doutrina geral do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 37/§ 18.

⁵ Ya así, Helena MONIZ, “Aspectos do resultado no Direito penal”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pág. 566.

⁶ Fábio D’ÁVILA, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pág. 333, cursiva del autor.

⁷ *Idem, passim*.

peligro como el comprender esta falta de actuación como el factor jurídicamente determinante de aquella permanencia. Aquel peligro con el que se encontró el sujeto activo del delito y que no alejó, es entonces relevante en términos jurídico-penales: basta, pues, que se mantenga el peligro. Es la situación previa de peligro lo que da lugar al deber de actuar, entendiendo como “conducta” que pone/mantiene a los bienes jurídicos protegidos en peligro, la inactividad del agente; el contenido del deber viene dado por una necesidad de alejar el peligro, por lo que, faltando el peligro, falta el respectivo deber de actuar en el sentido de alejar la “continuidad del peligro” (FÁBIO D’ÁVILA). Más allá de esto, el mantenimiento del peligro tiene relevancia en dos niveles distintos: en cuanto peligro para el bien jurídico y en cuanto efecto sobre el objeto de la acción (si el agente hubiese actuado habría evitado aquel efecto sobre el objeto de la acción – un mantenimiento o hasta potenciación del peligro). Ahora bien, es precisamente en el hecho de que se mantenga el peligro donde reside la ofensa al bien jurídico, y esta “continuidad del peligro” es imputada al agente, lo que significa que, por un lado, sólo tenemos un delito de negación de asistencia médica si hay una “continuidad del peligro” – “lo importante es que la realidad demuestre que la situación de peligro persiste en proporciones a las que no se llegaría bien por eliminarlo bien por reducirlo”⁸; y, por otro lado, existe negación de asistencia médica si hay un objeto de la acción y una consecuencia sobre tal objeto; sin embargo, el efecto sobre el objeto de la acción es irrelevante en el ámbito de aplicación del art. 284, manteniéndose, por tanto, un delito de mera (in)actividad⁹.

Concluyendo: no es presupuesto del tipo que de esta inactividad surja un resultado sobre el objeto de la acción – la construcción típica no exige que se compruebe que la persona que ya estaba en peligro, pudiendo ser un peligro para la vida o un peligro grave para la integridad física, deba constatar que, en concreto, aquel peligro se mantiene debido a la omisión del médico. Incluso puede suceder que de la falta de actuación por parte del agente ni siquiera se derive un incremento de aquel

⁸ La frase es de Fábio D’ÁVILA a propósito del delito de omisión pura del art. 200 – *A ofensividade...*, cit., pág. 352-3.

⁹ El efecto sobre el objeto de la acción derivado de la (in)actividad sólo pasa a ser relevante en relación con la “agravación por el resultado”, en los términos del art. 285. En el mismo sentido en que los delitos de omisión propia no son necesariamente delitos sin resultado, sino que cuando se produce un resultado es irrelevante por no formar parte del tipo (por el contrario, en los delitos de omisión impura el resultado forma parte del tipo) y esto constituye la base para adoptar un criterio del resultado que permita distinguir entre delitos de omisión pura e impura, cfr., Fábio D’ÁVILA, *A ofensividade...*, cit., págs. 219 y ss. y págs. 232 ss. Se contrapone a este criterio el criterio del tipo – cfr. *idem*, págs. 222 y ss.: en el mismo sentido, André LEITE, *As «Posições de Garantia» na Omissão Impura (em especial, a questão da determinabilidade penal)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, págs. 63 y ss.

peligro y no es necesario que dicha falta de actuación lleve a que se mantenga aquel peligro. El peligro *anterior* a la inactividad del médico puede persistir, aumentar o desaparecer, y sin embargo nada de esto es relevante para el tipo. El tipo sólo se interesa por el no actuar del médico en aquella situación, y es este comportamiento el que castiga, sin otorgar relevancia alguna a la consecuencia que pueda tener para el objeto de la acción – o sea, la conclusión que se sostiene es que, atendiendo a la clasificación del delito según la acción, estamos ante un delito de mera in(actividad), no exigiendo el tipo ninguna consecuencia sobre el objeto de la acción; el objeto de la acción sobre el cual se pueda producir algún efecto resultante de la inactividad es irrelevante en sede de tipo¹⁰.

Respecto al bien jurídico que pretende proteger el delito de negación de asistencia médica, habrá que determinar si se trata de un tipo de lesión o de peligro, es decir, tendremos que ver si presupone la efectiva lesión de un bien jurídico, y cuál, o si basta con la simple puesta (o mantenimiento) en peligro de un cierto bien jurídico. ¿Cuál o cuáles son los bienes jurídicos que se pretenden proteger con este tipo legal? (no vamos a ocuparnos ahora de tratar de averiguar si se pretendió, o no, proteger un bien jurídico concretado en una determinada persona o en diversas personas — cfr. *Infra* 2). Estamos de acuerdo con TAIPA DE CARVALHO¹¹ cuando afirma que los bienes

¹⁰ Ésta sería la conclusión si hubiésemos partido de la distinción planteada por FIGUEIREDO DIAS entre los delitos realizados por acción y los delitos “realizados” por omisión. Así, partiendo de la distinción entre acción y omisión con base en el “criterio de la ilicitud típica y de la imputación objetiva”, es decir, el “de la forma de creación del peligro para bienes jurídicos tutelados por la norma: al agente se le debe imputar una *acción* siempre que él haya creado (o aumentado) el peligro que llega a concretarse en el resultado”, y debe ser imputada “una omisión siempre que él no haya disminuido aquel peligro” (FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal I*, 37/§ 9). Ahora bien, concluye que el criterio fundamental de distinción “pasa por la circunstancia decisiva de que los delitos de omisión impura, a diferencia de los de omisión pura, no se encuentran descritos en un tipo legal” (*idem*, 37/§ 17). Caracterizando los delitos de omisión impuros como delitos de resultado, y los delitos de omisión puros previstos en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 200 y 284) como delitos de mera actividad – casos en los que no es típicamente relevante el resultado, en tanto que efecto sobre el objeto de la acción. Cosa diferente se debe entender en cuanto lesión del bien jurídico – resultado siempre relevante tanto en una omisión pura como en una omisión impura, una vez que la ilicitud viene determinada por el desvalor de acción o por el desvalor de resultado. No es, sin embargo, a este resultado en cuanto elemento del desvalor del resultado al que se refiere Teresa QUINTELA DE BRITO cuando defiende que todos los “crímenes comportan un resultado típico” (*A Tentativa nos Crimes Comissivos por Omissão: um Problema de Delimitação da Conduta Típica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pág. 147: idea igualmente defendida por Rui PEREIRA, “Crimes de mera actividade”, *Revista Jurídica* (AAF DL), 1982, n.º 1, págs. 9 y ss.). Realmente, Teresa QUINTELA DE BRITO utiliza un concepto de resultado como modificación del mundo exterior, así se comprende la conclusión a la que llega: “la omisión nunca podrá implicar una modificación del mundo exterior” (*A Tentativa...*, *cit.*, pág. 151-2).

¹¹ Comentario al art. 284.º/§ 4, *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, Tomo II, direção de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

jurídicos protegidos son la vida y la integridad física, englobando la salud psíquica y mental¹².

Al construir este tipo se pretendió castigar al médico que, en ciertas circunstancias¹³, no aleja un peligro para los bienes jurídicos por no actuar, por negar el

¹² Aunque tengo dudas cuando TAIPA DE CARVALHO afirma que sólo es protegida la “integridad física substancial” (Taipa DE CARVALHO, comentario al art. 284.º/§ 4, *Comentário...*, cit., II). No parece que el legislador al referirse a “grave peligro para la integridad física” pretendiese referirse a un peligro que pusiese gravemente en causa la integridad física y no, como me parece, a un peligro que por ser grave puede poner en causa la integridad física, independientemente de saber si se trata de una posible lesión substancial de la integridad física. El peligro es el que debe ser grave. En el mismo sentido ya Damião DA CUNHA, Comentario al art. 285.º/§ 13, *Comentário...*, cit. II; Teresa QUINTELA DE BRITO, “Recusa de médico «agravada pelo resultado». *Omissão de auxílio e Abandono* de médico: delimitação e (alguns) problemas”, *Lex Medicinæ*, n.º 5, 2006, pág. 140, nota 35, posición coincidente con la defendida por FIGUEIREDO DIAS en relación con la redacción del artículo correspondiente en el proyecto, donde afirmaba que “la exigencia de la gravedad del peligro para la integridad física de otra persona se justificaba (...) [para que] los casos de pequeña gravedad [pudiesen] encontrar una solución cabal en el ámbito disciplinario”. *Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, Lisboa: Rei dos Livros, 1993, pág. 362. Sin embargo, no podemos dejar de recoger como curiosidad la observación, algunas sesiones después, de COSTA ANDRADE: “nada está previsto en relación con la lesión de la integridad física que no sea grave” (*Actas*, 1993, pág. 518). Parece que aquí ya no se está refiriendo a la gravedad del peligro, sino a la gravedad de la lesión. Frente a esta observación FIGUEIREDO DIAS señaló “que la norma ya representa una ampliación respecto al Derecho vigente” y, tras esta observación, la “Comisión aprobó, por mayoría, mantener el calificativo de ‘grave’” (*Actas*, 1993, pág. 518). El calificativo de grave existía y se mantiene en relación con la peligrosidad, pero COSTA ANDRADE pretendía que se incluye alguna referencia en relación con la lesión a la integridad física no grave y así, el mantener el calificativo de grave en relación con el peligro acaba por abarcar tanto el peligro grave de lesión grave de la integridad física, como el peligro grave de lesión no grave de la integridad física. A menos que se entienda que un grave peligro de lesión de la integridad física sólo es grave por tratarse de un peligro de lesión grave de la integridad física, no siendo posible un grave peligro de lesión no grave. Y considero que esta conclusión sólo puede ser refutada analizando aquello que está detrás de la creación del tipo. Realmente, a partir de las observaciones de FIGUEIREDO DIAS llegamos a la conclusión de que no se pretendía incluir la lesión no grave a la integridad física, no sólo porque los casos de pequeña gravedad podrían ser solucionados a nivel administrativo sino porque este tipo ya constituía una ampliación de la tipicidad respecto al existente, por lo que no se quería ampliar más. Y así, concluimos que el tipo de denegación de asistencia sanitaria sólo puede concurrir cuando el médico niega la asistencia propia de su profesión en caso de grave peligro de lesión grave de la integridad física (pensamos, pues, que Taipa DE CARVALHO –comentario del art. 284/§ 4- y María DA CONCEIÇÃO CUNHA- “Algumas considerações sobre a responsabilidade penal médica por omissão”, *Liber Discipulorum...*, cit., pág. 844, nota 113 y págs. 845, 846-7 – tienen razón). Fue esto lo que se pretendió – si es difícil determinar en el momento de la omisión si se trata de un peligro grave de lesión grave de la integridad física (como argumenta Teresa QUINTELA DE BRITO – “Recusa de médico...”, cit., pág. 140, nota 35), ya no forma parte del análisis del tipo. Más allá de esto, decir que determinar si el art. 284 pretende abarcar algo más que el hecho de la denegación de asistencia por parte del médico en situaciones (anteriores a su inactividad) de grave peligro de lesión grave no nos parece decisivo en la interpretación del tipo, porque esta delimitación se concreta en el art. 285, pues de otro modo “el art. 285 poco o nada aumentaría el ilícito contenido en el delito-base” (así, Teresa QUINTELA DE BRITO, “Recusa de médico...”, cit., pág. 140 nota 35). Verdaderamente, el art. 285 siempre abarca algo más – la efectiva producción de aquella lesión en tanto en cuanto consecuencia de la inactividad del agente, cuando la actividad por su parte podría haber evitado la concreción o mantenimiento de aquel peligro.

¹³ Debido a que excedería con mucho del objeto de este trabajo, no vamos ahora a hacer aquí un análisis acerca del problema de saber si sobre el médico recae o no un deber de garante, y por lo tanto tampoco voy a tomar posición sobre las relaciones entre este tipo penal y el tipo del delito de omisión del deber de socorro (art. 200) y de abandono (art. 138) – sobre esto, ver, entre nosotros, Teresa QUINTELA DE BRITO, “Recusa de médico...”, cit., pág. 131 y ss. y María DA CONCEIÇÃO CUNHA, “Alguma

auxilio propio de su profesión. Sin embargo, el tipo no exige que aquella inactividad cree el peligro, porque el peligro ya existía. Es más, el médico sólo es responsabilizado cuando, negando el auxilio propio de su profesión, en una situación en que alguien estaba en peligro de muerte o en peligro grave para su integridad física, se pruebe que aquel peligro no podría “ser removido de otro modo”. Es decir, se deberá probar que la conducta del médico era *necesaria* para alejar el peligro, por lo que, en concreto, habrá que verificar que se mantiene el citado peligro; se exige que se compruebe en concreto que el no actuar del médico creó un peligro concreto de mantenimiento del peligro o, que en concreto, se mantuvo el peligro. El tipo sólo castiga al médico si aquel peligro no pudiese ser removido de otra manera que no fuese precisamente el auxilio del médico; esto es, si se prueba que el médico no actuó y, aun así, aquel peligro podría haber sido eliminado de otra forma, significaría que, en ese caso, la actuación del médico no era necesaria. Estamos, por tanto, ante un delito de peligro concreto, porque se va a exigir que se pruebe que en concreto aquel peligro se mantuvo; si la actividad del médico era innecesaria, tampoco los bienes jurídicos se habrían mantenido en una situación de peligro. Entendemos, pues, que se trata de un delito de peligro concreto¹⁴. Esto significa que la conducta castigada es castigada no porque crease o potenciase un peligro en concreto para un determinado bien jurídico, sino porque, existiendo aquel peligro previamente, la conducta en cuestión mantiene el peligro para los bienes jurídicos en causa, y era indispensable una actuación para neutralizar aquel peligro. Si en una determinada situación el médico niega la asistencia e inmediatamente aparece otro que la presta, removiendo el peligro y demostrando que aquella intervención especializada era necesaria, el primer médico habría mantenido un peligro concreto y, en este sentido, habría existido un peligro concreto de lesión de los bienes jurídicos protegidos por el tipo – ahora, en este caso el primer médico cometió el tipo previsto en el art. 284: el hecho de que el médico no hubiese actuado permitió, en concreto, que el

considerações sobre a responsabilidade penal médica por omissão”, *Liber Discipulorum...*, *cit.*, págs. 869 y ss.

¹⁴ Fábio D’AVILA entiende que la relación de peligro no se da entre la conducta exigida al agente por la norma y la idoneidad de la conducta requerida para neutralizar el peligro; la relación de peligro se da entre los bienes jurídicos protegidos por el tipo y la fuente real de peligro. Así, un análisis sobre la posible conducta del agente en el sentido de neutralizar el peligro no va a determinar si estamos o no ante un delito de peligro concreto o de peligro abstracto; el peligro se produce antes de que surja el deber de actuar, por lo que su naturaleza debe referirse, según el autor, a un momento previo (cfr. Fábio D’AVILA, *A Ofensividade...*, *cit.*, págs. 317 y ss. y bibliografía ahí citada). Sin embargo, atendiendo al art. 284, esto no evita la necesidad de demostrar que el médico sólo es castigado cuando se niega a intervenir en caso de peligro “que no pueda ser removido de otra manera” (exigencia que no se encuentra en el art. 200, sobre el cual el autor reflexionaba).

peligro permaneciese. Es cierto que en la base de la creación del tipo se encuentra una presunción de que la falta de actuación del médico constituye un peligro para los bienes jurídicos protegidos por el tipo. Pero, atendiendo a la clasificación del tipo en función de la conducta, defendemos que se trata de un delito de mera actividad; sin embargo, en relación con el bien jurídico, ¿podemos decir simplemente que estamos ante un delito de peligro concreto? ¿O no será un delito de peligro abstracto-concreto – en el sentido de que el delito de peligro abstracto-concreto, analizado en función de la consecuencia de la conducta sobre el bien jurídico se caracteriza por tratarse de un delito en el que hay una creación de un peligro abstracto para el bien jurídico (motivo que llevó al legislador a crear este tipo legal), pero el sujeto sólo es responsabilizado penalmente si se verifica (englobando la creación y el mantenimiento) un peligro en concreto para el bien jurídico? Cuando la conducta, en un delito de peligro abstracto, incide sobre el objeto de la acción, creando (o manteniendo, incrementando) un peligro para aquél, entonces puede decirse que la conducta es idónea para producir por lo menos una consecuencia lesiva (aquí en el sentido de no evitar la lesión, manteniendo el peligro de lesión) sobre el objeto de la acción. En los casos en los que el delito de peligro abstracto-concreto tiene un objeto de la acción, se trata de un delito de aptitud cuando el tipo exige expresamente esa idoneidad – y así se limita el ámbito de tutela, permitiendo que no se entienda aquél sólo como un delito de desobediencia a un imperativo de actuar, sino como un delito en que la falta de una actuación sólo se transforma en una *no* conducta censurable jurídico-penalmente si de alguna forma se prueba que la conducta que debería haber sido realizada apartaría aquel peligro, permitiendo así concluir que la inactividad fue apta para mantener un peligro de lesión de un bien jurídico. Es lo que sucede en el delito de negación de asistencia médica por parte del médico, en que no se exige la prueba de la idoneidad de la actuación para alejar el peligro, sino que sólo se exige que se pruebe que la intervención del médico habría sido necesaria para alejar el peligro y, por tanto, la inactividad fue idónea para mantener el peligro, la inactividad fue idónea para mantener un efecto de peligro sobre el objeto de la acción (la persona que no fue socorrida)¹⁵. Pero, ¿el tipo exige expresamente esta idoneidad? Como vimos, la consecuencia sobre el objeto de la acción es irrelevante en relación con el tipo, hasta tal punto que no se exige una prueba de la idoneidad, por lo que tenemos un delito de peligro abstracto-concreto en relación con el bien jurídico, pero un delito de mera

¹⁵ Defendiendo el delito de negación de asistencia por parte del médico como un delito de aptitud, cfr. Teresa QUINTELA DE BRITO, “*Recusa de médico...*”, cit., págs. 134 y ss.

(in)actividad en relación con la conducta. Ciertamente es que el peligro que eventualmente se produzca sobre la persona es, en el fondo, la demostración de que la falta de actuación no apartó el peligro y, en esa medida, era fuente de peligrosidad – sin embargo, este resultado en relación con la consecuencia sobre el objeto de la acción no es relevante a nivel del tipo (aunque pueda serlo en sede de desistimiento, por ejemplo). Ahora bien, cuando aquella consecuencia de peligro se materializa en un resultado ya adquiere relevancia para el legislador, habiendo construido por ello una “agravación por el resultado” (prevista en el art. 285)¹⁶.

2. ¿Delito de peligro común?

¿Será el delito de negación de asistencia médica un delito de peligro común, tal como afirma TERESA QUINTELA DE BRITO?¹⁷ Un delito de peligro común se caracteriza por el hecho de que el peligro creado por la acción del sujeto activo constituye un “peligro para un número indiferenciado e indeterminado de objetos de la acción sustentados por bienes jurídicos”, o son “delitos de peligro aquellos en que el peligro se expande relativamente a un número indiferenciado e indiferenciable de objetos de la acción sustentados por uno o varios bienes jurídicos”¹⁸. Todo ello nos lleva a considerar que en estos casos la conducta del agente tendrá que tener repercusiones en diversos bienes jurídicos, en el sentido de concretizados en diferentes objetos de la acción. ¿El art. 284 pretende proteger diversos bienes jurídicos materializados en diversos sujetos? Es decir, ¿si el médico niega la asistencia sanitaria cuando se encuentra ante diversas personas cuya vida está en peligro, comete un delito de negación de asistencia médica o tantos delitos como bienes jurídicos personales se concreten en los diversos objetos de

¹⁶ Seguimos aquí una idea presentada por Paulo SOUSA MENDES, *Vale a Pena um Direito Penal do Ambiente?*, Lisboa: AAFDL, 2000, pág. 120.

¹⁷ “Recusa de médico...”, cit., págs. 136 y 138 y ss.

¹⁸ Faria COSTA, comentario al art. 271/§§ 3 y 4, *Comentário...*, cit., II. Por eso los delitos de peligro común son, en ocasiones, designados “delitos vagabundos” – cfr. Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal – Parte Especial, Lisboa: Ministério da Justiça, 1979, pág. 11; igualmente sobre esto, Augusto SILVA DIAS, “Entre «comes e bebes»: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)”, *RPCC*, 1998, págs. 544 y ss. Sobre la dificultad de controlar las consecuencias de la conducta pudiendo ser sus consecuencias bastante amplias cfr., Mário MONTE, *Da Protecção Penal do Consumidor*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pág. 130, y las referencias citadas en el mismo; Pinto DE ALBUQUERQUE, “Crimes de perigo comum e contra a segurança das comunicações”, *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal*, vol. 2, Lisboa: CEJ, 1998, pág. 280.

la acción? ¿Será diferente si sólo una persona se encuentra en aquellas circunstancias cuando él niega la asistencia? Lo que el tipo castiga es la negativa del médico a prestar asistencia cuando está en causa “un peligro para la vida o un peligro grave para la integridad física de otra persona”¹⁹; estamos, pues, obligados a concluir que el tipo se cometerá tantas veces como el médico haya mantenido un peligro para otra persona y si hubiese mantenido ese peligro para distintas personas entonces habría cometido diversos delitos de negación de asistencia (siempre que el peligro no pudiese ser removido de otra forma, claro está). Más allá de esto, en los delitos de peligro común, lo que ocurre es que el sujeto activo crea un peligro para un número indiferenciado de objetos, cuando lo que sucede en el tipo en cuestión es que el peligro no es creado por el sujeto activo. Como dije, TERESA QUINTELA DE BRITO entiende que se trata de un delito de peligro común. Sabiendo que la negación de asistencia acaba por concretarse en una determinada persona, entiende, sin embargo, que cualquier otra persona podría haber estado en aquella situación. “Es decir: el individuo, afectado por la negación de la ayuda médica, es «una especie de representante, escogido por casualidad, de la comunidad» y de la peligrosidad a la que ésta fue expuesta, en virtud de la falta de asunción del socorro especializado de otro como forma de ser y de estar en sociedad, por parte de quien, fundadamente, se esperaba tal asunción”²⁰. Concluye: “la negación de asistencia por parte del médico se incluye así entre los delitos de peligro común debido a la peligrosidad que aquélla representa para toda la sociedad, ya que la frustración, que expresa, de una cierta forma de ser y estar en una sociedad especialmente solidaria con otro necesitado, puede afectar a cualquiera de sus miembros, en sus bienes personales más importantes, siendo ‘su elección’ como víctima fruto de la casualidad más absoluta”²¹. ¿Será suficiente este argumento? ¿Podemos decir que la muerte del

¹⁹ Incluso en los delitos de peligro común que están contruidos sobre la forma de delitos de peligro concreto, cuando hacen referencia al peligro creado, no hablan de un peligro “para otra persona”, sino para “otro” – cfr. arts. 272, 277, 280, 282, 283 –, o se refieren a un número no determinado de objetos, como ocurre con el art. 281.

²⁰ Teresa QUINTELA DE BRITO, “Recusa de médico...”, cit., págs. 136-7.

²¹ Teresa QUINTELA DE BRITO, “Recusa de médico...”, cit., pág. 137. No podemos, sin embargo, estar de acuerdo con esta posición, dadas las dificultades para erigir como bien jurídico protegido por el tipo la solidaridad, aunque se trate de una solidaridad específica, en el sentido de exigida a un cierto grupo de personas – los médicos. Realmente, Teresa QUINTELA DE BRITO parece entender que el bien jurídico protegido es la vida y la integridad física (al decir: “la negación de asistencia sanitaria del médico se configura como un delito propio (...) de aptitud o de peligro abstracto-concreto para la vida y la integridad física” – “Recusa de médico...”, cit., pág. 136). La autora todavía es más clara cuando afirma: “la producción de un daño en bienes personalísimos de otro sólo puede ser reconocido legalmente a través de la *cualificación del peligro* para la sociedad”, es decir, sólo en el marco del delito agravado por el resultado y no ya en el ámbito previsto en el art. 284 (“Recusa de médico...”, cit., pág. 139). Incluso cuando parece abandonar esta idea al afirmar que la negación de asistencia por parte del médico se

individuo que fue atropellado en el paso de peatones por un conductor completamente distraído también constituye un delito de peligro común? ¿Podemos decir que el delito de homicidio por imprudencia constituye un delito de peligro común debido a la peligrosidad que representa para la sociedad, ya que una conducta homicida imprudente puede afectar a cualquier miembro de la sociedad, pudiendo la ‘elección’ de la víctima ser fruto del azar? No nos parece que sea condición suficiente para entender en este caso que estamos ante un delito de peligro común.

En la base de aquella idea, TERESA QUINTELA DE BRITO dice haberse inspirado en lo que DAMIÃO DA CUNHA afirma en relación con el delito de propagación de una enfermedad, previsto en el art. 283, n.º 1, apartado a)²²: en este caso “aunque se trate también de una persona concreta, naturalmente que ésta surge no sólo como víctima del delito, sino verdaderamente como representante de la comunidad – ella es, en el fondo, la concreción del *peligro para la sociedad* que deriva de la conducta”²³. Y la explicación

concreta en un individuo y en sus bienes jurídicos personales, aquello que destaca es la negación en cuanto fuente de peligro para toda la sociedad – y así acentúa, parece, la fuente del deber de actuar en una exigencia ético-social basada en la solidaridad, que puede integrar también la ilicitud global del hecho, pero el ilícito-típico está dirigido a la protección de bienes jurídicos personales; de otra forma, al entender la solidaridad como elemento fundamentador del ilícito-típico fácilmente acabamos por identificar este delito como un delito de mera desobediencia. Por eso, entendemos que el tipo previsto en el art. 284 sólo adquiere relevancia cuando la ilicitud global del hecho es analizada primariamente a partir de los bienes jurídicos individuales que permanecen en peligro, y sólo secundariamente en cuanto conducta omisiva que infringe una exigencia de solidaridad incrementada por las específicas características del agente. Además, solamente entender que el tipo protege primariamente bienes jurídicos individuales nos permite llegar a la conclusión de que se trata de un delito de peligro para los bienes jurídicos protegidos; erigir la solidaridad en bien primariamente protegido nos conduciría a entenderlo como un delito de daño, en cuanto a lesión del bien jurídico (sobre esto, pero referido a la omisión prevista en el art. 200, y también en el sentido de que la solidaridad no constituye el “valor primario que debe ser protegido” en el delito de omisión pura, cfr., entre otros, y las referencias citadas en el mismo, Fábio D’AVILA, *Ofensividade...*, cit., págs. 338 y ss., en particular, págs. 342 y ss.).

²² “Quien: a) Propague enfermedad contagiosa (...) y cree así un peligro para la vida o grave peligro para la integridad física de otra persona, será castigado con pena de prisión de 1 a 8 años ”.

²³ Comentario al art. 283.º§ 2, *Comentário...*, cit., II. No podemos estar de acuerdo con el intento de equiparar las dos situaciones, pues entendemos que son diferentes. No es la misma cosa la conducta de aquél que propaga una enfermedad poniendo en peligro la vida de alguien, sea quien sea (y por tanto persona indeterminada en el momento en que el agente actúa), y la de aquel otro que ve una persona determinada en peligro y niega el auxilio propio de su profesión [además, la misma distinción está en la base de la diferente interpretación que Damião DA CUNHA hace del apartado a) y de los apartados b) y c) del art. 283, entendiendo que, en el caso de estos últimos apartados, “de lo que se trata es de un peligro para una persona concreta, a diferencia de lo que ocurre en el apartado a), pues aunque se trate también de una persona concreta, ésta aparece no sólo como víctima del delito sino realmente como representante de la comunidad” – Damião DA CUNHA, comentario al art. 283.º§§ 2 y 26, *Comentário...*, cit., II]. Ahora bien, podemos entender que el delito de propagación de enfermedad constituye un caso en que la conducta del agente producirá resultados sobre diversos e indeterminados objetos de la acción – tantos cuantos el efecto de la “irradiación” de la conducta permita. Sin embargo, tal y como está construido, en el delito de negación de asistencia médica ya no nos parece que se pueda entender que la conducta afectará a tantos objetos de la acción como de extenso sea el efecto de “irradiación” de la conducta, una vez que hasta pueden estar diversas personas en peligro de muerte y el agente/médico negar el auxilio a unas y no a otras (simplemente porque no quiere ayudar a algunas). Sin embargo, aunque se

propuesta por TERESA QUINTELA DE BRITO, para defender que el delito de negación de asistencia médica es un delito de peligro común, continúa: “en el fondo, la cuestión es la de la evaluación *ex ante* del peligro: si de la evaluación *ex ante* resulta que sólo una persona puede ser puesta en peligro, no tendrá que verificarse el peligro común: si de la evaluación *ex ante* resulta que puede ser puesta en peligro una multiplicidad de personas, representativas de la comunidad, se ha de verificar el peligro común, incluso aunque sólo una de ellas haya sido de facto puesta en peligro”²⁴. Así pues, tenemos que evaluar el peligro inherente al tipo legal del delito previsto en el art. 284. Ya vimos que el peligro no es creado por el agente, sino que éste lo mantiene. En la base de esta incriminación está, como vimos, la punición de una conducta omisiva de mantenimiento de un peligro pre-existente (que existía antes del comportamiento del agente). Lo que estaba en peligro era la vida o la integridad física de “*otra persona*”. No de “*otro*” como ocurre en los delitos de peligro previstos en el mismo capítulo en que el delito de negación de asistencia médica está integrado (y como se ve, consideramos que no es suficiente para justificar que este tipo se trata de un delito de peligro común, el hecho de que se incluya en el Capítulo III, del Título IV, relativo a los «delitos de peligro común»). Este argumento ya fue presentado por FIGUEIREDO DIAS en la Comisión de revisión. Así, refiriéndose al delito de incendio, la utilización del término «otros» “expresa correctamente la característica del delito: peligro para persona indeterminada, no para una determinada persona (*otra persona*)”²⁵. Siguiendo esta posición, podemos decir que el mantener un peligro ya existente en relación con la vida de *otra persona* es mantener un peligro referido a *una persona determinada* portadora de aquel bien

entendiese que se trata de un delito de peligro común, lo relevante es saber si se trata de un delito de peligro abstracto o de un delito de peligro concreto (“que quede claro, para que no haya dudas, que lo que verdaderamente cuenta en este ámbito son los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto” – Faria COSTA, comentario al art. 272.º/§ 4, *Comentário... cit.*, II), por lo que las eventuales críticas a la creación de un delito agravado por el resultado a partir de un delito común dejan de tener sentido.

²⁴ Damião DA CUNHA, comentario al art. 283.º/§ 3, *Comentário... cit.*, II. Curiosamente, o tal vez no, cuando Damião DA CUNHA hace el comentario al art. 285, no considera el delito de negación de asistencia por parte del médico como un delito de peligro común. Además, señalando que la remisión del art. 285 es realizada por un conjunto de delitos que “no presentan la misma estructura, ni el mismo fin de protección”, advierte que el art. 284 sobresale en relación con otros, debido a una diferente estructuración, pues “todos los anteriores son delitos estructurados según la regla general de los delitos de peligro común (...) lo que no ocurre con aquel delito” (comentario al art. 285.º/§ 3, *Comentário... cit.*, II). Y, más tarde, afirma que “en estos casos [los de los arts. 283, apartados b) y c) y 284] las potenciales víctimas son, de antemano, determinables y concretizables”, por lo que “la posibilidad de imputar el resultado se vuelve más fácilmente comprobable, en la medida en que la muerte o la lesión de la integridad física sólo puede concretarse en la persona que fue puesta en peligro por la conducta descrita” (comentario al art. 285.º/§ 16, *Comentário... cit.* II).

²⁵ *Actas... cit.*, 1993, págs. 355-6.

jurídico en riesgo de lesión. Por el contrario, el delito de peligro común, en aquel sentido, es tenido como aquél en que se verifica una indeterminación del titular de los bienes jurídicos protegidos por el tipo, por lo que la víctima de estos delitos sería una “víctima indistinta, alguien que pertenece a un conjunto de personas que se encuentra en un determinado círculo de peligro causado por la acción realizada a través de medios incontrolables”²⁶. Es decir, la víctima es indeterminada por encontrarse en un círculo de personas en que cualquiera de ellas puede sufrir las consecuencias de la actividad ilícita y típica. Así, antes de la producción del efecto de la conducta sobre el objeto de la acción, no se consigue saber exactamente dónde va a producirse aquel efecto, pero se sabe que va a ocurrir en un círculo tanto más amplio cuanto mayor sea el efecto de irradiación de la conducta. O sea, el objeto de la acción (sobre el cual se produce la consecuencia de la conducta) es indeterminado, de entrada indefinido – el agente que realiza la conducta no tiene la posibilidad de saber exactamente a quién va a agredir con su conducta. Así, en el delito de negación de asistencia médica, cuando el médico “realiza” la conducta descrita en el tipo, cuando no actúa, no actúa en relación con alguien cuya vida estaba en peligro o en relación con el cual se comprueba un peligro grave para su integridad física. Es cierto que no se puede decir que el agente escogió previamente a la víctima para después no actuar de modo tal que mantuviese el peligro para un bien jurídico de la persona que previamente hubiese escogido; pero, a pesar de no haber escogido, cuando se encuentra con un “caso de peligro para la vida de otra persona”, es hacia esa persona a la que dirige su inactividad. El ofendido constituye ya una persona determinada en el momento de la falta de actuación del agente. El delito de denegación de asistencia sanitaria no se trata, pues, de un delito de peligro común. Para que se tratase de un delito de peligro común, tendría que plantearse el caso en que el agente, cuando realiza la conducta, no tiene forma de determinar exactamente quién va a ser la persona lesionada (podrá ser cualquiera de nosotros que se encuentre en el espacio de irradiación de la consecuencia de la conducta ilícita-típica). Y pensamos que es aquí donde reside la característica del delito de peligro común – éste constituye un delito normalmente tipificado en relación con el bien jurídico como un delito de peligro concreto, con producción de un resultado de peligro (concreto), pero en el que éste resultado de peligro, en cuanto efecto sobre el objeto de la acción y distinto espacio-temporalmente de la acción, siendo imputado subjetivamente al agente es, sin embargo,

²⁶ Augusto SILVA DIAS, “Entre «comes e bebes»”, cit., pág. 546.

entendido por el agente como una consecuencia de su conducta, aunque no pueda determinar quién va a ser la persona afectada. La consecuencia sobre el objeto de la acción inherente a los delitos de peligro común constituye una consecuencia sobre un objeto inicialmente imposible de determinar, precisamente por no ser posible esa determinación en el momento en que el agente actúa. Ahora bien, en el delito de negación de asistencia médica, cuando éste niega su actividad, sabe a quién se la está negando. Además, dado que el delito presupone el dolo, sólo se podrá afirmar que el agente actuó con conocimiento y voluntad de realización del tipo cuando sabe que una persona concreta o varias personas *determinadas* están en una situación de peligro para la vida o de peligro grave para la integridad física, pues sólo en estas circunstancias puede saber que su negativa es típica e ilícita (aunque no haya sido él quien crease el peligro), sólo así se puede afirmar que el agente se conformó con la situación de peligro (será el caso, por ejemplo, del médico que, evaluando la situación en la que estaba la víctima, y convencido de que si no hubiese una ayuda celeré y eficaz la víctima corría serio riesgo de muerte, a pesar de eso no interviene porque estaba en su hora de comida)²⁷. Y esta conclusión tendrá todavía otra consecuencia – la de que el delito de negación de asistencia médica se consuma tantas veces como el médico niegue el auxilio propio de su profesión. Habrá así tantos delitos de negación de asistencia médica como personas estén en peligro y no haya socorrido, incluso cuando todas se encuentren en un mismo lugar y al mismo tiempo. ¿O ante una negación dirigida a varias personas en peligro (en un mismo lugar y momento) comete un solo delito de negación de asistencia médica? Incluso aquí no nos referimos a un conjunto de personas *indeterminadas* sino a un conjunto de personas *determinadas* – aquellas que están allí, delante del médico, y no otras o cualquier otra que podría estar en aquella situación. Aquí el médico continúa manteniendo un peligro que se concreta en diferentes personas, y aun así es penado por haber mantenido aquel peligro. Si el tipo pretende punir la actuación, o la no-actuación, por el hecho de constituir una actuación peligrosa para ciertos bienes jurídicos de ciertas personas que se encuentran en la esfera de

²⁷ Entendiendo también que el agente tiene que actuar con dolo – Taipa DE CARVALHO , comentario al art. 284.º/§ 12, *Comentário...*, *cit.*, II y también comentario al art. 200.º/§ 22, *Comentário...*, *cit.*, I. Sobre el problema del dolo en la omisión, cfr. entre nosotros Teresa QUINTELA DE BRITO, *A Tentativa...*, *cit.*, págs. 63 y ss. (y las referencias citadas en el mismo) – “Es necesario que al conocimiento de la situación de peligro y de su conexión con un determinado evento lesivo se sume, por un lado, la consciencia de evitabilidad de ese evento mediante el inicio de la realización de medidas de auxilio que están a su alcance y, por otro lado, una toma de posición en el sentido de asumir ese resultado como consecuencia de su falta de actuación”. (Sobre el juicio de probabilidad en los delitos de peligro, Faria COSTA, *O Perigo...*, págs. 602 y ss.).

“irradiación” del comportamiento omisivo del agente, a pesar de que no se exija que se compruebe en concreto si efectivamente el peligro se mantuvo o no, entendemos que el agente será castigado por tantos delitos como conductas omisivas haya “realizado”, como negativas haya cometido en relación con cada persona que estaba en peligro; en el mismo momento y lugar negó el auxilio a la persona A que estaba en peligro, a la persona B, a todas aquellas personas respecto de las cuales aquel auxilio se mostraba necesario. Verdaderamente, sólo tiene sentido que se castigue al médico por la omisión que puede remover el peligro, que de otra forma no sería removido, cuando este peligro existe, y porque la omisión es peligrosa para aquellas personas que están en peligro.

Sabiendo que el objeto de la acción en los delitos de peligro común sobre el que va a incidir el efecto derivado de la conducta es “escogido” al azar (lo que no sucede en el delito de negación de asistencia médica – no integra la conducta del tipo aquel médico que en casa decide que no va a prestar auxilio a nadie, sino sólo aquél que delante de una persona en peligro no presta su auxilio), según esta perspectiva, aquello que caracteriza al delito de peligro común es el hecho de que el objeto de la acción sobre el cual se produce la consecuencia derivada de la conducta (atendiendo a los tipos previstos en nuestro CP, un peligro concreto) es cualquiera, no determinado de entrada, cuando el agente decide actuar, cualquiera que se interponga entre la conducta y su efecto, y en esa medida “escogido” por azar. Ahora bien, la simple punición de un comportamiento omisivo, después de que el agente se decidiese por la no realización de la conducta, independientemente de si se trata de una decisión de no actuar en función de un objeto determinado de la acción, constituirá un castigo de la intención, de una decisión. Y no se puede decir que en el delito de peligro común sucede lo mismo. En los delitos de peligro común, previstos en los arts. 272 y ss. del CP portugués, el agente decide realizar una conducta que sabe que va a afectar a alguien, aunque no pueda concretar, en ese momento, a quien. Más allá de esto, cuando el agente decide, por ejemplo, provocar un incendio importante, independientemente de haber o no peligro concreto, esta decisión por sí sola no basta, no es la simple intención de realizar el incendio lo que constituye la conducta típica; es necesario que, más allá de la decisión, el agente realice los actos que constituyen la provocación del incendio. Por el contrario, punir al médico que decide no actuar en abstracto (sin tener conocimiento de si alguien está o no en peligro) supone meramente penar una decisión de no actuar, transformando este delito en un simple delito de incumplimiento de un deber – no siendo lo que se

encuentra previsto en el tipo (ni siendo admisible en un Derecho penal del hecho)²⁸. Y es así porque la simple decisión de no actuar es irrelevante cuando ésta no pase de ser una decisión sin efecto sobre un bien jurídico – y por eso el tipo exige que el agente haya decidido no actuar cuando una determinada persona se encuentra en peligro de muerte o con un peligro grave para su integridad física: sólo en esta situación urge proteger los bienes jurídico-penales y se revela la dignidad punitiva de la conducta (de otra forma sería una mera punición de intenciones).

3. El art. 285²⁹: ¿delito agravado por el resultado?

3.1.1. *El delito agravado por el resultado como un delito de aptitud confirmada*

3.1.1.1. Los delitos de aptitud, en HOYER, son delitos clasificados sistemáticamente entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto. Según un concepto formal, se integran en la categoría de los delitos de aptitud todos aquellos en que el tipo se refiera a la conducta como apta; según un concepto material, la conducta es apta o idónea no tanto en función de un criterio de un hombre normal colocado en la posición del agente, sino en función de las características objetivas de la propia conducta³⁰; hay, pues, una comprobación positiva de un peligro abstracto³¹.

²⁸ No es casualidad que Teresa QUINTELA DE BRITO afirme que el delito “se consuma como denegación dolosa de los cuidados médicos conscientemente *necesarios para la retirada del peligro*” (Teresa QUINTELA DE BRITO, “*Recusa de médico...*”, cit., págs. 137-8, la cursiva es nuestra). De otra forma, ¿cómo podríamos entender el “peligro concreto” exigido por el tipo? ¿Como condición objetiva de punibilidad?

²⁹ “Si de los delitos tipificados en los artículos 272 a 274, 277, 280, o 282 a 284. ° resultase la muerte o el grave menoscabo de la integridad física de otra persona, el autor será castigado con la pena de prisión, aumentada en su mínimo y en su máximo en un tercio”.

³⁰ HOYER, Andreas, *Die Eignungsdelikte*, Berlin: Duncker & Humblot, 1987, págs. 107 y ss.; ver también HOYER, “Zum Begriff der ‘abstrakten Gefahr’”, *JA*, 1990, págs. 183 y 188.

³¹ Lo que no ocurre en los “tradicionales” delitos de peligro abstracto – así, HOYER, “Zum Begriff der «abstrakten Gefahr»”, *JA*, 1990, pág. 184. Y, por esto, hay alguna doctrina que considera la tipificación según este modelo más adecuada que la tipificación a través de delitos de peligro abstracto – así, FRISCH, “An den Grenzen des Strafrechts”, *Beiträge zur Rechtswissenschaft – Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, Heidelberg: C.F. Müller, 1993, pág. 93. Sin embargo, otros autores [como JAKOBS – *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Die Grundlagen und die Zurechnungslehre)*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1991, págs. 172-3, 6/nm. 86 a – y KUHLEN – “Umweltstrafrecht, auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, *ZStW*, 1993, págs. 697 y ss., en cuanto a este punto, pág. 721] entienden que en algunos casos podrá ser ventajosa la punición de la conducta, por ser considerada peligrosa en abstracto, sin necesidad de probar su idoneidad, principalmente, en lo que respecta a los delitos contra el medio

Sabiendo que la ilicitud de la conducta está determinada por un desvalor de acción y un desvalor de resultado, aquél reside en un desvalor de peligrosidad en relación con el bien jurídico protegido por el tipo o, siguiendo a FARIA COSTA, en un desvalor de cuidado-de-peligro, basado en la idoneidad de la conducta para la producción de una determinada consecuencia que, en el ámbito del desvalor de resultado, constituye una protección anticipada de un peligro concreto para el bien jurídico protegido por el tipo – un “desvalor potencial de resultado” (MENDOZA BUERGO)³². Existe, pues, un cierto elemento de peligro como parte integrante del tipo³³, un peligro que no es *sólo* motivo de creación del tipo por el legislador – y de ahí se puede afirmar que se trata de delitos de peligro abstracto-concreto. En esta medida, son los delitos de peligro concreto, habiendo en la conducta descrita en el tipo una referencia a algún elemento que de alguna forma expresa este peligro concreto³⁴ – acostumbra ser la idoneidad para la

ambiente. Pensamos, sin embargo, que en este último campo, podría ser una forma de evitar la crítica que se les acostumbra a hacer, en el sentido de tratarse sólo de conductas de desobediencia a reglas de carácter administrativo.

³² *Límites Dogmáticos y Político-criminales de los Delitos de Peligro abstracto*, Granada: Comares, 2001, pág. 42. MENDOZA BUERGO considera que esta tipología tiene una inestimable ventaja respecto a los delitos de peligro abstracto, una vez que incluye en la descripción del tipo elementos de peligrosidad real de la conducta, evitando así el principal defecto de los delitos de peligro abstracto, esto es, el “formalismo o automatismo de la constatación de su relevancia típica y de su contenido de ilícito” (*ob. cit.*, págs. 42 y 413). “Se trata de delitos en que, a través de algún elemento típico, la peligrosidad general de la conducta *concreta* o de los medios utilizados pertenecen a la descripción típica, de forma que es necesario probar en el caso individual la *idoneidad típica del comportamiento* para producir el efecto indeseado, pero no su producción efectiva, ni la presencia de un objeto en su radio de acción” (*ob. cit.*, pág. 410).

³³ En este sentido, en el contexto de los delitos de aptitud, MENDOZA BUERGO, *Límites Dogmáticos...*, pág. 414.

³⁴ Entre nosotros, entendiendo también que los delitos de aptitud son caracterizados por un “elemento revelador de la peligrosidad de la conducta concreta o de los medios comisivos utilizados”, cfr. SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais (análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, págs. 73 y ss.; ya antes, en el mismo sentido, PAULO DE SOUSA MENDES, *Vale a Pena o Direito Penal do Ambiente?*, Lisboa: AAFDL, 2000, págs. 119 y ss.; SILVA DIAS, “Entre «comes e bebes»”, *RPCC*, 1998, pág. 520, nota 12 – en tono crítico en relación con la tendencia de estos tipos a hacerse autónomos, por considerarlos como delitos de peligro abstracto, con lo que estamos de acuerdo, aunque entendemos que deben tener autonomía, en cuanto al efecto de la conducta sobre el objeto de la acción, respecto a los delitos “normales” de peligro abstracto, o delitos de peligro abstracto “puros”. También contra el proceso que tiende a otorgar autonomía a los delitos de aptitud, debido a “un sentimiento de indefinición de los límites de esta clase de delitos como categoría autónoma”, aunque proponga una modificación de la denominación en el sentido de “delitos de propensión (tendencia, vocación)”, cfr. MARTA FELINO RODRIGUES, *As Incriminações de Perigo e o Juízo de Perigo no Crime de Perigo Concreto: necessidade de precisões conceptuais*, Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2003 (ed. multicopiada), en particular, págs. 41-89; a favor de una tripartición del peligro, cfr., entre nosotros, TERESA QUINTELA DE BRITO, *Crime Praticado em Estado de Inimputabilidade Auto-provocada por Via do Consumo de Alcool ou Drogas (contributo para uma análise do art. 282.º do Código Penal à luz do princípio da culpa)*, Lisboa: AAFDL, 1991, págs. 70 y ss.); ahora bien, si el peligro para el bien jurídico es un peligro abstracto, todavía la aptitud de la conducta para probar aquel peligro ha de ser evaluada en función de la situación, entonces, no deja de ser un caso en que se castiga una conducta que no lesiona o pone en peligro concreto un bien jurídico, sino solamente en peligro abstracto, tanto más en cuanto que la peligrosidad de la

producción de algún efecto (de peligro concreto o de resultado) de la conducta. En estos casos, habrá una situación idónea para crear un peligro o una lesión para el bien jurídico, aunque aquél (peligro) no se debiese a la concreta situación creada por la conducta del agente sino a cualquier circunstancia no creada por el agente³⁵. Ahora bien, estos delitos, a pesar de ser cercanos a los delitos de peligro abstracto-concreto, no se confunden con ellos. No basta la prueba de la inexistencia de peligro para que se pueda afirmar que no se ha realizado el tipo – y en esta medida se distinguen de los delitos de peligro concreto. Sin embargo, también en los delitos de peligro abstracto-concreto no basta la prueba de la inexistencia de peligro – tanto más si son entendidos como delitos de peligro abstracto, donde la prueba de la existencia de aquél no es necesaria; en los delitos de peligro abstracto-concreto el peligro concreto no existe (aunque exista el peligro abstracto) y, sin embargo, hay una peligrosidad concreta (y no simplemente abstracta) de la conducta. Es esta peligrosidad concreta, de la concreta acción (y no el peligro concreto), lo que se tiene que probar³⁶; pero también se tendrá que probar la existencia de algún elemento que confiera idoneidad a la conducta para la producción de un resultado, o efecto sobre el objeto de la acción³⁷; también se tendrá que probar que, en el momento en que el agente realiza la conducta y de acuerdo con los conocimientos de un sujeto normal colocado en aquella posición, la conducta parecía apta para producir el resultado que se pretende evitar³⁸. Por eso, en los delitos de aptitud o idoneidad hay un referente³⁹ – un resultado de daño o de peligro (la conducta tiene que ser apta para la producción de un resultado, que el tipo pretende evitar). Es esta referencia lo que hace que no todos los delitos de peligro abstracto-concreto se puedan

conducta para el bien jurídico es medida según los datos disponibles en el momento inmediatamente anterior a su realización.

³⁵ Seguimos en gran medida la argumentación de Faria COSTA – *O perigo em Direito Penal (Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, nota 175, págs. 641 y ss.

³⁶ Comparando estos delitos con los delitos de peligro concreto, hay una extensión de la punibilidad (también en este sentido, Faria COSTA, *O Perigo...*, pág. 643, nota 175); sin embargo, en relación con los delitos de peligro abstracto, podemos decir que hay una restricción de la punibilidad.

³⁷ En similar sentido, cfr. JAKOBS, *Strafrecht...*, cit., pág. 174 (6/nm. 87).

³⁸ MENDOZA BUERGO, a pesar de que al principio entiende que en los delitos de aptitud se evalúa la “peligrosidad *concreta* de la acción” (cursiva de la autora), a continuación afirma que este juicio deber limitarse a los elementos integrantes de la acción que hayan sido fijados por el tipo, limitando consecuentemente aquel juicio de peligrosidad (*Limites Dogmáticos...*, págs. 48-50).

³⁹ En el mismo sentido, considerando que no se puede afirmar que haya un resultado con su tradicional significado en los delitos de aptitud, aunque acepte que se crea una cierta situación, aunque no se pueda clasificar como resultado de peligro concreto, cfr. ZIESCHANG, Frank, *Die Gefährdungsdelikte*, Berlin: Duncker & Humblot, 1998, págs. 64 y ss., 100, 58 y ss. Todavía en la doctrina alemana, cfr. JAKOBS, *Strafrecht...*, cit., pág. 174 (6/nm. 87); WOLTER, Jürgen, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin: Duncker & Humblot, 1981, págs. 184 y ss., 192, 216, 254 y ss.

clasificar como delitos de aptitud, pues sólo entrarán en esta categoría aquellos en los que la conducta idónea produzca un *halo*/estadio anterior a la producción del resultado sobre el objeto de la acción y, consecuentemente, un *halo*/estadio anterior a la creación de un peligro concreto o de una lesión del bien jurídico. Mientras el tipo no dé relevancia típica a la creación de esta situación, que constituye ya una cierta modificación del mundo exterior, que permita decir que existe un cierto efecto distinto de la conducta, lo que tenemos es simplemente una conducta concretamente peligrosa, siendo ésta la única relevante en sede de tipo – o sea, un delito de peligro abstracto-concreto de mera actividad⁴⁰. En estos casos se ha de probar, mediante un juicio de prognosis objetivo y anterior, que en el momento y en las circunstancias en que el agente actuó había un riesgo adecuado de lesión o de peligro para el bien jurídico que el tipo pretende proteger (de modo que sólo con una intervención excepcional del agente, de la víctima o de tercero, aquel resultado no ocurriría), siendo este riesgo una consecuencia derivada de la conducta, que va más allá y que se diferencia de ella⁴¹; y, porque la idoneidad es evaluada en función de las circunstancias existentes en el momento en que el agente actuó, entendemos que se trata del cumplimiento de una cláusula de idoneidad determinada *ex ante*.

Así, aquello que caracteriza al delito de aptitud es, por un lado, la creación de un peligro abstracto para el bien jurídico y, por otro lado, *la exigencia de que la conducta sea apta/idónea para producir un efecto lesivo (material o de peligro) sobre un objeto de la acción; siendo esta exigencia descrita a nivel del propio tipo de ilícito objetivo*⁴². En lo que se refiere a un delito de peligro abstracto-concreto, hay la creación de un peligro abstracto para el bien jurídico (motivo que llevó al legislador a crear un tipo

⁴⁰ Por esa razón, WOLTER (ver sobre esto “Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*”, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid: Tecnos, 1991, págs. 108, 109, 114 y 133), al lado de una imputación objetiva pretende desarrollar una imputación del riesgo, toda vez que las prohibiciones penales serían prohibiciones de acciones objetivamente peligrosas, pues la ilicitud estaría primordialmente en los comportamientos peligrosos, por lo que el Derecho penal sería principalmente un Derecho penal de imputación de un riesgo, en que el principal papel correspondería a los delitos de peligro abstracto.

⁴¹ En el mismo sentido para el delito de incendio, cfr. WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung...*, cit., págs. 279, 75-6, 80 y ss., 255, 183 y ss., y 190 y ss.

⁴² Podrá haber situaciones en que se trate de un delito de mera actividad con objeto de la acción; sin embargo, el efecto que eventualmente se venga a comprobar sobre el objeto de la acción (el efectivo daño o el peligro) es en el fondo la demostración de que la conducta era fuente de peligro, aunque este resultado (en cuanto efecto sobre el objeto de la acción espacio-temporalmente distinto de ésta) no sea relevante en el tipo – a no ser para efectos de desistimiento relevante, permitiendo distinguir la consumación formal de la consumación material/terminación; en los casos en que la comprobación de este resultado pueda ser relevante, entonces el legislador debe construir delitos agravados por el resultado (siguiendo aquí la idea de Paulo SOUSA MENDES, *Vale a Pena um Direito Penal do Ambiente*, pág. 120).

legal de delito), pero el agente sólo es castigado si se comprueba la existencia de un peligro concreto para el bien jurídico. En relación con la conducta, es un delito de mera actividad independientemente de la idoneidad o no de la conducta para producir un efecto lesivo sobre el objeto de la acción. Sin embargo, cuando hay un concreto peligro para el bien jurídico, y se trata de un delito en que la conducta incide sobre un objeto de la acción creando un peligro para éste, entonces se puede decir que la conducta es idónea para producir por lo menos un efecto lesivo sobre el objeto de la acción. Habrá casos en que el delito de peligro abstracto-concreto tiene un objeto de la acción, y entonces es un delito de aptitud si el tipo expresamente exige esta idoneidad; si no la exige, es solamente un delito de peligro abstracto-concreto y, en cuanto a la conducta, un delito de mera actividad^{43/44}.

3.1.1.2. A partir de esta distinción entre delito de peligro abstracto-concreto y delito de aptitud, considero que los delitos agravados por el resultado, entendidos como un tipo, deberían ser clasificados como delitos de “aptitud confirmada”⁴⁵. Esta denominación está presidida por una idea básica: acentuar la característica del peligro inherente a estos tipos, afirmando que dicho peligro es el que está en la base de la creación de tales tipos (y lo que explica que se mantengan), y acentuar la necesidad de analizar estos tipos atendiendo a una perspectiva global, sin divisiones, sólo así es posible un análisis en función del específico bien jurídico que se pretendió proteger. Es

⁴³ Ahora bien, algunos autores entienden que los delitos de aptitud son siempre delitos de mera actividad – cfr. sobre esto, entre otros, MENDOZA BUERGO (*Límites Dogmáticos y Político-criminales de los Delitos de Peligro Abstracto...*, págs. 410 y s.).

⁴⁴ La distinción esbozada entre delito de peligro abstracto-concreto y delito de aptitud parte de la idea de que el peligro es el motivo de la incriminación, pero, en concreto, aquel peligro se manifiesta en sede de culpa, a la luz de la concepción que apareció en Eduardo Correia, a partir del delito de inmigración clandestina (en este caso no era necesario probar la producción en concreto del peligro). Estos delitos se caracterizan por el hecho de que la peligrosidad abstracta debe ser comprobada en concreto – es decir, deber ser probada una peligrosidad concreta, aunque sin ser necesaria la prueba de un peligro concreto (cfr., sobre esto, Faria COSTA, *O Perigo...*, pág. 569, nota 1). Ahora bien, si aquella peligrosidad en concreto, peligrosidad en relación con el bien jurídico, no se olvide, no presupone, en el marco de la descripción de la conducta en el tipo, que esta conducta se ejerza sobre un objeto de la acción produciendo un efecto espacio-temporalmente distinto de ella, tendremos un delito de peligro abstracto-concreto (en relación con el bien jurídico) y de mera actividad en relación con la conducta.

⁴⁵ Con esta denominación quiero distinguirlos de los delitos de aptitud, tal y como es empleada esta denominación por la doctrina. Como vimos, los delitos de aptitud son caracterizados por el hecho de que la conducta descrita en el tipo es idónea/apta para producir un cierto efecto lesivo, siendo esta idoneidad descrita en la parte objetiva del tipo. Ahora bien, en los delitos agravados por el resultado, esta idoneidad está presupuesta en la construcción del tipo y no se exige expresamente en éste toda vez que se es más exigente, pues al legislador no le resulta suficiente con la idoneidad de la conducta aunque reflejada de algún modo en la conducta, sino que exige su concreta y efectiva confirmación, que nos es dada con la efectiva producción del resultado adicional.

el peligro, normalmente asociado a una conducta base, para un determinado bien jurídico, que llega a ser lesionado con el resultado adicional, lo que constituye la razón de la creación de estos tipos; y aquel peligro ligado a aquella conducta sólo se produce porque se entiende que aquella conducta contiene en sí misma, más que una peligrosidad abstracta, una peligrosidad concreta para la producción del resultado que llega a producirse, siendo, en este sentido, apta o idónea para la producción del resultado adicional. Así, la lesión del bien jurídico que se produce con la verificación del resultado adicional es una consecuencia directa del peligro típico (para aquel bien jurídico) creado por la conducta base. Sólo tendrá que existir una relación entre el peligro creado por la conducta y el resultado adicional, determinada según la teoría de la imputación objetiva – el resultado adicional será imputable al agente cuando se produzca, aunque no estuviese en la esfera de dominio y capacidad del agente el evitar su producción; lo que se pretende es que el agente actúe de modo tal que evite riesgos graves para ciertos bienes jurídicos y que no están fuera de su ámbito de control. Así, tendremos que comprobar la existencia de un riesgo inherente a la conducta, una peligrosidad concreta de la conducta, para el bien jurídico protegido por el delito agravado por el resultado, confirmada a continuación por la producción del resultado adicional, analizando así globalmente el ilícito, teniendo en cuenta no sólo la aptitud de la conducta para lesionar el bien jurídico sino también la lesión del bien jurídico que se pretende proteger⁴⁶.

Realmente, aquello que está detrás de la construcción de los delitos agravados por el resultado es una situación de peligro que se relaciona con la conducta base⁴⁷ – es en ésta donde reside el fundamento de la agravación, es la gravedad del peligro (atendiendo al bien jurídico que se va a lesionar) y al alto grado de probabilidad de lesión del bien jurídico lo que explica la creación de un ilícito-típico autónomo, distinto de aquéllos que eventualmente se entenderían realizados si se procediese sólo a un análisis fraccionado de la conducta: supuesto en el que no sería posible incluir en el ámbito del ilícito el peligro adicional creado por la conducta base, y que no llega a reflejarse en el resultado primario que se produce. E incluso la punición cumulativa de los ilícitos que son realizados con una conducta base y con un resultado adicional

⁴⁶ En similar sentido, aunque sin entrar en profundidad, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-penales Supraindividuales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, págs. 172-3.

⁴⁷ Está misma idea es acentuada por RADBRUCH (cfr. “*Erfolgshaftung...*”, *cit.*, págs. 247-8), cuando analiza los delitos agravados por el resultado previstos en el proyecto de CP suizo de 1903.

llevaría a una punición doble de la misma conducta – la conducta base que produce un primer resultado y (la misma conducta base) otro más grave. Una vez que todo queda englobado en el mismo ilícito, aquel doble castigo ya no se produce. Y es exactamente por eso que muchos marcos abstractos de los delitos agravados por el resultado son marcos más leves de lo que resultaría si se aplicase el régimen del concurso (aunque también aquí, y según lo establecido en el art. 77 del CP portugués, los hechos y la personalidad del agente son considerados en conjunto). Sin embargo, en el delito agravado por el resultado no son los hechos los que son considerados en su conjunto, es la conducta base con su “doble resultado” la que es analizada y valorada globalmente, afirmando así un ilícito global.

Adquiere aquí especial importancia el ámbito del riesgo permitido por la sociedad y, en la mayor parte de los casos de delitos agravados por el resultado, el riesgo permitido tolerado⁴⁸ en el momento de la realización de una conducta ilícita – esto porque en gran parte de los delitos agravados por el resultado la conducta base ya era castigada autónomamente a partir de otro tipo penal. Tanto la gravedad del peligro inherente a la conducta base, como el bien jurídico especialmente lesionado serán determinantes para la construcción de los delitos agravados por el resultado; por eso no es irrelevante el hecho de que gran parte de los delitos agravados por el resultado sean delitos de daño relativos a bienes jurídicos individuales fundamentales en el sistema del Derecho penal (como la vida, la integridad física, la libertad de movimientos...), en cuanto Derecho con una finalidad básica de protección de bienes jurídicos. Más allá de esto, el legislador no siempre ha creado delitos agravados por el resultado a pesar de haberse comprobado estos requisitos, sólo cuando la conducta base es portadora de ciertas características y cuando sobrepasa los márgenes del riesgo permitido⁴⁹. El juicio de peligro de la conducta será entonces valorado por el legislador en el momento de la construcción del propio tipo⁵⁰. Y para que el resultado pueda ser imputado al agente por lo menos a título de imprudencia, y si se cumple el principio de culpabilidad, el agente deberá, por lo menos, tener *conocimiento y voluntad de realizar/crear aquella conducta concretamente peligrosa*, por ser apta para la producción de un resultado lesivo del bien

⁴⁸ Sobre la delimitación del riesgo permitido a partir de una idea de tolerabilidad, cfr. JAKOBS, *Strafrecht AT*, pág. 224 (7/nm. 76).

⁴⁹ Para una descripción de las razones que deben presidir la creación de delitos agravados por el resultado, cfr., por mí, *Agravação pelo Resultado? (Contributo para uma autonomização dogmática do crime gravado pelo resultado)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, págs. 747 y ss.

⁵⁰ Sobre el juicio de peligro en los delitos de peligro concreto, entre nosotros, Marta FELINO RODRIGUES, *As incriminações de Perigo...*, cit., *passim*.

jurídico materializado en el resultado adicional (en muchos casos, un resultado material, en sentido estricto, de muerte), esto es, el agente deberá actuar con dolo de peligro y, de este modo, actuar por lo menos con la representación de la posibilidad de que se materialice la aptitud inherente a la conducta, aunque sin conformarse con esa materialización, esto es, en el momento de actuar se representa la posibilidad de que se llegue a producir el resultado adicional, aunque no quiera esa producción, o sea, actúa por lo menos con imprudencia consciente⁵¹.

Para que se pueda afirmar el dolo en relación con el peligro inherente a la conducta base de la producción del resultado adicional, el agente tendrá que tener conocimiento del peligro objetivo idóneo⁵² y voluntad de realizarlo o de dejar que se produzca; el agente debe tener conocimiento de la situación de peligro típica inherente a la conducta-base del tipo del delito agravado por el resultado⁵³, el agente sólo debe saber que su comportamiento es idóneo para crear un peligro de lesión de otro bien jurídico. Así, habiendo dolo de peligro, el conocimiento del agente sólo abarca la idoneidad de la conducta, la peligrosidad concreta de la conducta para lesionar un determinado bien jurídico y poder dar lugar a la producción de un resultado material adicional, lo que podemos designar como resultado primario de la conducta. Sin embargo, cuando se

⁵¹ No veo como el agente podría actuar con dolo en relación con la idoneidad de la conducta para la producción del resultado más grave y que al mismo tiempo se pueda afirmar que nunca se representó la posibilidad de realizar aquel resultado; también restringiendo los delitos preterintencionales a los casos de imprudencia consciente, cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Responsabilidade pelo Resultado...*, pág. 147.

⁵² Por contraposición, en los delitos imprudentes el agente tendría conocimiento del peligro, pero un desconocimiento del peligro efectivo creado por su conducta: en este sentido, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de Peligro...*, pág. 117 (“desconocimiento del peligro exacto creado”). Se exige, todavía, que exista la posibilidad de que el agente conozca el peligro objetivo idóneo, esto es, se exige la cognoscibilidad del peligro, en el caso de los delitos de peligro abstracto, e incluso la cognoscibilidad de las circunstancias que configuran el peligro, en los delitos de peligro concreto (cfr. CORCOY BIDASOLO, *ob. cit.*, págs. 310-1; cfr. también CORCOY BIDASOLO, *El Delito Imprudente (criterios de imputación del resultado)*, Barcelona: PPU, 1989, págs. 226 y ss.). Más allá de esto, no se deberá concluir, sin más, que el agente actuó imprudentemente en relación con el resultado agravante pues, tal y como afirma RUDOLPHI, el deber de cuidado que es infringido con la creación del peligro se produce cuando el agente se representa la situación de riesgo, independientemente de haberse representado o no, en el caso concreto, la producción del resultado agravante (cfr. *Strafgesetzbuch Systematischer Kommentar*, § 18, nm. 1).

⁵³ En el mismo sentido, cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko (Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen)*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1983, págs. 297 y ss.; todavía sobre el objeto del dolo, siendo objeto del dolo la conducta descrita en el tipo y eventualmente el resultado, material o de peligro concreto de acuerdo con el tipo, cuando éste es un elemento integrante del ilícito típico, cfr. FRISCH, *Vorsatz...*, págs. 57 y ss.

habla de imprudencia en relación con el resultado adicional, ésta ya se debe referir a la propia producción del resultado^{54/55}.

Por fin, podrán surgir situaciones en que el agente no tenga conocimiento de la idoneidad de su conducta para lesionar *otro* bien jurídico, caso en que ni siquiera se puede afirmar la existencia de imprudencia en relación con el peligro (no nos estamos refiriendo a situaciones en que el agente admite la idoneidad, sino a aquéllas en que el agente cree que el resultado agravante no se producirá – lo que aún será, para nosotros, un caso de dolo en relación con el peligro idóneo de la conducta para lesionar otro bien jurídico y de imprudencia consciente en relación con el resultado). En el caso referido, habría, sí, una situación en que el agente no se percata siquiera de la peligrosidad concreta de la conducta, de la idoneidad para que concurra un peligro y, por tanto, no se percata de la posibilidad de que aquel peligro se venga a materializar en un resultado adicional. Sabiendo que la ilicitud intensificada de la conducta está exactamente en el peligro típico vinculado a la conducta base, y no habiendo dolo en relación con esta peligrosidad, no existe fundamento para el castigo con base en el delito agravado por el resultado. Así, excluyo expresamente del ámbito de los delitos agravados por el resultado los casos en que el resultado adicional sólo pueda ser imputado al agente a título de imprudencia inconsciente⁵⁶.

⁵⁴ Pretendo así distinguir el dolo de peligro de la imprudencia consciente, aunque aceptando que en algunos casos el dolo de peligro integre la negligencia consciente, pero yendo más allá de ella (en la doctrina, sobre la equiparación entre dolo de peligro y negligencia consciente, cfr., entre otros, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung...*, pág. 210).

⁵⁵ Clasifico los delitos agravados por el resultado como “delitos de aptitud confirmada” con el objeto de destacar el peligro típico inherente a la conducta, peligro típico éste que resulta de la conducta y que se materializa, confirmándose, en el resultado agravante. ¿Tendrá algún significado acotar el dolo en relación con el peligro idóneo de producción del resultado adicional? Pregunto esto sabiendo que algunos autores, como FRISCH, afirman que no tiene sentido hablar de dolo de peligro en relación con los delitos de peligro abstracto, toda vez que aquel dolo de peligro se referiría al peligro como resultado, efecto sobre el objeto de la acción y diferenciable de la conducta (cfr. *Vorsatz...*, págs. 290 y ss.). Pienso, sin embargo, que la autonomización de este dolo de peligro relativo al peligro idóneo de la conducta para lesionar otro bien jurídico podrá constituir una importante ayuda en materia de tentativa de los delitos agravados por el resultado. Más allá de esto, facilitará la necesidad de distinción a nivel práctico entre las situaciones a integrar, por ejemplo, en el tipo legal de delito de homicidio imprudente o en el tipo legal de delito de afectación de la integridad física agravada por el resultado de muerte.

⁵⁶ También en el sentido de la limitación, cfr. KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip (Eine strafrechtlichrechtsphilosophische Untersuchung)*, Heidelberg: Carl Winter Universitätverlag, 1976, págs. 240 y ss. Sin embargo, las razones son distintas, ya que en la base de la exclusión de los casos de imprudencia inconsciente en relación con el resultado está la idea de integración de la imprudencia consciente en el dolo de peligro, que intentamos distinguir; cfr. también en el sentido de la eliminación del ámbito de los delitos agravados por el resultado los casos en que el resultado agravante sólo es imputable a título de imprudencia inconsciente, LANGE, *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, 2. Band – Allgemeiner Teil, Bonn, 1958, págs. 255 y ss.

Así, aquel resultado adicional deberá corresponder a la materialización de la peligrosidad creada por la conducta base, y no a cualquier otra peligrosidad. Más allá de esto, estando caracterizado el delito agravado por el resultado, por la específica aptitud inherente a la conducta base, debiendo ésta confirmarse con la producción del resultado agravante – este resultado sólo será imputado a la conducta base cuando ésta sobrepase los márgenes del riesgo permitido, cree aquel peligro prohibido y materialice el peligro en el resultado. Esto debe producirse, pero por sí solo no justifica el entendimiento de los delitos agravados por el resultado como delitos autónomos, y no justifica que no se siga el régimen del concurso de delitos. Si sólo fuese por esto, la situación podría seguir las reglas del concurso y ser castigada de acuerdo con éste. La ilicitud agravada o intensificada subyacente a la conducta, ilicitud intensificada que se justifica y fundamenta en el hecho de existir un peligro típico a ella vinculado, es lo que justifica esa configuración como delito autónomo. Es exactamente la misma justificación que está detrás de la tipificación de los delitos de peligro, en general, exigiendo en este caso solamente, a nivel del tipo, la materialización de aquel peligro. No se trata, pues, de una punibilidad del resultado en cuanto tal, sino sólo del resultado que específicamente realiza aquel peligro que, una vez creado, origina una lesión de *otro* bien jurídico.

El delito agravado por el resultado no es, pues, una mera suma de dos delitos. Es cierto que la conducta-base debe integrar un delito de forma autónoma. El propio art. 18 del CP portugués⁵⁷ determina que “cuando la pena aplicada a un hecho fuese agravada (...)”, lo que significa que el hecho que da origen al resultado adicional es ya una conducta a la cual le es atribuida una pena y, por tanto, integra un tipo legal. La producción del resultado adicional sólo da lugar a que se agrave la pena. En la base de esta atribución de una pena más grave está un comportamiento portador de una ilicitud y de una culpa intensificadas. Más allá de esto, la correcta caracterización de los delitos agravados por el resultado pasa por entender el resultado agravante como un elemento del tipo, y no sólo como un elemento relevante en relación con la determinación de la pena. Y este resultado agravante tanto puede constituir un resultado de daño como un

⁵⁷ “Cuando la pena aplicable a un delito se agrava debido a la producción de un resultado, la agravación siempre está condicionada por la posibilidad de atribuir este resultado al agente, al menos, por negligencia.”

resultado de peligro, por lo que la conducta-base puede integrar autónomamente tanto un delito de daño como un delito de peligro⁵⁸.

El problema estará en saber si se podría integrar en el delito agravado por el resultado el caso en que la conducta-base estuviese castigada autónomamente bajo la forma de un delito de peligro concreto. Nos parece que no si aquel peligro concreto constituye una anticipación de la tutela del (*mismo*) bien jurídico que sería efectivamente lesionado con la producción del resultado. Pues, cuando la conducta-base integra un delito de peligro concreto y la agravación tiene lugar cuando aquel peligro concreto se materializa, no estamos ante un delito agravado por el resultado, dado que no tenemos el castigo de una ilicitud adicional, pero sí la lesión acabada de un mismo bien jurídico cuya protección había sido anticipada⁵⁹. Realmente, lo que caracteriza al delito agravado por el resultado es su ilicitud intensificada o adicional en relación con el delito base, derivada de la aptitud adicional de la conducta para lesionar *otro* bien jurídico, y que viene a materializarse en el resultado agravante producido. Se pretende, pues, proteger un bien jurídico distinto de aquel que sería protegido por el delito que eventualmente integraría la conducta-base, pero donde el peligro para el bien jurídico nace de aquella misma conducta, aunque el agente no haya actuado con conocimiento y voluntad en relación con la materialización/confirmación de aquel peligro. Ciertamente, el hecho de que se cree una aptitud para lesionar otro bien jurídico (que se materializará en el resultado adicional) va a permitir que se afirme que el “sentido de la ilicitud jurídico-penal del comportamiento global”⁶⁰ es distinto de aquel que subyace al tipo que la conducta-base podría llegar a integrar de forma autónoma. Así, en el delito agravado por el resultado, aquello que justifica la agravación del marco penal, atendiendo al sentido global del ilícito, es la lesión o puesta en peligro de *otro* bien jurídico (distinto del lesionado o del que se puso en peligro con la conducta base), siendo el resultado material la concreción del peligro inherente a la realización de la conducta que añade un desvalor de peligro al desvalor de acción y al desvalor de resultado que ya anteriormente se habían producido con aquélla; sin embargo, dada la pluripotencialidad del comportamiento para colocar en vía de lesión diversos bienes jurídicos protegidos

⁵⁸ Por cierto, tal como lo entiende GÖSSEL – “Dogmatische überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach § 18 StGB”, *Festschrift für Richard Lange zum 70 Geburtstag*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1976, pág. 221.

⁵⁹ Es el mismo bien jurídico el que fue, en concreto, puesto en peligro y más tarde lesionado con la producción del resultado material (en sentido estricto).

⁶⁰ La expresión es utilizada por FIGUEIREDO DIAS en otro texto, en el ámbito del concurso de delitos – *Direito Penal I*, 41/§ 26 y ss.

por el Derecho penal, se hace necesario identificar expresamente el peligro que se pretende castigar y, con esto, la ilicitud intensificada de la conducta que se pretende punir – lo que se consigue con una referencia expresa al resultado material que se pretende evitar: su producción constituye la prueba más evidente de la idoneidad de la conducta para lesionar el otro bien jurídico que se pretende proteger.

Aquel desvalor de resultado del peligro adicional nos permite afirmar que estamos ante *otro* sentido de ilicitud, lo que nos podría llevar a concluir que estaríamos ante una “pluralidad de sentidos de ilicitud típica” (FIGUEIREDO DIAS) y, por tanto, ante un caso de concurso de delitos. Pero esta pluralidad de sentidos de ilicitud típica deberá ser negada atendiendo a un análisis global del hecho, dado que la conducta es portadora de una ilicitud intensificada por aumentar hasta un desvalor de resultado de daño de un determinado bien jurídico, un normal, típico, desvalor de resultado de peligro de otro bien jurídico, por lo que la ilicitud global de este comportamiento no estaría abarcada por la punición a través de las reglas del concurso, pues éstas no abarcarían la punición de aquella ilicitud intensificada vinculada típicamente, como vimos, a la conducta. La agravación del castigo en el delito agravado por el resultado no se satisface, sin embargo, con la simple causación del resultado, en cuanto materialización del peligro típico inherente a la conducta, sino que es necesario que este resultado corresponda a la infracción de un deber de cuidado inherente a aquella conducta peligrosa para otro bien jurídico; y este deber de cuidado se afirma atendiendo a que se trata de un peligro *típico, normal*, de aquel comportamiento. La infracción del deber objetivo de cuidado ya se encuentra en la realización de la conducta base por lo que, de esta forma, la conducta base se caracteriza no sólo por una ilicitud inherente a la lesión o a la puesta en peligro de un bien jurídico, sino también por la ilicitud inherente a la infracción de un deber de cuidado que se debería haber observado en el momento de su realización para que esta ilicitud adicional, en relación con otro bien jurídico, no se hubiese producido. Sin embargo, con esto, no restringimos los delitos agravados por el resultado sólo a los casos en que el resultado agravante constituya una materialización de un peligro típico inherente a la conducta, sino que admito igualmente que el resultado agravante se produzca a partir de un resultado inicial⁶¹ producido por la conducta base. Ahora bien, en este último caso, la imputación del resultado agravante ya no se debe a un comportamiento activo con infracción del deber de cuidado, sino a un comportamiento

⁶¹ Este resultado inicial podrá ser de lesión de un determinado bien jurídico, pero también de peligro para otro bien jurídico.

omisivo tras la realización de la conducta-base – la omisión de un comportamiento que debería haberse realizado para evitar la materialización de un peligro que, entretanto, surgió como producción de un resultado material en sentido estricto o de peligro concreto proveniente de la conducta base⁶².

Ahora, es este análisis global, y una preponderancia del peligro típico inherente a la conducta que integra el delito agravado por el resultado, lo que nos lleva a clasificar estos delitos como “*delitos de aptitud confirmada*”. Es el peligro, normalmente asociado al comportamiento del agente, para otro bien jurídico que acaba siendo efectivamente lesionado con la producción del “resultado agravante”, lo que constituye la razón de la creación de estos tipos; aquella conducta contiene en sí misma, más que una peligrosidad abstracta, una peligrosidad concreta para la producción del resultado que termina por producirse, siendo, en este sentido, apta o idónea para la producción del resultado agravante. Entre el peligro típico (creado a partir de la conducta-base o a partir del resultado primario) y el resultado agravante, habrá que comprobar la existencia de un nexo de unión, según la teoría de la imputación objetiva; por lo que deberá quedar abarcada por el ámbito de protección de la norma y deberá suponer la materialización del peligro creado por la conducta activa del agente o por la conducta omisiva posterior a la producción del resultado primario, debiendo aún estar en el ámbito de dominio y capacidad de actuación del agente para evitar su producción. Habrá así que comprobar la existencia de un riesgo inherente a la conducta, una peligrosidad concreta de la conducta para el bien jurídico protegido por el delito agravado por el resultado, confirmada a continuación por la producción del resultado agravante, analizando así globalmente el ilícito, teniendo en cuenta no sólo la aptitud de la conducta para lesionar el bien jurídico sino también la efectiva lesión del bien jurídico que se pretendió proteger (con la creación del tipo).

Desde el punto de vista del tipo subjetivo, el agente deberá actuar, por lo menos, con conocimiento y voluntad de realizar/crear aquella conducta concretamente peligrosa, por ser apta para la producción de un resultado lesivo de otro bien jurídico que se materializará en el resultado agravante; esto es, el agente deberá actuar con dolo en relación con el peligro, deberá actuar con conocimiento del peligro objetivo e idóneo de su conducta, y con la voluntad de realizar o, por lo menos, de dejar que aquel ocurra,

⁶² En estos casos el agente se autocolocó en una posición especial que le exige mayor cuidado en relación con los bienes jurídicos protegidos, y un control y supervisión respecto a la fuente de peligro que él ha creado.

por lo que el conocimiento y la voluntad del agente abarcan la idoneidad de la conducta, la peligrosidad concreta de la conducta para lesionar otro bien jurídico, pudiendo dar lugar a la lesión de otro bien jurídico⁶³; de este modo, actúa, por lo menos, con representación de la posibilidad de que se materialice la aptitud inherente a la conducta, aunque no acepta esa materialización; esto es, en el momento de actuar se representa la posibilidad de que se produzca el resultado agravante, aunque no acepta esa producción, o sea, actúa, por lo menos, con imprudencia consciente⁶⁴. El delito agravado por el resultado es visto así desde una perspectiva global, de modo que el agente tendrá que actuar con dolo en relación con el hecho global – el agente actúa con conocimiento y voluntad de realizar el tipo, esto es, conocimiento y voluntad de realizar una conducta lesiva de un bien jurídico y apta eventualmente para lesionar otro bien jurídico. La idoneidad de la conducta para crear un peligro para otro bien jurídico esencial es el fundamento de la agravación de la pena y la confirmación de esta aptitud en la materialización en un resultado espacio-temporalmente distinto de la conducta es el motivo de la agravación de la pena.

Podría suceder que el agente realizase dolosamente la conducta base admitiendo la producción del peligro, pero sin aceptar la posibilidad de que ocurra y, por tanto, sin representarse como posible la producción del resultado que confirmaría aquel peligro, supuesto en que actuaría con imprudencia consciente en relación con el peligro e inconsciente en relación con el resultado agravante.

Finalmente, podrían darse casos en que el agente actúa no sólo con dolo en relación con el peligro de que se llegue a producir el resultado agravante sino también en relación con la efectiva producción del resultado agravante. En este caso, cuando la producción del resultado agravante integra autónomamente un tipo legal de un delito distinto, no debemos afirmar aquí la existencia de una unidad de ilicitud, sino de una pluralidad de ilícitos, al no tratarse de un verdadero delito agravado por el resultado. Sin

⁶³ Cuando el agente ni siquiera tiene conocimiento de la idoneidad de su conducta para lesionar otro bien jurídico, entonces ni siquiera se podrá afirmar que existe imprudencia (ésta sólo existe cuando tiene conocimiento de la idoneidad, sin embargo cree que ésta no se llegará a materializar). No se percata tan siquiera de la peligrosidad concreta de la conducta, de la idoneidad de la conducta para llegar a producir un peligro o un resultado agravante. En este caso, como mucho se podría decir que el resultado agravante sería imputado a título de imprudencia inconsciente.

⁶⁴ El agente debe tener un cierto conocimiento de la peligrosidad, de la aptitud de su conducta para poder evitar la producción de aquel resultado y consecuentemente la lesión de otro bien jurídico. El agente debe tener conocimiento de la idoneidad de su conducta, lo que no significa que tenga un conocimiento de la eficacia de su conducta, pues si así fuera estaría actuando con dolo en relación con el resultado agravante.

embargo, cuando el resultado agravante no sea castigado autónomamente en un tipo legal distinto, se podrá afirmar la existencia de un delito agravado por el resultado, si se justifica el castigo del peligro típico.

3.1.2. Tipo cualificado vs. Delito agravado por el resultado

Los tipos cualificados⁶⁵ se caracterizan por incluir elementos adicionales (respecto a las formas básicas del tipo⁶⁶) relativos a la ilicitud y/o a la culpa que agravan la pena del tipo básico⁶⁷. ¿Qué es entonces lo que los distingue de los delitos agravados por el resultado? Desde luego, podemos decir que en estos últimos no nos resulta suficiente afirmar que suponen una suma de elementos en relación con el tipo básico – por ejemplo, el delito de lesiones agravado por el resultado de muerte (art. 147, n.º 1) no constituye un tipo en el que se verifique solamente una agravación de la pena atendiendo a un elemento adicional (en este caso, ¿sería el resultado agravante?) que se suma al tipo básico. No se puede decir, por ejemplo, que la conducta descrita en aquello que comúnmente se designa como tipo básico sólo incorpora un elemento adicional que da lugar a que se agrave el ilícito y la culpa. El resultado agravante no constituye sólo un elemento más respecto a los otros referidos en el delito de lesiones. Realmente, la conducta del tipo básico de menoscabo de la integridad no integra aquel resultado de muerte, pues de dicha conducta sólo acostumbra a producirse un menoscabo de la integridad física; y este resultado no puede ser entendido como un elemento más que amplía el tipo-base. Es decir, el delito agravado por el resultado incorpora en sí mismo un resultado distinto del que resultaría del delito base (cuando la conducta base integra un tipo legal), no sólo un resultado distinto en cuanto efecto distinto sobre el objeto de la acción sino también un resultado distinto en cuanto “efecto” distinto sobre el objeto de protección; y esto es así porque este resultado (agravante/adicional) es una

⁶⁵ Distinta de los tipos cualificados es la técnica de los ejemplos-patrón – cfr. Teresa SERRA, *Homicidio cualificado – tipo de culpa e medida da pena*, Coimbra: Almedina, 1990, págs. 59-60; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português (as consequências jurídicas do crime)*, Lisboa: Editorial Notícias/Aequitas, 1993, § 265 y s.

⁶⁶ En este sentido, entendiendo que los elementos que cualifican el hecho son verdaderos elementos, tanto si se trata de elementos descriptivos, como si se trata de elementos normativos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal... (As consequências...)*, cit., § 258 s.

⁶⁷ Considero que es clarificadora la denominación que para estos casos presenta Damião DA CUNHA – “delitos de resultado cualificado” (“Tentativa e participação nos crimes preterintencionais”, *RPCC*, 1992, pág. 567) –, evidenciando, así, que se trata de un delito que no es cualificado en función de un resultado, sino de un delito de resultado más grave.

consecuencia de toda una conducta distinta, cuando es analizada globalmente. Ahora bien, si comparamos el delito básico de homicidio con el de homicidio cualificado, o con el de homicidio privilegiado, comprobamos que, en todos los tipos, el resultado sobre el objeto de la acción (cuerpo de una persona) o sobre el objeto de protección (lesión del bien jurídico vida) es el mismo. En ellos lo que se distingue es la culpa del agente. Sin embargo, si comparamos el delito básico de hurto con el hurto cualificado, también se trata de una lesión de un mismo bien jurídico y con idénticos efectos sobre el objeto de la acción, distinguiéndose sólo en relación con la ilicitud de la conducta⁶⁸ – y, en esta medida, pareciendo que se acerca a la estructura de un delito agravado por el resultado, siendo, sin embargo, el bien jurídico el mismo. Ahora bien, en el caso de los delitos agravados por el resultado, la ilicitud y la culpa son agravadas respecto a la ilicitud⁶⁹ y a la culpa que integran el delito correspondiente a la conducta base, cuando ésta es castigada autónomamente, no por ser estos elementos los que producen tal efecto sino porque la propia conducta realizada por el agente es distinta de aquella que integraría el delito base, de modo tal que realmente se ha realizado *otro* tipo⁷⁰. Sucede algo idéntico, por ejemplo, en relación con aquel agente que utilizando un palo golpea a otra persona hasta causarle la muerte. En este caso no decimos que nos encontramos

⁶⁸ Según Faria COSTA, habría otro bien jurídico protegido en el caso previsto en el art. 204, n.º 1, apartado i), en donde se prevé un hurto cualificado en caso de aquel que hurta “dejando a la víctima en una difícil situación económica”. Aquí “lo que está, por consiguiente, en juego no es sólo la protección de un bien jurídico de naturaleza patrimonial sino también la protección del derecho a un legítimo mínimo nivel de bienestar material” (Faria COSTA, *Comentário, cit.*, comentario al art. 204, § 47). Resta saber todavía si aquí estamos ante un delito cualificado o no ya ante un delito agravado por el resultado, en que el resultado agravante sería colocar a la víctima en una difícil situación económica. Y como nada se nos dice en este apartado, bastaría la creación por imprudencia leve de ese resultado. Faria COSTA entiende que es “imposible no defender que el agente, para ser castigado de acuerdo con este apartado, deba haberse representado y haber querido la consecuencia de la conducta que realiza el delito de hurto” (*idem*, § 38), pues, de otra forma, admitir el castigo cuando el agente ni siquiera se representó la posibilidad de que la víctima llegase a quedar en esa difícil situación económica, sin ni siquiera quererlo, sin ni siquiera llegarle a pasar por la cabeza ese efecto de su conducta, “el castigo del agente sería un castigo a título de responsabilidad objetiva” (*ibidem*). En realidad, este razonamiento no hace más que alejar una posible responsabilidad por una consecuencia cuando el agente no actúa, al menos, con imprudencia consciente. Es cierto que la colocación de la víctima en una difícil situación económica no constituye una conducta castigada autónomamente, siendo ésta sin embargo una característica de los delitos agravados por el resultado – la de que el resultado agravante derivado eventualmente de una conducta base no constituye una conducta que, cuando es realizada aisladamente, integra un tipo legal.

⁶⁹ Sobre los “grados de la antijuridicidad material” y el contenido del ilícito, y sobre si a una agravación de la culpa corresponde o no una agravación del ilícito, cfr. KERN, “Grade der Rechtswidrigkeit”, *ZsTW*, 1952, págs. 255 y ss. y 277 y ss.

⁷⁰ Realmente, algo idéntico sucede, por ejemplo, en tipos en los que no se da una grabación de la ilicitud y la culpa, sino una atenuación de la ilicitud y la culpa, de modo que también aquí se construye un tipo nuevo (y no un tipo privilegiado). Es lo que sucede, por ejemplo, en el homicidio a pedido de la víctima, previsto, entre nosotros, en el art. 134, en el que nos encontramos con un tipo privilegiado al comprobarse una disminución tanto del ilícito como de la culpa del agente (igualmente en este sentido, COSTA ANDRADE, *Comentário..., cit.*, I, comentario al art. 134/§ 4).

ante un delito de menoscabo de la integridad física que se ve agravado en función de la producción de un resultado de muerte. Su conducta integra el delito de homicidio, pues la producción de las lesiones corporales tenía como único objetivo causar la muerte de la víctima. Cosa distinta es aquel caso en que el agente que sólo pretende causar unas lesiones graves a la víctima va más allá de los límites de la conducta prevista en ese tipo, provocando la muerte como resultado de la gravedad y/o número de las lesiones que causó. ¿Por qué no estamos también aquí ante un delito cualificado atendiendo a los elementos adicionales en relación con lo que se podría designar como delito fundamental, el de menoscabo de la integridad física? Porque desde luego, aunque el objeto de la acción sea el mismo (el cuerpo de la víctima), el objeto de protección es distinto – en un caso la integridad física y en otro, la vida. O sea, uno de aquellos presupuestos del delito cualificado – el mismo objeto de protección – no se cumple. Entonces, ¿por qué no entendemos el delito de robo como un delito agravado por el resultado? Desde luego porque, analizando el tipo previsto en el art. 210 del CP portugués⁷¹, lo que tenemos es un ilícito agravado en relación con el delito de hurto, atendiendo al modo en que es realizado – “con violencia contra una persona” o con “la amenaza de un peligro inminente para la vida o para la integridad física” (el resultado de peligro para el bien jurídico vida o para el bien jurídico integridad física todavía no se produjo), o colocando a la víctima “en la imposibilidad de resistir”⁷². Es la actuación

⁷¹ Art. 210, n.º 1: “Quien, con la intención de apropiación ilegítima para sí mismo o para otra persona, sustrajese, o coaccionase la entrega de cosa mueble ajena, por medio de violencia contra una persona, amenazando de un peligro inminente para la vida o la integridad física, o poniéndolo en una situación de imposibilidad para resistir, será castigado con prisión de 1 a 8 años.”

⁷² El problema podrá estar en saber cuándo tanto el modo como el medio es utilizado para realizar el delito de robo, constituyendo todavía así una conducta que se integra en el tipo del delito de robo, esto es, cuándo el medio ilícito utilizado todavía se integra en la ilicitud del tipo o, por el contrario, debe ser castigado autónomamente, en el caso de que esté previsto y castigado en otro tipo penal. Es lo que se puede denominar como el ámbito de la “necesidad” del medio utilizado para cometer el delito de robo. El problema fue señalado, aunque en otro contexto – en el momento de comentar un acuerdo del STJ de 2 de octubre de 2003, en que se afirma expresamente que “la privación de libertad de movimientos de cualquier persona sólo puede, pues, ser subsumida en el delito de robo cuando se demuestra absolutamente necesaria y proporcionada para cometer la sustracción con violencia de los bienes muebles de la víctima” (RPCC, 2005, pág. 489) –, por Cristina LÍBANO MONTEIRO: “¿en qué momento se sobrepasa la frontera del delito complejo de robo y se hace necesario invocar otro tipo penal para proteger un bien jurídico que la norma del robo también protege? Responde el Acuerdo: cuando la violencia empleada sea innecesaria y exagerada para la consumación del robo. ¿Y cuándo ocurre eso? El Tribunal Supremo de Justicia dice: cuando se podía robar sin tanta violencia. ¿Medida abstracta? ¿Medida objetiva a partir de un concepto de robo medio? Discrepamos del criterio, muy general” (“Roubo e sequestro em concurso efectivo”, RPCC, 2005, pág. 493). Es decir, la autora no está de acuerdo con el criterio de la falta de necesidad y lo exagerado del medio utilizado para la práctica del delito de robo. El criterio que parece que pretende utilizar es un criterio en el sentido de que el intérprete debe “redoblar la cautela, desconfiar, siempre que se trate de desunir lo que la ley unió, de devolver la eficacia al concurso que el tipo intentó convertir en aparente” (*idem*, pág. 494). No se vislumbra otro criterio. Siendo así las cosas, ¿debemos entender en principio que todos los medios utilizados para la práctica del delito de robo se

a través de estos medios que agravan la ilicitud⁷³, lo que nos podría llevar a concluir que el delito de robo no es más que un delito de hurto cualificado. Sin embargo, no sólo no se protegen únicamente bienes jurídicos patrimoniales, sino que también se pretenden proteger bienes jurídicos personales⁷⁴. Siendo así, podríamos entender el delito de robo

integran en éste, incluso aunque se trate de, por ejemplo, un secuestro superior a 2 días (que incluso en el marco del tipo del delito de secuestro, constituye una conducta más grave castigada con una pena superior – cfr. art. 158, n.º 2), o sólo podemos incluir los casos del tipo básico de secuestro? ¿Qué es aquello que el legislador quiso unir y que el intérprete no debe separar? ¿Dónde termina la “capacidad de encaje”, para utilizar una expresión de la autora, del delito de robo? La autora desconoce hasta dónde llegaría el secuestro, en cuanto medio necesario para cometer el delito de robo – tal vez viendo el tipo del delito de secuestro podamos decir que sólo puede integrarse como medio necesario para realizar el delito de robo aquella conducta que, si realizada autónomamente, se incluiría solamente en el n.º 1 del art. 158. Y Cristina LÍBANO MONTEIRO acaba por concluir que el marco penal del delito de robo por “ser ya, de algún modo, un marco de concurso, ofrece una amplitud suficiente no sólo en relación con los bienes jurídicos afectados (pienso ahora, sobre todo, en los personales, que pueden variar), sino también entre lesiones más o menos profundas o extensas de cada uno de ellos” (*idem*, pág. 496). Incluso tratándose de un marco del concurso, tenemos dudas de que abarque tanto los casos en que el concurso sea entre tipos fundamentales, como los casos en los que en el concurso uno de los casos integraría, de ser castigado autónomamente, un tipo cualificado (en el mismo sentido de que no se encuadran en el marco del delito de robo aquellos casos en que la privación de libertad va más allá de la “medida naturalmente asociada a la realización del delito-fin” y, por tanto, que estaremos ante un concurso efectivo, Taipa DE CARVALHO, *Comentário...*, I, comentario al art. 158.º, § 35; también en la doctrina alemana, cfr., por todos, y las referencias citadas en el mismo, S/S/Eser, *StGB*, 26.ª ed., § 249, nm. 13, entendiendo que, cuando aquella medida es sobrepasada, estamos ante un concurso ideal). Todo estará en saber cuándo el sentido global del ilícito es alterado de modo que aquello ya no constituya un simple medio, transformando una conducta con un único sentido de desvalor en una conducta con diversos sentidos de desvalor.

⁷³ Coincidiendo con esto, Conceição CUNHA afirma: “destáquese, sin embargo, que la lesión a los bienes jurídicos personales surge como medio para lesionar los bienes patrimoniales” (*Comentário...*, II, comentario al art. 210.º, § 3; cfr. también LEAL-HENRIQUES/SIMAS SANTOS, *Código Penal Anotado*, págs. 494 y ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, *Strafgesetzbuch (Kommentar)*, Munich: Verlag C. H. Beck, 2001, § 249, nm. 1; en el mismo sentido, señalando que el delito de robo lesiona bienes patrimoniales y bienes personales, cfr. Cristina LÍBANO MONTEIRO, “Roubo e sequestro em concurso efectivo? Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Outubro de 2003”, *RPCC*, 2005, págs. 477 y ss.; la autora afirma que el delito de robo constituye un tipo legal que deriva de un concurso efectivo unificado por el legislador, en que el elemento constante sería el del hurto combinado ora con la coacción, ora con la amenaza, ora con las ofensas a la libertad, a la integridad física o a la vida).

⁷⁴ En este sentido, Conceição CUNHA, *Comentário...*, II, comentario al art. 210.º, § 3. No sólo son los bienes jurídicos de “libertad individual de decisión y de acción” y la “propia libertad de movimientos” (*ob. cit.*, comentario al art. 210.º, § 3 y ss., y en particular § 7), sino también el bien jurídico integridad física, siendo cierto que en este caso únicamente integra el tipo previsto en el art. 210, n.º 1, en el caso de que se trate sólo de una lesión del tipo básico; en el caso de una lesión grave, ya se trata de un delito agravado por el resultado, previsto en el art. 210, n.º 2, apartado a), 2.ª parte. Sin embargo, para Conceição CUNHA, el elemento “coacción” es el elemento decisivo para distinguir el delito de hurto del delito de robo – “Digamos, en conclusión, que el delito de robo implica *coacción* [constreñir a la entrega de “soportar la sustracción” (...)], no requiriendo tal situación el hurto cualificado. (...) su autonomía provendrá precisamente, a nuestro parecer, de la existencia de la coacción como medio de lesión de los bienes patrimoniales” (*Comentário...*, *cit.*, art. 210.º, § 8). Con esto, Conceição CUNHA pretende superar la dificultad que se le presentaba al intentar decir que la distinción entre el robo y el hurto cualificado derivaría de un elemento personal, que nunca estaría presente en el delito de hurto, pero que no puede sostener al comprobar que Faria COSTA veía en la previsión del art. 204, n.º 1, apartado i), una protección de un bien personal. Tal vez la dificultad no se mantendría si nos acercásemos al art. 204, n.º 1, apartado i), no como un “simple” delito de hurto cualificado, sino como un delito agravado por el resultado, como pretendemos decir *supra*. Sin embargo, incluso esto no sería suficiente para que Conceição CUNHA abandonase la idea de que también en el robo se protege un bien personal, toda vez que acaba por admitir que la conducta debe ser una conducta de sustracción por medio de coacción a la víctima, en el sentido de “obligar”, de “presionar”, afectando a un bien personal de la víctima, la libertad

como un delito de hurto agravado por un resultado agravante de lesión de la integridad física o psíquica, de puesta en peligro de la vida o la integridad física a través de la amenaza⁷⁵. Sin embargo, lo que pasa aquí, al contrario de lo que sucede en los delitos agravados por el resultado, es que no tenemos una conducta de la cual se deriven dos resultados, en cuanto dos consecuencias distintas sobre el *mismo* objeto de la acción; lo que tenemos es la utilización de medios (que integran conductas lesivas de bienes jurídicos) para la realización de una conducta de obtención ilícita de una cosa ajena, siendo éste el sentido dominante del desvalor jurídico-social de la conducta. No es lo que ocurre en relación con el delito de lesión agravado por el resultado de muerte, en que para menoscabar la integridad física no es necesario matar; sin embargo, para robar es necesario causar lesiones leves. Es decir, en relación con el delito agravado por el resultado tenemos una conducta de la cual derivan dos resultados y uno de ellos es la materialización de un peligro típico vinculado a aquella conducta (siendo éste el sentido dominante del desvalor jurídico-social de la conducta); en el delito de robo, lo que tenemos es la utilización de un medio (que es subsumible de forma autónoma en otro tipo penal) para cometer otro delito⁷⁶. No podemos decir lo mismo en relación con lo

del coaccionado, en cuanto libertad de acción y/o decisión, o libertad de movimientos (cfr. *Comentário..., cit.*, comentario al art. 210.º, § 21 y 34: “así, para que se realice el tipo penal (...) es necesario todavía que haya habido una efectiva coacción (también supone esto un resultado y un daño – en este caso para bienes personales)”. Por todo esto, termina concluyendo que el delito de hurto se subsume en el delito de robo (*idem*, § 53).

⁷⁵ A lo que, por otra parte, será fácil de llegar cuando seguimos el razonamiento de Conceição CUNHA cuando se refiere al problema de la producción del tipo básico de lesiones [dado que cuando se trata de lesiones graves, estamos claramente ante un robo agravado, en los términos del art. 210, n.º 2, apartado a)].

⁷⁶ ¿El no incluir las lesiones leves en el ámbito del delito de robo daría lugar a que se castigase al autor de un delito de robo del tipo básico por un concurso entre éste y del delito básico de lesiones? Tratándose en ambos casos de una actuación dolosa, no cabe duda de que se integran en el ámbito del art. 201, n.º 1 (así, Conceição CUNHA, *Comentário..., cit.*, II, comentario al art. 210.º, 63). Sin embargo, el problema sería más complicado en el caso de que aquella lesión ya no fuese una lesión dolosa, sino imprudente, supuesto en que Conceição CUNHA también entiende que se debe integrar en el art. 210, aunque nada nos indique el tipo. Pero, teniendo en cuenta que una conducta imprudente sólo es castigada cuando expresamente el legislador así lo prevé, no vemos cómo se puede defender esta posición, a menos que se diga que el delito de robo no es más que un delito de hurto agravado por el resultado de menoscabo de la integridad física, en cuyo caso se podría seguir la regla del art. 18, castigando también el resultado agravante producido imprudentemente. Sin embargo, rechazamos esta posibilidad. Así, resta todavía por saber cómo se castiga el delito de “robo” cuando las lesiones, cuando la violencia que se emplea y que acaba menoscabando la integridad física no es realizada dolosamente. ¿Pretendió el legislador encuadrarla aquí? ¿O se trata solamente de un delito de hurto en concurso (ideal) con un delito de menoscabo de la integridad física? ¿Será quizás que se intentó abarcar en el tipo de robo el uso doloso de la violencia con la creación imprudente de una lesión física? (es así como Conceição CUNHA nos presenta el problema, intentando separar la violencia, realizada dolosamente como parece exigir el tipo, de la producción imprudente de las lesiones; siendo consciente de que la posibilidad de diferenciación de estos dos aspectos plantea ciertas dudas – *ob. y loc. cit.*). No nos parece que la actuación con violencia realizada dolosamente pueda integrar la lesión de la integridad física imprudente. Si el agente no realizó dolosamente la conducta de menoscabo de la integridad física, no realizó la conducta violenta

previsto en el art. 210, n.º 2, apartado a) y en el n.º 3⁷⁷ – nos parece que, en el primer caso, tenemos un delito agravado por el resultado de peligro para la vida⁷⁸ y un delito agravado por el resultado de menoscabo grave de la integridad física⁷⁹ (ya no se puede decir que la lesión grave se constituye en un medio necesario para robar; pero, cuando el agente fue más allá de la mera realización de unas lesiones leves pasó a realizar una conducta peligrosa para otros bienes jurídicos, basándose la agravación de la ilicitud y

dolosamente y, por tanto, no realizó el delito de robo, sino un delito de hurto, si efectivamente sustrajo alguna cosa, y un delito de menoscabo de la integridad física por imprudencia, en los términos del art. 148.

⁷⁷ “2. La pena es de prisión de 3 a 15 años si: a) Los agentes producen peligro para la vida de la víctima o infligen, al menos por imprudencia, una lesión grave, (...). 3. Si del hecho resulta la muerte de otra persona, el autor será castigado con pena de prisión de 8 a 16 años”.

⁷⁸ Con base en un concepto restringido de resultado, concluiríamos que no estamos ante un delito agravado por el resultado, tal y como hace Conceição CUNHA: “En relación con el elemento subjetivo, el peligro para la vida tendrá que ser causado dolosamente. Y es que no siendo este un “resultado” y, por tanto, no siendo abarcado por el art. 18, se tendrán que seguir las reglas generales, o sea, atender al principio de tipificación expresa de los delitos imprudentes” (*Comentário..., cit.*, comentario al art. 210, § 77). Así, entiende que cuando el peligro para la vida deriva de una lesión grave de la integridad física, esta previsión sería innecesaria, toda vez que, aunque estas hubiesen sido realizadas imprudentemente, el agente será castigado por este delito agravado por el resultado (*ob. cit.*, comentario al art. 210.º, § 79). Sin embargo, dado que aquel peligro puede derivar de otra conducta (la conducta de abandono de la víctima, por ejemplo), ya se justifica aquella autonomía en los casos en que el peligro para la vida pueda ser imputado dolosamente (y ya no imprudentemente, dado que no está previsto y el autor no integra el caso en el ámbito de los delitos agravados por el resultado; por lo que los casos de realización de un delito de robo con producción imprudente del peligro para la vida quedarían fuera de esta previsión – *Comentário..., cit.*, comentario al art. 210.º, § 82; admitiendo igualmente que en estos casos, en que el resultado de peligro pueda ser imputado a título de dolo, se pueda dar una situación en que el robo quede en grado de tentativa, aun produciéndose el resultado agravante – *idem*, § 84).

⁷⁹ Conceição CUNHA no restringe el ámbito del art. 210, n.º 2, apartado a) (2.ª parte) únicamente a las lesiones imprudentes (como habría de entenderse si sólo incluyésemos en el ámbito del art. 18 del CP los llamados delitos preterintencionales, como hace Damiano DA CUNHA, “*Tentativa e participação...*”, *cit.*, págs. 576 y ss.), supuesto en que, ante un delito de robo (básico) con lesiones graves, el agente sería castigado por un concurso de delitos, circunscribiendo, pues, el ámbito de aquel dispositivo. Sin embargo, Conceição CUNHA acaba por concluir que “atendiendo al propio tenor literal del precepto, así como a su historia, nos inclinamos por defender la interpretación más extensiva – el precepto abarca tanto las lesiones causadas por imprudencia (leve o grave) tanto las causadas dolosamente” (*Comentário..., cit.*, II, comentario al art. 210.º, § 70 y ss.). ¿Estamos realmente aquí ante un caso en que entre la conducta base y el resultado agravante no existe una progresión delictiva? Digamos que entre la conducta de menoscabo de la integridad física y el resultado agravante de muerte hay una progresión delictiva (cfr. *infra*), de forma tal que cuando hay dolo en relación con este resultado agravante el agente debería ser castigado sólo por homicidio doloso. ¿En este caso de robo, con lesiones graves realizadas dolosamente, ocurre lo mismo? ¿El agente sólo debe ser castigado por el delito grave contra la integridad física? Creemos que no, pues aquella idea de la realización dolosa de la conducta que menoscaba la integridad física no incluye la conducta que subyace en el tipo de robo. Lo que ocurre es que la lesión no es simplemente una lesión leve, sino más grave que la conducta que integra el tipo, aunque este resultado agravante constituya una consecuencia de un peligro típico inherente al acto de sustracción con violencia de una cosa, por lo que entendemos que castigar simplemente por concurso no abarcaría el desvalor de acción y el desvalor de resultado inherente a la conducta, no abarcaría el castigo del peligro típico inherente a la conducta base. No se trata, pues, de un caso de concurso ideal (tal como defienden MAURACH y ZIPF – *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband I (Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat)*, Heidelberg: C.F. Müller Juristischen Verlag, 1992, § 35, nm. 20) sólo porque el castigo (de este concurso), sea por el sistema que sea, no abarque el desvalor inherente al acto global. En realidad, lo que ocurre es que entre el delito de robo y el resultado de menoscabo grave de la integridad física se da un relación de continuidad creciente entre los elementos estructurales del hecho típico, como es propio de un delito agravado por el resultado – cfr. *infra*.

de la culpa en la creación de este peligro típico) y, en el segundo caso, un delito agravado por el resultado de muerte.

Un punto básico en esta cuestión es saber por qué razón las lesiones que suponen la amputación de un miembro corporal, por ejemplo, no constituyen un delito agravado por el resultado. Respecto al tipo básico, tenemos una cualificación que parece se trata como una cualificación en función del resultado.

Es más, los delitos graves, como el delito de grave menoscabo de la integridad física, constituyen un delito cualificado en función de una circunstancia que, sin embargo, no sólo tiene importancia en relación con la determinación de la pena sino que verdaderamente constituye un elemento que altera la propia ilicitud de la conducta. Así, por lo que respecta a la cualificación del resultado, entre el delito agravado por el resultado y los delitos “graves” existe una estrecha relación⁸⁰. Realmente, la caracterización correcta de los delitos agravados por el resultado pasa por comprender el resultado agravante como un elemento del tipo, en cuanto indicador de una mayor gravedad del ilícito, y no por una comprensión de aquél como un elemento que simplemente tiene importancia en relación con la determinación de la pena.

Así, los tipos cualificados son diferentes de los delitos agravados por el resultado porque integran elementos adicionales con respecto al tipo básico en relación con la ilicitud y/o la culpa, que agravan la pena en función de la producción de otro resultado material más grave, aunque lesionándose el mismo bien jurídico (cuando se contraponen el tipo básico al tipo cualificado). Mientras que el delito agravado por el resultado incorpora un resultado distinto (bien un resultado material, bien un resultado en función del bien jurídico protegido), dado que, más allá de una ilicitud intensificada, se trata de una ilicitud distinta de la subyacente en el tipo, eventualmente ya completado con la conducta base.

⁸⁰ Paula RIBEIRO FARIA empieza por considerar que el delito previsto en el art. 144 surge “en términos amplios, como un delito cualificado por el resultado, que presenta, precisamente por el resultado a que conduce, una ilicitud más grave de la que corresponde o subyace al tipo de ilícito fundamental (*Comentário...*, I, comentario al art. 144.º/§ 1), siendo cierto, sin embargo, que no extrae las debidas consecuencias en sede del tipo objetivo, pues si entendiéndose que debía ser aplicado el régimen del art. 18, debería haber concluido que bastaba la imprudencia, pero exige el dolo a nivel del tipo subjetivo, debiendo este dolo abarcar “no sólo el delito fundamental, como las consecuencias que lo cualifican” (*Comentário...*, I, comentario al art. 144.º/§ 26).

3.2. La efectiva lesión del bien jurídico ya tutelado anticipadamente

Entendiendo que el delito de negación de asistencia médica no constituye un delito de peligro común, las dificultades que se podrían plantear en relación con el correspondiente delito agravado por el resultado todavía subsisten⁸¹.

También TERESA QUINTELA DE BRITO duda de la verdadera naturaleza del delito agravado por el resultado cuando se trata de una denegación de asistencia por parte del médico con un resultado de muerte o de grave menoscabo de la integridad física (art. 285 del CP), aunque por motivos distintos. Según la autora, tratándose de un delito de peligro común, la agravación de la pena no puede variar en función del bien jurídico *efectivamente* lesionado⁸², o sea, también la agravación por el resultado prevista en el art. 285 constituye un delito de peligro común en que es indiferente cuál sea el sujeto “concretamente” afectado, dado que también aquí él únicamente es un simple miembro de una colectividad o grupo⁸³. Y así llega a la conclusión de que el artículo 285, por lo menos en lo que se refiere a la negación de asistencia médica, no constituye una agravación por el resultado sino una cualificación de la negación del médico justificada por la peligrosidad de la conducta omisiva y el “daño sólo sirve para comprobar la especial peligrosidad”⁸⁴. Y de esta forma excluye el resultado del ámbito del ilícito, afirmando que el resultado de “lesión de uno de esos bienes jurídicos individuales (vida o integridad física) constituye un resultado no imputable individualmente al agente en el ámbito de los arts. 284 y 285”⁸⁵. Sabiendo que el resultado en el delito agravado por el

⁸¹ En el mismo sentido, considerando que las eventuales dificultades en materia de imputación del resultado a la conducta parecen más fáciles de resolver, Damião DA CUNHA, comentario al art. 285.º/§ 16, *Comentário...*, cit., II.

⁸² Esto para justificar el hecho de que el marco penal es el mismo, tanto para el caso de que el resultado agravante sea la muerte como para el caso de que sea un menoscabo de la integridad física de otra persona – cfr. art. 285.

⁸³ Teresa QUINTELA DE BRITO, “Recusa de médico...”, cit., pág. 139 – “por tanto, la agravación de la pena por el resultado no puede variar en función del tipo de bien jurídico personal efectivamente lesionado. Con otras palabras: el art. 284 no protege al sujeto concretamente ‘afectado’ por la no prestación de cuidados médicos, como individuo titular de determinados bienes personales, sino sólo como miembro de una colectividad, de un grupo (el de personas necesitadas de auxilio médico) – grupo expuesto a la peligrosidad intrínseca de la conducta incriminada”.

⁸⁴ Teresa QUINTELA DE BRITO, “Recusa de médico...”, cit., pág. 139.

⁸⁵ Teresa QUINTELA DE BRITO, “Recusa de médico...”, cit., págs. 140-1. Para Teresa QUINTELA DE BRITO, el delito de denegación de asistencia médica no busca castigar al médico por la conducta omisiva que constituya un peligro para bienes jurídicos individuales de una persona determinada; si así fuese no sería necesario este tipo, y el médico podría ser castigado por lo dispuesto en el art. 200 del CP (omisión de socorro). Sin embargo, entendemos que el castigo del médico por el art. 200 no permitiría integrar la totalidad de la ilicitud inherente a la conducta omisiva, que es distinta cuando se trata de un médico o de otra persona. En el mismo sentido, María DA CONCEIÇÃO CUNHA– “el delito de negación de

resultado debe ser, por lo menos, imputado a título de imprudencia, con base en el art. 18, no podía concluir otra cosa más que decir que el art. 285 no prevé un delito negación de asistencia médica agravado por el resultado. Lo cierto es que el delito de negación de asistencia médica que provoca la muerte de la víctima tiene una pena aumentada. Y todo parece indicar que éste constituye el motivo de la agravación de la pena, sabiendo que el resultado que integra el tipo de un delito agravado por el resultado es el resultado en cuanto consecuencia sobre el objeto de la acción derivado de una conducta, y no el resultado en cuanto puesta en peligro de un bien jurídico. Como vimos, el delito agravado por el resultado en cuanto al bien jurídico protegido, se caracteriza como un delito de peligro abstracto-concreto, siendo un delito de aptitud confirmada en cuanto a la conducta, lo que tendrá como consecuencia el hecho de entender que, por ejemplo, en los delitos agravados por el resultado previstos en el art. 285 de nuestro CP, los bienes jurídicos que se pretenden proteger son los bienes jurídicos de la vida y de la integridad física (en este último caso no cualquier lesión, sino sólo las lesiones graves de este bien jurídico)⁸⁶. En la base de esta comprensión

asistencia por parte del médico traduce una «agravación *especial* de la violación del deber general de socorro»; y, a pesar de aceptar que pueda ser una opción discutible, la de la autonomización del tipo, que no ocurre en otros sistemas jurídicos, afirma: “pero tendrá a su favor la idea (algo polémica) de que el médico, incluso sin encontrarse en una posición «de garante», deberá tener una conciencia «más exigente» y un más elevado sentimiento de solidaridad, así como (por regla general) mayor preparación (hasta psicológica) para socorrer” (“Algumas considerações...”, cit., págs. 849-850, cursiva nuestra).

⁸⁶ Por cierto, Teresa QUINTELA DE BRITO no se encuentra lejos de esta opinión cuando afirma que los tipos previstos en los arts. 284 y 285 no son ni delitos de peligro concreto ni delitos de daño, de lesión de bienes jurídicos individuales, sino delitos de peligro común “eventualmente cualificado *in casu* por razón de su comprobada aptitud, ex post confirmada, para conducir a la muerte o a un menoscabo substancial de la integridad física” (Teresa QUINTELA DE BRITO, “Recusa de médico...”, cit., pág. 141). Si así fuese, únicamente no entenderíamos cómo otorgando tal importancia a la confirmación de aquella aptitud es posible afirmar que el resultado agravante no integra el ilícito – “la muerte o el grave menoscabo de la integridad física de otro es «una realidad normativamente extraña al proceso de imputación individual del ilícito» y, por tanto, «un elemento que no puede ser integrado en ella» como evento típico” (Teresa QUINTELA DE BRITO, “Recusa de médico...”, cit., pág. 141) – haciendo así que aquel resultado sea una simple condición objetiva de punibilidad. Ésta es así entendida según la tipificación presentada por Jescheck (Sobre esta clasificación ver también mi *Agravação pelo resultado?*, pág. 457), como una condición objetiva de punibilidad impropia cuya característica reside en el hecho de que su producción en nada aumenta el contenido del ilícito típico, lo que, en nuestra opinión, no es verdad, dado que la simple producción de un resultado de muerte o de un grave menoscabo de la integridad física es el fundamento para la agravación de la pena; de otra forma bastaba la construcción de un tipo de peligro concreto. Es cierto que el tipo previsto en el art. 285 no hace una distinción en el marco de la pena según ocurra uno u otro resultado agravante. Más allá de esto, no entendemos que el resultado en aquello que sería un posible delito agravado por el resultado, funcione como condición objetiva de punibilidad limitadora del ámbito de negación de asistencia médica agravada punible (Teresa QUINTELA DE BRITO, “Recusa de médico...”, cit., pág. 141). ¿Quiere esto decir que la conducta, como es peligrosa, todavía podría ser castigada si se produjese otro resultado (no la muerte o la lesión grave)? Entonces, en ese sentido, todos los resultados exigidos por el tipo, máxime el resultado de muerte, son limitadores de la responsabilidad, dado que la conducta que subyace al delito de homicidio también podría haber producido otro resultado distinto de la muerte. Realmente, pensamos que el resultado agravante en los delitos agravados por el resultado constituye una acreditación de un peligro inherente a la conducta base que lo

está, pues, la aceptación de que existe un fundamento para la tipificación de la conducta como ilícita con base en la existencia de un deber de auxilio por parte del médico, atendiendo a sus especiales conocimientos⁸⁷.

Sin embargo, el problema es otro. El problema reside en aquello que justifica la creación de un delito agravado por el resultado y su configuración autónoma respecto de los casos que se encuentran bajo las reglas del concurso – la ilicitud intensificada subyacente a la conducta base, por constituir ésta una fuente de peligro para *otro bien jurídico* distinto del protegido a través del tipo que autónomamente sea realizado por aquella conducta⁸⁸. Ahora bien, el delito de negación de asistencia médica protege el

originó – en sentido idéntico, aunque en otro contexto, cfr. Frederico DA COSTA PINTO, “Ilícito e punibilidade no crime de participação em rixa”, *Liber Discipulorum...*, cit., págs. 896-897.

⁸⁷ Sin embargo, esto mismo fue puesto en duda por Teresa QUINTELA DE BRITO antes incluso de plantear esta forma de entender el delito de negación de asistencia médica como un delito de peligro común. La autora había considerado que, no existiendo un deber de evitar el resultado, tampoco tendría cabida el delito agravado por el resultado correspondiente. Y a partir de aquí afirma: “la agravación de la responsabilidad del médico (que negó la asistencia profesional), en virtud de la producción de una muerte o lesión corporal grave, sólo puede cimentarse en un previo deber de impedir la producción de esos resultados. Por tanto, también el autor del delito previsto en los arts. 284 y 285 del DL n.º 48/95 [actual CP] es un garante” (*A Tentativa...*, cit., págs. 65-6, nota 72). También entiende que son razones de Política Criminal las que están en la base de la exigencia de un deber especial de evitar el resultado – cfr. André LEITE, *As «Posições de Garantia» na Omissão Impura...*, cit., pág. 74.

⁸⁸ Si entendiésemos el delito negación de asistencia médica como un delito de peligro común, las dificultades se mantendrían respecto a cómo entender lo dispuesto en el art. 285 (en lo que respecta a la negativa del médico) como un posible delito agravado por el resultado. Constituyendo la persona/víctima un mero representante de la comunidad, el delito de peligro común crea un peligro para una persona concreta (también en este sentido, Damião DA CUNHA, comentario al art. 285.º/12, *Comentário...*, cit., II), es decir, el tipo legal de “delito agravado por el resultado” estaría protegiendo un bien jurídico materializado en una persona determinada. Es claro que, siendo un delito de peligro común, las personas puestas en peligro pueden ser varias, sin embargo esto no impide que se pueda identificar en cuál de ellas aquel peligro terminó concretándose en un resultado material, en cuanto consecuencia sobre el objeto de la acción diferenciable de la conducta (activa u omisiva) en sí. Como afirma Damião DA CUNHA, “el peligro concreto creado por la conducta tiene que concretarse en una persona que se encuentra dentro del círculo de personas que fueron expuestas al concreto peligro creado por el agente” (comentario al art. 285.º/12, cit., *Comentário...*, cit., II). Sin embargo, dudo mucho que podamos decir que los delitos de peligro común tal y como están previstos en nuestro CP (donde la mayor parte son delitos de peligro concreto contra la vida o contra la integridad física) con resultado de muerte constituyan verdaderos delitos agravados por el resultado. Teniendo en cuenta que los casos incluidos en esta clasificación recogida en nuestro CP constituyen delitos de peligro concreto para la vida, y que el “resultado agravante” no es más que la lesión efectiva del *mismo* bien jurídico, considerando que el delito agravado por el resultado es caracterizado por el hecho de que la conducta base lesiona o pone en peligro de lesión un concreto bien jurídico, y al mismo tiempo constituye una conducta que integra un peligro típico para otros bienes jurídicos, nos encontramos con una gran dificultad para incluirlos en la categoría de los delitos agravados por el resultado. Nos parece que los casos de delitos de peligro común con resultado de muerte, tal y como están previstos, son verdaderos delitos cualificados dado que el bien jurídico protegido es el mismo, pues el bien jurídico que está protegido por lo que podríamos designar “delito base” es exactamente el mismo que se pretende proteger con la efectiva producción del “resultado agravante”, que constituye la efectiva lesión del bien jurídico, tutelado previamente de forma anticipada con el castigo de la conducta que sólo creó un peligro concreto de lesión de aquél. No se puede decir que en estos casos el “resultado agravante” constituya la materialización de un peligro típico y normal de la conducta base en relación con el *otro* bien jurídico, distinto del castigado por el tipo que tipificó aquella conducta base, por lo que la ilicitud intensificada característica del delito agravado por el resultado parece no existir, y con

bien jurídico vida o integridad física⁸⁹ todavía en una fase previa, antes de su efectiva lesión. Y aquello que es castigado por el art. 285 es la efectiva lesión del *mismo* bien jurídico – vida o integridad física. Aquí no se encuentra la estructura típica de un delito agravado por el resultado, de una conducta base castigada por un tipo a la cual se asocia un peligro típico de lesión de *otro* bien jurídico⁹⁰. La estructura del tipo se parece más a un tipo cualificado como un delito de resultado cualificado, que a un delito *agravado* por un resultado. En esta medida estamos de acuerdo con TERESA QUINTELA DE BRITO cuando duda de la verdadera naturaleza del delito agravado por el resultado.

esto desaparece la justificación para defender un tipo de ilícito específico y tipo de culpa de este delito complejo. Sin embargo, como afirmé, no entiendo el delito de negación de asistencia médica como un delito de peligro común y, en esa medida, los problemas son otros.

⁸⁹ En este sentido, Taipa DE CARVALHO, comentario al art. 284.º/§ 4, *Comentário...*, II.

⁹⁰ Aunque no llega a esta conclusión, Augusto SILVA DIAS se aproxima cuando afirma que la lesión subyacente a lo previsto en el art. 285, constituye una prolongación del peligro inherente al delito base “no aumentando o alterando en nada su naturaleza” – “Entre comes e bebes...”, cit., pág. 551.

PENA DE PRISIÓN VERSUS ALTERNATIVAS: UNA DIFÍCIL CONVERGENCIA

Lorenzo Morillas Cueva
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Granada

Resumen: El autor analiza la expansiva utilización de la pena de prisión en el Derecho penal español en referencia comparativa con otras legislaciones y normas de carácter internacional. Sobre la valoración de su uso y su comprensión como *ultima ratio* de la *última ratio* que es el Derecho penal como parte del ordenamiento jurídico relaciona y reclama asimismo la presencia de alternativas y sustitutivos penales a dicha pena de prisión, desde la perspectiva de una difícil pero posible y necesaria convergencia.

Palabras clave: pena; pena de prisión; alternativas; sustitutivos; suspensión de pena; libertad condicional.

Abstract: The expansive use of the prison in the Spanish Criminal Law is analyzed by the author with reference to other legislations and international norms. According to its use and understanding as a last resort of the Law, which the Criminal Law is, requires alternatives and substitutes for the prison penalty from the perspective of a difficult but possible and necessary convergence.

Keywords: Penalty; prison penalty; alternatives; substitutes; suspension of penalty; parole.

Sumario: I. Cuestiones preliminares. II. Expansionismo del Derecho penal, crecimiento de la pena de prisión. III. Previsiones alternativas. IV. Sustitutivos específicos de la ejecución de la pena de prisión en el Derecho penal español. V. Reflexiones finales.

I. Cuestiones preliminares

La histórica y continuada presencia de la pena de prisión en nuestra realidad social es una evidencia imposible de negar. Ciertamente ha pasado por distintas situaciones en cuanto a la intensidad de su utilización, efectos y alcance, en demasiadas ocasiones y lugares con carácter perpetuo y en compañía de la pena de muerte, a ambas desde estas líneas introductorias quiero ya mostrar mi rechazo como respuestas penales válidas y enfrentadas a la idea de un Derecho penal preventivo, garantista y humanitario que profeso. Dicho lo anterior hay que añadir también la percepción por determinados sectores, esencialmente de la doctrina científica, de su permanente, mejor en una valoración más exacta aparente, crisis. Ya en su momento IHERING señaló que la historia de la prisión es la historia de su abolición y MAPELLI CAFFARENA, aún negando la mayor, precisa la tendencia, en una posición más cautelosa pero posiblemente más realista, no hacia su desaparición sino a una evolución dirigida a recortar los tiempos máximos y mínimos de estancia real en prisión desde la afirmación de que “ni la prisión perpetua ni las penas de larga duración pueden tener cabida en un sistema penitenciario orientado hacia la resocialización, que aspira ante todo a crear unas expectativas para una futura incorporación pacífica del penado en sociedad”¹. Loable propuesta, asentada en la proclamación contenida en el artículo 25.2, pero cada vez más oscurecida por los planteamientos expansionistas de nuestros legisladores y el abusivo uso que se hace de dicha pena.

Lo dicho anteriormente no impide los movimientos, cada vez más numerosos, que buscan otras formas alternativas o maneras diferentes de ejecución de la pena de prisión. La situación de la pena privativa de libertad, esencialmente en su manifestación más frecuente de prisión de corta y media duración, interpretadas éstas con criterios amplios en cuanto a su extensión, y la absoluta necesidad de ser estimada como *ultima ratio de la ultima ratio* que es el Derecho penal en sí mismo, supone que su consideración en los Textos punitivos y su aplicación concreta como el medio más duro de control social de los ciudadanos, al menos en la vigencia legislativa actual en España, excluida constitucionalmente la pena de muerte, significa que, a lo más, se ha de

¹ MAPELLI CAFFARENA, Borja. “Las consecuencias jurídicas del delito”. 5ª ed., Navarra, 2011, pág. 81. En parecidos sentido: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. 4ª ed., Navarra, 2010, pág. 710.

plantear como un mecanismo represivo pero, al mismo tiempo, esencialmente preventivo, aplicable únicamente en aquellos supuestos en los que realmente no existen otras vías para proteger a la sociedad y a sus ciudadanos de los ataques más intensos a los bienes jurídicos, a su vez, más esenciales para el mantenimiento de la convivencia y de los postulados fundamentales que marcan y limitan constitucionalmente la intervención punitiva en los Estados sociales y democráticos de Derecho. Necesidad pero prudencia.

Quiero decir con ello que, a pesar de mis reparos, en esta situación y con tales parámetros la pena de prisión se muestra como un mal necesario – se le ha comparado por un sector de la doctrina, no sin falta de razón, como un enfermo terminal con salud de hierro²- en cualquier sociedad como forma de actuación para prevenir conductas criminales sobre las premisas de la amenaza de la pena y, caso de realizarse la conducta típica, su imposición. No obstante, en lo que, en principio, puede parecer una incongruencia, que no lo es, muchas legislaciones actuales se afanan -en la mayoría de los casos bien es cierto que no sobre una profunda convicción del legislador que sigue apostando, a veces con cierto empecinamiento, por el mantenimiento e incluso aumento de las penas de prisión, en un continuo expansionismo del propio Derecho punitivo, no sólo en la elaboración de nuevos tipos sino también en el incremento de la duración de las penas privativas de libertad- en buscar alternativas, más o menos válidas, a la excesiva aplicación de la prisión como respuesta. Como dice MAPELLI CAFFARENA en el Derecho comparado, también en el español, desde hace décadas se buscan fórmulas para evitar el ingreso en prisión, sobre todo para estancias cortas³.

Referencial en tal sentido son la Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio) adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990 (en adelante Reglas de Tokio) en las que se proclaman como objetivos fundamentales los siguientes: a) contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión -opción descriptiva donde se diseña la idea de utilización de medidas distintas a las privativas de libertad junto a un desarrollo garantista en relación

² Vid., por todos: BENITO DURÁ, Mauricio. *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica. Análisis a partir de la situación de la criminalidad y de las políticas criminológicas*. Valencia, 2009, pág. 254.

³ MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias...* cit., pág. 86.

al individuo-; b) tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad -intento de combinar dos premisas básicas en el desarrollo de la respuesta penal: integración social con responsabilidad de los sujetos que cometen delitos en su relación con la sociedad-; c) aplicación teniendo en cuenta las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales de cada país, así como los propósitos y objetivos de su sistema de justicia penal -respeto a la soberanía de cada país, pero sobre las bases anteriormente fijadas-; d) los Estados Miembros se esforzarán por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito -trilogía a conseguir esencial para mantener el equilibrio entre las tres partes intervinientes en un conflicto punitivo-; e) los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente -parámetros esenciales que resumen con precisión la tendencia y objetivos claves de Naciones Unidas al respecto-.

De todo lo anterior y fundamentalmente del último de los objetivos pergeñados cabe destacar a manera de conclusión inicial las pretensiones de Naciones Unidas de gran interés porque señalan el camino a seguir para cualquier política criminal respetuosa con los principios básicos que han de marcar los fines de la pena en general y de las alternativas a la de prisión en particular: respeto a los derechos esenciales de los penados a los que se les aplique una pena alternativa; participación de la sociedad en la realización de la justicia penal para de esta forma incrementar su comprensión por semejantes opciones; combinación de la dicotomía, a veces difícil de conseguir y comprender, entre seguridad y prevención de delito con formas más imaginativas y adecuadas que la pena de prisión, lo que conduce a una conveniente y necesaria ponderación entre derechos de los penados o imputados, víctimas e intereses sociales; políticas de justicia penal más adecuadas, reducción de la aplicación de la pena de prisión, sobre el fundamento innegociable de los requerimientos provenientes de la consideración a los derechos humanos, las demandas de justicia social y los objetivos

resocializadores en relación al condenado, proclamados constitucionalmente, al menos en el caso español, como prioritarios en relación a los fines de la pena⁴.

El sistema europeo, está basado, entre otras, en las Resoluciones de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, el Comité Europeo en Problemas Criminales, en Decisiones Marco del Consejo de la Unión Europea, tales como Decisión Marco 2005/214/JAI, 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, Decisión Marco 2008/909/JAI, 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, Decisión Marco 2008/947/JAI, 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, Decisión Marco 2009/829/JAI, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional .

CID, en esta línea, ha sintetizado con acierto los principios básicos de la política criminal europea en materia de sanciones y alternativas a la prisión. Destacar que ella responde a dos principios esenciales y relacionados entre sí: por un lado, la prisión como *última ratio* en el sistema de sanciones -diversificado en dos orientaciones; a) la pena de prisión únicamente debe adoptarse cuando la gravedad de la conducta haga inapropiada cualquier otra sanción; b) la pena de prisión sólo es admisible cuando ninguna otra pueda alcanzar el objetivo de la rehabilitación⁵; por otro, las sanciones alternativas a la prisión que deben de ser la respuesta frente a la comisión del delito, asentadas sobre dos ideas; una, respetan la libertad de la persona y evitan los efectos

⁴ Las Reglas de Tokio con ser el instrumento más importante en relación a las medidas alternativas a la pena de prisión no es el único promovido por Naciones Unidas. Véase al respecto: La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder; Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa; o las pergeñadas en determinadas áreas especializadas (menores, drogas, enfermos mentales, maltrato a mujeres, etc.) Con detenimiento: *Recopilación de reglas y normas de Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal*. Nueva York, 2007.

⁵ CID los estima como dos fundamentos distintos del reduccionismo: el modelo punitivo proporcionalista en el primer caso y el modelo rehabilitador en el segundo. CID, José. "La política criminal europea de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse". En *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. XXX (2010), pág. 60.

negativos del encarcelamiento; dos, están en mejores condiciones que la pena de prisión de conseguir las finalidades del castigo⁶.

Desde un enfoque doctrinal son muchos los especialistas penales, penitenciarios y criminólogos que han valorado dicha cuestión sobre la base indagatoria, siempre inacabada, de modelos alternativos a la prisión, que llegan incluso a planteamientos revisionistas del propio Derecho penal y de su función en un Estado moderno. A veces, desde posiciones restrictivas que identifican alternativas con sustitutivos penales; otras, desde dimensiones más amplias, que se irán concretando a lo largo de esta reflexión.

No es necesario advertir de la importancia y trascendencia social de uno de los temas que más debate ha levado dentro de la doctrina, más información ha generado y, posiblemente, menos soluciones eficaces ha conseguido como es éste relacionado con las alternativas a las penas privativas de libertad y, en esencia, en su manifestación más relevante e incidente en la afectación a los derechos básicos del ciudadano, a su propia libertad, con la de prisión. Desde las más diversas perspectivas se ha afrontado una compleja cuestión, necesaria de resolver y cuya extensión provoca situaciones encontradas, relevante protagonismo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia e, incluso, en las propias legislaciones penales en una búsqueda incompleta y, en la mayoría de las ocasiones, superficial y contradictoria de alternativas válidas y socialmente adecuadas al encarcelamiento.

En principio, las respuestas a tal preocupación devienen en sencillas por básicas, pero obviamente no es así. El fundamento de tal necesidad es la teórica comprensión de la pena de prisión, como ya ha sido indicado, de última razón del Derecho penal e, incluso, del propio ordenamiento jurídico. Con semejante percepción, indiscutible en su esencia, el nivel primario de aplicación ha de estar fuertemente limitado a aquellas hipótesis en las que realmente no existen otros medios de protección social. Con esta requerida comprensión, el hallazgo de previsiones alternativas a la prisión se antoja una exigencia ineludible de los compromisos sociales más avanzados.

En tal línea, cierto es que son muchos los legisladores que, desde una u otra perspectiva, se afanan en la búsqueda, siempre inconclusa, de alternativas, más o menos válidas, a la desmesurada utilización de la prisión como máxima respuesta punitiva y como concreción del más duro control social -obviamente, reiteramos en nuestra

⁶ *Ibd.*, pág. 62.

consideración y ámbito legislativo, sin pensar en los países que todavía emplean la pena de muerte como instrumento de reacción, en una concepción deshumanizada y maximalista de la función de un mal entendido Derecho penal de la seguridad que se convierte en un Derecho punitivo de la crueldad retribucionista-.

Semejante desarrollo expansivo es una constante en la mayoría de los países, con propuestas propias de cada uno de ellos y sobre tablas comparativas que fluctúan frecuentemente en general hacia el aumento cuantitativo, aunque no en todos los casos sea así.

Se detecta de todo lo dicho, y así hay que afirmarlo, que el panorama punitivo comparado se desenvuelve, en este ámbito, en una controvertida dicotomía de difícil armonización: por un lado, sobre el aumento de la utilización de la pena de prisión; por otro, en la consecución de nuevas formas alternativas o sustitutivas a ella. Lo primero muestra la orientación más relevante del expansionismo punitivo por el que caminan las políticas criminales en la actualidad y de las que el Código Penal español y sus posteriores reformas son un claro y negativo ejemplo; lo segundo supone el intento, en demasiadas ocasiones ficticio y limitado, por parte de los Estados de compensar el desorbitado avance del modelo de prisionización con un toque de racionalización y humanización de las consecuencias jurídicas derivadas del delito. En opinión de MIR PUIG, los sistemas penales modernos surgidos en lo que se ha venido en llamar movimiento internacional de reforma penal se conducen, en esencia, sobre dos seleccionadas ideas: por un lado, la desaparición de la pena de muerte o, por lo menos, su limitación a unos pocos delitos graves -no parece esta última afirmación consuelo de su presencia, pues parece obvio que en cualquier caso está prevista para dichas infracciones de gran intensidad, aunque de todo hay en la viña del represor, pero con una sola aplicación por muy grave que sea el delito es suficiente para mostrar su inutilidad y nuestro rechazo-; por otro, el progresivo desplazamiento de la pena privativa de libertad de su lugar central⁷. Ni en uno ni en otro caso se han conseguido grandes avances, aunque sí mejoras graduales.

⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 9ª ed., Barcelona, 2011, pág. 673.

II. Expansionismo del Derecho penal, crecimiento de la pena de prisión

Son muchos los autores que coinciden en mostrar su preocupación por la que parece imparable tendencia dominante en la legislación de todos los países hacia la incorporación de nuevos tipos penales, así como a una agravación de los existentes, y a una mayor rigurosidad presencial de la pena de prisión que puede ubicarse en el marco general de la restricción o la reinterpretación de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal: creación de nuevos bienes jurídicos-penales, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía⁸, que proyectan una clara tendencia hacia un desorbitado expansionismo manifestado en diversos niveles de preocupación garantista y científica.

Como se ha indicado, la utilización abusiva de la pena de prisión, y en consecuencia los escasos éxitos de las alternativas a ella, también parece una constante, sobre todo en determinados países. En dicho sentido, no han faltado las valoraciones más o menos radicalizadas. Intensa e interesante es la de ZAFFARONI que llega a calificar la situación de fracaso de las ideologías de la resocialización y todo el conjunto de teorías preventivas especiales positivas, que coincide con la crisis del Estado providente, ante lo que resulta que en la realidad la prisión se convierte en un mero local de depósito de seres humanos deteriorados. “Se trata de una tendencia genocida que, en definitiva, se afilia a la prevención especial negativa, es decir, a la idea de la prisión como una eventual pena de muerte”⁹. Las radicalizadas precisiones del autor argentino necesitan ser limitadas, pero ponen de manifiesto una determinada concepción absolutamente crítica del desarrollo penitenciario; aunque el propio escritor las relativiza al añadir, a continuación, su percepción de que en pocas décadas la frecuencia de la prisionización disminuya debido al desarrollo tecnológico del control electrónico de conducta¹⁰; una variable, sin duda, de cierto atractivo pero insuficiente para pilotar un cambio real de la situación descrita en torno a la pena de prisión.

⁸ Vid. por todos: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal*. Madrid, 2001, pág. 20.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, 2005, pág. 702.

¹⁰ *Ibid.*

De cualquier manera, se llegue a la interpretación que sea, la realidad es la vitalidad de la pena de prisión, su extensión y su especial importancia como mecanismo de crecimiento del Derecho penal actual, a pesar de las puntuales oscilaciones que pueda haber en su aplicación concreta en un determinado período de tiempo. Semejante oleaje expansionista ha llegado también con fuerza, con demasiada, a España en los últimos años. Con rotundidad, en este sentido, se manifiesta TELLEZ AGUILERA que al hilo de la criticable Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas que, en mi opinión, introduce negativos criterios retribucionistas y es una clara muestra de descoordinación y de oportunismo legislativo¹¹, generaliza con acierto la situación que se vive a nivel de muchos Estados al poner de relieve cómo sobre la hipótesis del alejamiento del bagaje antirretribucionista, que floreció desde finales de los años setenta, por parte de los países de la Unión Europea por influencia de la política criminal americana cada vez más distanciada de los presupuestos preventivo-especiales, se constituye un neoconservadurismo penal que encuentra, amparado también por la crisis de la ideología del tratamiento penitenciario, un importante factor coadyuvante: la dramática visión que del fenómeno criminal dan los medios de comunicación que se traduce, por su intensidad y frecuencia, en un incremento de la alarma social y un endurecimiento progresivo de la represión penal¹².

No son ajenas tampoco a estas valoraciones y al avance expansionista del Derecho penal en España, el propio Código Penal de 1995 y, sobre todo, las destacadas reformas operadas por las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal; 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial; e, incluso, 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de

¹¹ Vid., con mayor detenimiento: MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Valoración político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal español”. *Derecho Penitenciario II. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. XVII-2003, págs. 44 y ss.

¹² TÉLLEZ AGUILERA, Abel. “La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia”, *La Ley*, núm. 5837, 14 de agosto de 2003, págs. 2-3.

23 de noviembre, del Código Penal. Si bien, a alguna de ellas, no se les puede negar objetivos aciertos en sus contenidos, manifiestan una clara tendencia hacia presupuestos de expansión, que, en ocasiones, resultan sumamente discutibles cuando no peligrosos y desconcertantes científicamente. Una nueva prueba del talante de nuestro legislador, sea cual sea el momento y el color de su mayoría parlamentaria, es el nuevo intento todavía no consolidado y esperemos que así sea del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de 3 de abril de 2013 (en adelante Anteproyecto 2013), última versión conocida¹³, hasta el momento, de otra propuesta gubernamental de reforma normativa en el ámbito punitivo.

En esta consolidada orientación de expansión, y aunque lo peor del Anteproyecto 2013 no es precisamente la regulación de la pena de prisión y sus alternativas, incorpora, sin embargo, y lo mencionamos a título exclusivamente de ejemplo de dicha inclinación, la pena de prisión permanente para supuestos de excepcional gravedad -asesinatos especialmente graves, homicidio del jefe del Estado o de su heredero, de jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad-. El prelegislador de 2013, al contrario de lo que hacía en 2012, mejorando lo inmejorable, la incorpora, como primera, letra a), al listado de penas graves del artículo 31.2, con lo que al menos la referencia dentro de aquellas¹⁴. Sobre tal declaración modifica asimismo el artículo 35, para incluirla como pena privativa de libertad junto a la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y el artículo 36.2 para describir sus características más destacadas: a) revisión conforme al artículo 92¹⁵; b)

¹³ Con anterioridad y en esta legislatura ha habido dos Anteproyectos: uno, de 16 de julio de 2012; otro, de 17 de octubre de 2012.

¹⁴ Los Anteproyectos anteriores no reflejan tal ubicación y se limitaban a citarla en algunos artículos en atención fundamentalmente a la hipótesis de libertad condicional sobre la declaración positiva de la revisión.

¹⁵ Exigencias del artículo 92: a) Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo; b) Que se encuentre clasificado en tercer grado; c) Que el Tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el Centro Penitenciario y por aquellos especialistas que el propio Tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

El Anteproyecto 2013 incluye aquí un nuevo párrafo: El Tribunal resolverá sobre la suspensión de la pena de prisión permanente revisable tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado.

Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, será además necesario que el penado

clasificación especial del condenado en tercer grado¹⁶; c) restrictivos permisos de salida¹⁷.

Semejante propuesta de incorporación en el Derecho punitivo español, con escasa tradición legislativa en este sentido, de una pena de semejantes características - verdad es que también cabe afirmar lo contrario puesto que la prisión a perpetuidad no ha sido totalmente extraña a la normativa penal española pues estuvo presente en los Códigos penales de 1822, 1848 y 1870, siendo suprimida del catálogo de penas, por el Código de 1928, curiosamente el Código de la Dictadura del General Primo de Rivera, como llamativo es la no tampoco inclusión en el Código franquista de 1944, que, sin embargo, reincorporó la pena de muerte. En cualquier caso cabe afirmar su lejanía temporal porque en el siglo XX y en el XXI, al menos hasta ahora, no fue contemplada como tal pena- ha sido críticamente recibida por la doctrina científica en su mayoría, aunque no ha faltado algún autor que le ha mostrado su apoyo. Valga como ejemplo de lo primero la opinión de ACALE SÁNCHEZ para la que la pena de prisión permanente revisable se contrapone a los principios básicos del Derecho penal garantista consagrado en la Constitución de 1978 como son los de prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15), legalidad (art. 25.1), y ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad orientadas hacia la reeducación y reinserción social (art. 25.2)¹⁸. En sentido contrario, es decir, favorable a su implantación se decanta JAÉN VALLEJO para el que “ahora, por fin, se contempla esta nueva pena de prisión permanente revisable, que no es expresión de un pretendido ‘populismo’, sino de la necesidad sentida socialmente de ofrecer, siempre en el marco constitucional, un

muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado (...).

¹⁶ La clasificación del condenado en el tercer grado deberá ser autorizada por el Tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias, y no podrá efectuarse: a. Hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b. Hasta el cumplimiento de quince años de prisión efectiva, en el resto de los casos.

¹⁷ En estos supuestos, el penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido un mínimo de doce años de prisión, en el caso previsto en la letra a), y ocho años de prisión, en el previsto en la letra b).

¹⁸ ACALE SÁNCHEZ, María. “Prisión permanente revisable: Arts. 36(3 y 4), 70. 4, 76.1, 78 bis, 92, 136 y concordantes en la Parte Especial”. En: *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*. Dir. Álvarez García, coord. Dopico Gómez Aller. Valencia 2013. Algunas de las argumentaciones empleadas por la autora han sido corregidas por el Anteproyecto de 2013, pero en su esencia opino que siguen siendo válidas la mayoría.

tratamiento razonable de supuestos de excepcional gravedad, como los de terrorismo, que tanto daño han causado a la sociedad española”¹⁹.

Esta última es la línea justificadora que expresa el prelegislador. Se trata, según dice la Exposición de Motivos, de dar una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión: tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena, cuya duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en particular, la no comisión de nuevos hechos delictivos.

Con tal perspectiva, la incorporación se argumenta, según dicha Exposición, en: a) la prisión permanente revisable garantiza la existencia de un procedimiento judicial continuado de revisión lo que la aleja de la inhumanidad de otras penas de larga duración, treinta o cuarenta años, cuya especial problemática es la falta de un horizonte de libertad; b) no constituye, por ello, una suerte de “pena definitiva” en la que el Estado se desentiende del penado, por el contrario, se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión; c) Se trata, en realidad, de un modelo extendido en el Derecho comparado europeo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado ajustado a la Convención Europea de Derechos Humanos, que ha declarado que cuando la Ley nacional ofrece la posibilidad de revisión de la condena de duración indeterminada con vistas a su conmutación, remisión, terminación o libertad condicional del penado, esto es suficiente para dar satisfacción al artículo 3 del Convenio (cfr. SSTEDH 12-2-2008, caso Kafkaris vs. Chipre; 3-11-2009, caso Meixner vs. Alemania); d) El Consejo de Estado español ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las penas de duración indeterminada -pero revisables-, al informar con relación a la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el que está prevista la posible imposición de una pena de prisión permanente.

¹⁹ JAÉN VALLEJO, Manuel. “Prisión permanente revisable (Una nueva pena basada en el Derecho Europeo). En: *Diario del Derecho. Iustel*, 06/11/2012, pág. 2 (edición Internet).

Argumentaciones que, obviamente, son lo suficientemente sólidas para el debate, aunque en su mayoría muy discutibles²⁰ y que no evitan desde mi punto de vista la prepotencia de una marcada línea retribucionista-preventivo general que su desarrollo pone de manifiesto, por más que se quiera justificar en dudosos parámetros resocializadores y reeducadores del delincuente tanto más cuanto el máximo de pena a cumplir en nuestro Texto punitivo vigente, cuarenta años, parece suficiente para los supuestos de extrema gravedad, así como su escala inmediata de treinta y veinticinco años, por lo que dicha incorporación cabe valorarla como innecesaria²¹, además de incierta adecuación a los parámetros exigidos por el artículo 25.2 de la Constitución.

Por el contrario, el Informe emitido al respecto por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 16 de enero de 2013 (en adelante Informe CGPJ 2013)²², contradice el Informe salido de la Comisión de Estudios e Informes en el que se manifestaba, al menos, la duda sobre que una privación de libertad potencialmente perpetua sea conciliable, en un ámbito estrictamente interno, con la reinserción contemplada en el artículo 25.2 de la Constitución. El susodicho Informe salido del Pleno, frente a lo argumentado por la Comisión, estima que esta figura no excluye la aplicación a los condenados a prisión perpetua revisable de las medidas previstas por la legislación penitenciaria para favorecer su reinserción social. En consecuencia, dicha incorporación no ignora, según esta perspectiva mayoritaria del Consejo, el mandato constitucional de que las penas privativas de libertad tienen que estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social de los condenados, proclamado por el artículo 25.2 de la Constitución²³.

²⁰ Vid: ACALE SÁNCHEZ, María. *Prisión permanente...cit.*, págs. 190 y ss. Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Madrid, 16 de enero de 2013 (en adelante Informe CGPJ 2013), págs. 23 y ss.

²¹ CUERDA RIEZU mantiene la inconstitucionalidad de la cadena perpetua, incluso la revisable, y las penas muy largas de prisión por: a) vulnerar el mandato constitucional de reeducación y reinserción social de las penas privativas de libertad (artículo 25.2); b) vulneración del mandato de determinación o certeza derivado del principio de legalidad (artículo 25.1) –porque están indeterminadas en relación a la fecha de término de cumplimiento- y del principio de igualdad y no discriminación (artículo 14)- consecuencia igualmente de su indeterminación-; c) infracción de la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 15), aunque sean revisables. CUERDA RIEZU, Antonio. *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*. Barcelona, 2011, pág. 109.

²² Informe del Consejo del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/19 de 24 de noviembre, del Código Penal, de 16 de enero de 2013, pág. 23 y ss.

²³ En parecido sentido, el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/19 de 24 de noviembre, del Código Penal, de 20 de diciembre de 2012 (en adelante Informe CF 2012), mantiene que en la nueva ordenación penal del Anteproyecto la pena de prisión perpetua no es incompatible con la libertad condicional. Esta accesibilidad del penado a la

Mayor coincidencia entre Pleno y Comisión hay en lo relacionado con la crítica al Anteproyecto 2012 sobre el posible incumplimiento del principio de legalidad y de seguridad establecido en el artículo 25.1 de la Constitución y la consecuente garantía de previsibilidad de las sanciones de dicho mandato, al no quedar nítidamente reflejado el contenido esencial de la citada pena, más allá de los beneficios penales y penitenciarios a que el penado pueda ser acreedor. Objeciones éstas últimas en gran medida subsanadas por la nueva versión del Anteproyecto elaborada en 2013 y a la que he hecho referencia, en concreto sobre esta cuestión, líneas más arriba.

Sea como fuere y se tome la decisión valorativa que se decida, la mía está basada no tanto en su posible inconstitucionalidad como en su innecesaria presencia fundada en parámetros político-criminales de oposición a tal amplitud, es un ejemplo más de la tendencia por la que caminan las legislaciones actuales. En semejante sentido y ya vueltos a la dimensión general de la cuestión se constata un endurecimiento, a nivel interno y comparado, del Derecho penal y de su consecuencia más significativa, la privación de libertad, que, además, no deja de tener, no solo desde la perspectiva de un expansionismo razonable sino asimismo del más negativo e irracional, sus apoyos doctrinales. Paradigmática es en tal línea la actitud de los llamados funcionalistas radicales cuyos planteamientos dirigen, en gran medida, al Derecho penal del enemigo, en el que uno de sus presupuestos fundamentales es el de que las penas previstas son desproporcionadamente señaladas, incluso, y sobre todo, en aquellos casos en los que supone un amplio adelantamiento de la punibilidad y en el que, además, determinadas garantías procesales son relativizadas e incluso suprimidas²⁴.

Tales apreciaciones no evitan el reconocimiento de que ciertos sectores sociales hagan de la pena de prisión un objetivo de respuesta a la delincuencia y a la inseguridad que puede generar y que se pretende manifestar como soporte de presión del apoyo popular a la utilización de dicha pena en la comprensión no verificable de que a mayor dureza punitiva menos delincuencia y más seguridad ciudadana. Frente a ello o junto se

progresión de grado en el ámbito penitenciario y a la suspensión condicional de la parte de la pena una vez alcanzado el cumplimiento de un determinado período fijado por la ley es lo que salvaguarda la constitucionalidad a la luz del art. 25.2 CE. Partiendo de que el precepto es compatible con el principio constitucional de resocialización de los condenados por las mismas razones expuestas por el Tribunal Constitucional alemán en 1977, en síntesis, porque el condenado mantiene una oportunidad concreta y realizable de recuperar la libertad, entendemos que el texto es susceptible de mejora en varios aspectos. Vid., Informe...cit, pág. 85.

²⁴ Vid., en este sentido: JAKOBS, Günther-CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. 2ª ed., Madrid, 2006, págs. 111-112.

requiere una progresiva sensibilización de la comunidad sobre la importancia y necesidad de las penas alternativas a la prisión y de sustitutivos eficaces a ella. Como ha sido dicho, con acierto, las penas alternativas han ser reforzadas en su proceso de validación mediante la necesaria inversión en recursos humanos y materiales, en investigación, sistematización, validación y difusión de las experiencias exitosas, con la certeza de que tal inversión será siempre inferior a la que se requiere para mantener el actual y no especialmente eficaz sistema penitenciario con resultados mucho más esperanzadores²⁵.

En tal sentido el avance de las penas alternativas como sustitutivas de la prisión pasa, según BENITO DURÁ, por: a) estabilizar y reducir el uso de la prisión; b) desarrollar el campo de las medidas y penas alternativas tomando en cuenta la necesidad de la individualización de la pena; c) una apuesta clara por la información y educación de la población; d) el necesario desarrollo de experiencias en la implementación de las diferentes modalidades de penas alternativas acompañadas de mecanismos de monitoreo y evaluación que permitan su validación y capacidad de expansión y replica; e) el desarrollo de investigaciones científicas y multidisciplinarias; f) la dotación de los recursos humanos y materiales para la implementación de las penas alternativas; g) la adopción y validación de protocolos de trabajo; h) la participación de la comunidad; i) crear conciencia de que la solución a la inseguridad es responsabilidad de todos y no del sistema penal y los subsistemas policial y penitenciario²⁶.

Semejante catálogo de exigencias para una puesta en escena adecuada de tales alternativas que evite lo que el autor llama “miedo al cambio” de un sistema uniforme asentado en la privación de libertad hacia otro diferenciador y multiforme en sus respuestas tiene como premisa sobresaliente de entre las citadas la toma de conciencia de la ciudadanía de la eficiencia y necesidad de dichas alternativas y de sus beneficiosas derivaciones sociales asentadas en la trilogía real y práctica: información-educación-sensibilización.

²⁵ BENITO DURÁ, Mauricio. *Sistemas penitenciarios...*cit., pág. 265.

²⁶ *Ibd.*

III. Hacia previsiones alternativas

El anterior enfoque dogmático, aunque breve, nos introduce a la otra variable de esta reflexión: la exigente invocación a la búsqueda de alternativas a la pena de prisión. No puede ni debe negarse que tal objetivo es una constante temporal eso sí con menos éxito, precisamente, que el desarrollo de la que pretende sustituir. Es paradójico que las reiteradas demandas a los substitutivos penales se oscurezcan una y otra vez con la prepotencia de una pena que, por necesaria, no cede prácticamente terreno. Superfluo es afirmar que existen niveles distintos entre las diversas legislaciones en relación a dichas alternativas, a su grado de aplicación y a su eficacia real, que no siempre coinciden con la descripción nominal de estas opciones en los Textos punitivos que, por lo general, atienden a su regulación, al menos desde una perspectiva formal.

MANTOVANI describe una interesante evolución de la pena de prisión, de su alcance y de la progresión de las medidas alternativas a ella, en la estructura de lo que denomina “los tipos de pena en los sistemas diferenciados”, en los que la estrategia contra el crimen se basa en la presencia esencial de la pena de prisión, pero también en las alternativas o substitutivas de ella.

Sobre la convicción, comúnmente aceptada, de la crisis de la pena de prisión como instrumento sustancialmente único y rígido de reacción penal, enumera una serie de razones de dicha situación: a) no siempre es necesaria y por ello el Estado moderno ha estimado la posibilidad de crear otros instrumentos alternativos; b) puede ser contraindicada a los fines preventivos especiales y también demasiado perturbadora y estigmatizante para el sujeto y la familia y costosa para la colectividad; c) ha sufrido una continua erosión de su función preventivo general y especial por efecto de la hipertrofia de la legislación penal y de la inflación de la pena de prisión misma²⁷.

Diversos documentos de Naciones Unidas atestiguan esta situación: a) encarcelamiento y derechos humanos -los gobiernos tienen el deber de justificar que el uso del encarcelamiento es necesario para lograr un importante objetivo social y que no existe otro medio menos restrictivo que permita lograr tal objetivo-; b) el encarcelamiento es caro -resulta difícil calcular el costo de las cárceles en todo el mundo, pero las mejores estimaciones lo han cifrado en torno a 62.500 millones de

²⁷ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale. Parte Generale*. 5ª ed., Padova, 2007, pág. 728

dólares anuales -utiliza estadísticas de 1997, por tanto lejanas en el tiempo, con lo que la previsión actual está por encima de esta importante cifra- de costes directos, como la construcción y administración de las cárceles, así como el alojamiento, alimentación y cuidado de los reclusos, y los indirectos o inducidos también importantes ya que el encarcelamiento puede repercutir en la comunidad en general de diversas formas negativas, así, las cárceles son incubadoras de enfermedades tales como la tuberculosis y el SIDA, en especial si los reclusos están hacinados, y cuando estos recuperan su libertad, pueden contribuir a que se difundan estas enfermedades-; c) el encarcelamiento se utiliza en exceso -por consiguiente, las alternativas al encarcelamiento deben ser el punto de partida primario para evitar la excesiva confianza en el sistema carcelario-²⁸.

La susodicha crisis, más teórica que real, de la pena de prisión acompañada de las tradicionales medidas de clemencia hacen cambiar, en opinión del autor italiano, la idea dual del derecho punitivo-derecho de clemencia por la de derecho punitivo-derecho premial que en el aspecto que aquí interesa se aplica con el fortalecimiento del sistema sancionatorio-disuasorio, en el sentido de recuperar la eficacia de la sanción penal que ha sido dispersada, para ciertos sectores de delitos y delincuentes, con el combinado efecto del sistema único de la pena de prisión y sus correcciones distorsionadas en términos de clemencia-indulgencia, pero sin que la norma penal y la conexas desaprobación social de los hechos incriminados pierdan credibilidad, o, lo que es peor, seriedad. En tal sentido, dicha recuperación se pretende conseguir a través de la reducción: a) en el área del ilícito penal, mediante la descriminalización, despenalización o privatización de la sanción punitiva, con el objetivo de concentrar los instrumentos represivos y especial preventivos en la defensa contra las formas más intensas de antisocialidad; b) en el área de la pena de prisión opera: a') circunscribiendo dicha pena a la criminalidad grave y media y a los reincidentes, respecto de la cual es el sentido común de la justicia, en la exigencia de prevención general y especial, permitiendo la renuncia a la pena de prisión, que, no obstante, sigue siendo la espina dorsal del sistema; b') añadiendo junto a la pena de prisión un amplio y flexible sistema de penas sustitutivas, de regulación aplicable a la criminalidad de modesta entidad, esto es, como opción a la pena de prisión de corta duración²⁹.

Las hipótesis presentadas por MANTOVANI, algunas de ellas revisables, sobre

²⁸ *Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de medidas sustitutivas del encarcelamiento*. Naciones Unidas. Nueva York, 2010, págs. 4-6.

²⁹ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto...cit.*, pág. 731.

todo las dirigidas a una visión parcialmente retribucionista de la pena, sitúan, en cualquier caso, los parámetros esenciales por los que se mueve o, al menos, desea caminar el binomio pena de prisión-alternativas desde la perspectiva de una moderna política criminal. Semejantes aseveraciones encuentran fundamento y desarrollo en las políticas diferenciadoras de importantes instituciones y movimientos internacionales al respecto -Naciones Unidas, Consejo de Europa o Movimiento internacional para la reforma del Derecho penal, entre otras-, que son de necesaria referencia, al menos alguna de ellas, dada la exigencia de brevedad de un trabajo de estas características.

En la última de las direcciones citadas es referencial la apreciación que, en su momento, realizó JESCHECK, de adecuada vigencia a la actualidad de este trabajo y soporte de las anteriores premisas sintetizadas del pensamiento de MANTOVANI, sobre los rasgos esenciales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal. Sobre la base de una prognosis inicial del cambio que se produce en la moderna penología asentado en el escepticismo y la resignación a consecuencia de los escasos resultados que obtuvieron los programas de resocialización imperantes en la década de los cincuenta y sesenta del siglo pasado en los que se mantuvo la fe en la posibilidad de recuperación social del delincuente bajo condiciones de falta de libertad y de un internamiento forzoso junto a otros sujetos de parecidas características, semejante contrariedad conceptual y práctica llevó a criterios diferentes y generó, incluso en los países que más apostaron por los programas de tratamiento de larga duración de los delincuentes mediante la privación de libertad por tiempo indeterminado -por ejemplo Estados Unidos o Suecia-, una política criminal asentada en parámetros más garantistas, a la vez que más diversificados, tanto sustancial como procesalmente.

Este giro reformista trae importantes consecuencias que llegan hasta nuestros días, matizado y ampliado: a) la pena privativa de libertad, aun siendo clave en la estructura de las consecuencias jurídicas del delito pasa, cada vez más, como *ultima ratio*, a un segundo plano entre los instrumentos con los que cuenta el Derecho penal, con relevancia únicamente para los supuestos de mayor gravedad o como pena subsidiaria en caso de imposibilidad de pago de la pena de multa -cuestión ésta sumamente debatida y criticada-; b) en lugar de las penas de corta duración, la de multa; c) en sustitución de las de duración medial, sometimiento a prueba en libertad bajo ciertas condiciones; d) otros desarrollos de alternativas a la pena de prisión por distintos caminos y con arreglo a diversas formulaciones jurídicas -entre otras, sometimiento a

prueba del condenado en libertad vigilada, suspensión provisional de la formulación de la acusación, arresto de fin de semana, probation, multa, reprensión pública, amonestación, caución, trabajos útiles para la comunidad- así como soluciones procesales que permitan obviar la necesidad del proceso penal³⁰.

Tales movimientos internacionales de reforma del Derecho penal asientan los criterios básicos por los que ha de caminar la política criminal de la pena y de las medidas en el siglo XXI y sus respectivas alternativas y sustitutivos. Mención institucional relevante, en parte ya comentada, hay que hacer a los criterios sostenidos por Naciones Unidas al respecto, a través de Reglas, Declaraciones, Principios básicos sobre la materia.

De interés es la premisa de la que se parte con el reconocimiento expreso de que uno de los retos con que se encuentran las autoridades que tratan de promover el uso de medidas sustitutivas del encarcelamiento como forma de reducir la población carcelaria es asegurarse de que la definición teórica de esas medidas sustitutivas no sea demasiado reductora, desde el momento en que las medidas sustitutivas son un componente fundamental de todos los niveles y etapas del sistema de justicia penal. Metodológicamente para ello se emplean dos referencias: a) estimar estrategias generales para reducir el ámbito del sistema de justicia penal y evitar de este modo indirectamente el uso del encarcelamiento; b) ubicarse sistemáticamente en la utilización de medidas sustitutivas en todas las fases del sistema de justicia penal: fase anterior al juicio; fase de la sentencia; y fase en la que cabe considerar la excarcelación anticipada de los reclusos sentenciados.

Antes de entrar en cada una de las tres etapas antes enunciadas, es preciso volver a insistir en dos cuestiones reiteradas por doctrina e instituciones internacionales que son claves previas para la disminución de los componentes carcelarios del sistema. Por un lado, la despenalización entendida como el proceso de modificar las leyes para que una conducta antes definida como delito deje de serlo, con lo que, obviamente también desaparece la pena respectiva; por otro, desviación a otros ámbitos, por ejemplo al administrativo o, más concretamente a sede de la denominada justicia restaurativa, en la que si los mecanismos al uso permiten la solución de litigios por vías restaurativas, pueden también promover el uso de medidas sustitutivas del encarcelamiento ya que el

³⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. "Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho Penal". *La reforma del Derecho Penal*. Ed., Mir Puig. Bellaterra, 1980, págs. 9-22.

recurso a la mediación, y a medios alternativos de solución de litigios en reuniones con los infractores, las víctimas y miembros de la comunidad para resolver asuntos que de otro modo darían origen a sanciones penales, abre la posibilidad de desviar hacia otros ámbitos algunos casos que hubieran dado lugar a un encarcelamiento antes y después del juicio y a una condena -cuestión esta que, sin embargo y desde mi punto de vista, hay que valorar con suma cautela en el ámbito punitivo aunque no rechazarla como mecanismo de encuentro que puede llevar a determinadas soluciones prejudiciales en algunos delitos necesariamente bien seleccionados al respecto, cuya opción más adelante será detallada-.

La primera de las etapas citadas por la mayoría de los documentos de Naciones Unidas, en especial por las Reglas de Tokio, es la anterior a juicio y, por tanto, dirigida a actuaciones prejudiciales y a evitar los efectos nocivos de la prisión preventiva. En tal sentido, dos son las modulaciones a tener en cuenta. La primera, recogida en la regla 5.1 de las Reglas de Tokio mantiene como recomendación genérica de concreción interna por los países respectivos: “Cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso. A efectos de decidir si corresponde el retiro de los cargos o la instrucción de actuaciones, en cada ordenamiento jurídico se formulará una serie de criterios bien definidos. En casos de poca importancia el fiscal podrá imponer las medidas adecuadas no privativas de la libertad, según corresponda”.

La segunda referenciada con la problemática de la prisión preventiva. Mucha es la normativa que interpreta de manera restrictiva su aplicación en la esfera punitiva. Así, por ejemplo, el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos describe que “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”. Lo que se completa con la afirmación contenida en el artículo 14.3 en el que se estipula que las personas acusadas de un delito tendrán derecho a ser juzgadas sin dilaciones indebidas, lo que es proclamado, además, por la mayoría de las Constituciones de los Estados miembros.

Las alternativas a la prisión preventiva han sido explicitadas entre las siguientes: comparecer ante un tribunal en un día concreto o según lo que ordene el tribunal en el futuro; abstenerse de: interferir en el curso de la justicia, incurrir en una conducta determinada, ir, o no ir, a determinados lugares o zonas, o aproximarse a determinadas personas o reunirse con ellas; permanecer en una dirección concreta; presentarse diariamente o de forma periódica ante un tribunal, la policía u otra autoridad; entregar el pasaporte u otros documentos de identificación; aceptar la supervisión de un organismo de someterse a vigilancia electrónica; o entregar fondos u otros tipos de propiedad como garantía de que comparecerá ante el juez en el momento del juicio, o que mantendrá una conducta determinada mientras éste no se celebre. Cuestiones todas ellas que entiendo, al menos en su formalidad, aceptablemente solucionadas por la normativa, fundamentalmente procesal, española.

No es esta última la opinión de CID que estima insuficiente el sistema español de alternativas a la prisión preventiva, con importantes carencias que conducen a una destacada cifra de tasas de encarcelamiento, que presenta, según el autor, 2/3 de las entradas en prisión y 1/4 de la población reclusa -en el año 2012 había en los centros penitenciarios españoles con competencia del MI, 54.111 penados y 11.480 preventivos lo que en porcentajes significa un 82,49% de penados y un 17,51% de preventivos. Además hubo 4.154 penados con preventivas. En cualquier caso, y aunque la cifra es algo menor que la señalada por CID para años anteriores, se me antoja igual de excesiva.- El autor en cita advierte una determinada brecha entre la política criminal europea y la realidad penológica española y propone dos tareas a realizar: en primer lugar, ampliar el catálogo de medidas alternativas a la prisión preventiva a disposición del juez pues resulta indispensable que éste pueda imponer medidas cautelares que afronten las necesidades de rehabilitación de la persona, neutralizando su riesgo de reincidencia; en segundo, y aun cuando ello forma parte del juicio de proporcionalidad que la jurisprudencia constitucional establece como criterio para la restricción de derechos fundamentales, fijar en la legislación el principio de la recomendación europea (2006)¹³, relativo a que el juez sólo pudiera decretar prisión preventiva tras haber descartado que las otras alternativas pudieran satisfacer los fines que se persiguen³¹. Poco que objetar a semejante dual propuesta que enriquece el sistema actual, aunque entiendo que da alguna respuesta a lo propuesto por CID, evidentemente mejoraría con

³¹ CID, José. *La política criminal...cit.*, pág. 66.

la aplicación completa y materialmente asumida de todos los parámetros en ella contenidos, pero se me antoja que es más cuestión de aplicación concreta por los órganos de justicia en una tendencia excesivamente proclive a su utilización que defectos normativos que también los hay como se ha puesto de manifiesto.

La segunda de las etapas enunciadas corresponde al pronunciamiento de la sentencia. Es el núcleo fuerte en que se asientan la mayoría y más determinantes alternativas a la pena de prisión. Las reglas de Tokio representan la guía a seguir para su comprensión desde Naciones Unidas. En su regla 8.1 se matiza que la autoridad judicial, que tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de la libertad, al adoptar su decisión deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda". Trilogía de exigencias a tener en cuenta en cualquier justificación que del tema se haga tanto a nivel nacional como internacional.

En el número 2 enumera de manera escueta las medidas posibles de adoptar -a) sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia; b) libertad condicional; c) penas privativas de derechos o inhabilitaciones; d) sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días; e) incautación o confiscación; f) mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización; g) suspensión de la sentencia o condena diferida; h) régimen de prueba y vigilancia judicial; i) imposición de servicios a la comunidad; j) obligación de acudir regularmente a un centro determinado; k) arresto domiciliario; l) cualquier otro régimen que no entrañe reclusión; m) alguna combinación de las sanciones precedentes-. Se trata de un catálogo abierto pero restrictivo que no se detiene en el contenido de cada una de ellas ni en el soporte administrativo necesario para su aplicación, pero que bien estructuradas y dirigidas en los derechos internos son un soporte alternativo a la prisión aceptable en el que la terminología empleada por la susodicha Regla puede variar en relación a la usada por las diferentes legislaciones de los países e, incluso, caben otras hipótesis sustitutivas siempre que, como señalan las propias Reglas y el Manual de principios básicos sus componentes punitivos cumplan las normas sobre la dignidad humana y el Estado de Derecho.

Este último amplifica de manera grupal dichas medidas de la siguiente forma, que resumo: a) sanciones verbales, como amonestaciones, reprensiones, advertencias o sobreseimientos sin condiciones acompañados de una sanción verbal, formal o informal,

son algunas de las medidas más suaves que un juez puede adoptar tras constatar la existencia de un delito; b) libertades condicionales, liberación del sujeto sin imponerle otra pena; c) penas privativas de derechos o inhabilitaciones que niegan al delincuente algunos derechos concretos dentro de la comunidad; d) sanciones económicas que figuran entre las medidas más eficaces para mantener a muchos delincuentes fuera de la cárcel; e) incautación o confiscación –en terminología de las Reglas de Tokio- como tipo de sanción que puede establecer una sentencia -sin embargo, en muchas jurisdicciones no se considera que una medida de este tipo sea en absoluto una sentencia impuesta por un juez sino sencillamente una consecuencia que deriva de un delito-; f) mandamientos de restitución a la víctima o de indemnización, dichas disposiciones a favor de las víctimas son un objetivo importante de la justicia penal moderna -de cualquier forma, y sobre todo en el Derecho penal español, hay que repetir el condicionante anterior-; g) suspensión de las sentencias o condenas diferidas -suspensión durante un determinado plazo del cumplimiento de una sentencia de encarcelamiento pronunciada por un juez a condición de que se cumplan las condiciones fijadas por éste es evidentemente una alternativa atractiva al encarcelamiento-; h) régimen de prueba y vigilancia judicial -el régimen de prueba ha evolucionado y los servicios de asistencia social se han convertido en organismos cuya responsabilidad primaria es asegurarse de que el delincuente cumple los mandamientos del juez sobre lo que tiene o no tiene que hacer para permanecer en la comunidad, en lugar de ser encarcelado-; i) imposición de servicios a la comunidad que obliga al delincuente a trabajar sin remuneración un determinado número de horas o realizar una labor concreta; j) remisión a un centro de tratamiento y asistencia, esto es, a unas instalaciones donde el delincuente pasa el día, volviendo a su casa por la noche-; k) arresto domiciliario³².

La tercera y última fase es la posterior a la sentencia, donde se configuran las excarcelaciones anticipadas. Dichas libertades anticipadas pueden ser de diverso tipo, según Naciones Unidas, que van desde la suavización del régimen carcelario para permitir que el recluso tenga un contacto limitado con la sociedad aplicándole un régimen de libertad condicional en la comunidad, hasta las libertades anticipadas sin condiciones. De ellas, solo la libertad condicional en la comunidad pretende

³² *Manual...cit.*, págs. 35-47.

auténticamente sustituir el encarcelamiento, pero todos apuntan al mismo objetivo general de reducir el recurso al encarcelamiento.

Las Reglas de Tokio, en su regla 9.2, enumera las siguientes: permisos y centros de transición, liberación con fines laborales o educativos, distintas formas de libertad condicional, remisión, indulto. Semejante descripción presenta excesivas dudas, pues, por ejemplo, las dos primeras no dejan de ser especies de beneficios penitenciarios más que verdaderas alternativas, la remisión -entendida como forma de liberación sin condiciones antes que se cumpla toda la pena- es una especie de libertad anticipada-, el indulto una causa de extinción de la responsabilidad criminal con peculiaridades propias tanto sustanciales como de competencias para su otorgamiento distintas a las alternativas y sustitutos. Queda, pues, la generalmente admitida libertad condicional en sus diferentes formas de presentación, según los correspondientes sistemas jurídicos que la utilicen.

Tal planteamiento de Naciones Unidas, y sus derivaciones concretas en la normativa europea, en el que se seleccionan las pautas más destacadas a seguir en esta cuestión, no siempre con la terminología adecuada ni con la precisión y contenido que requieren las auténticas alternativas a la pena de prisión lo que a veces diluye sus verdaderos contornos y confunde aspectos esenciales para una propuesta coherente, ha tenido su continuación y revitalización correctora en la doctrina y en las legislaciones internas.

En dicho sentido y volviendo a MANTOVANI, sobre los datos y propuestas que anteceden, y también sobre el aumento progresivo de la población carcelaria, como uno de los factores de mayor necesidad de reflexión científica pero también social, el maestro italiano enumera y compendia una amplia gama de hipótesis que, como medidas alternativas, se presentan con mayor asiduidad en las diversas normativas penales y que voy a utilizar, con cierta adaptación sobre todo terminológica, como introducción concreta al tema, desde el punto de vista científico: a) medidas sustitutivas de la pena de prisión -desarrollan una función esencialmente de prevención general y de disuasión y, ciertamente, también de neutralización-: a') medidas patrimoniales que comprenden la pena pecuniaria, la medida impeditiva de los resultados económicos que determinados tipos de delito están destinados a conseguir, y la caución de buena conducta; b') penas paraprisión, que constituyen una variante de la pena de prisión y conllevan no una privación sino solo una reducción de la libertad personal: a'') arresto

esporádico, fuera de los días laborables, en fines de semana, vacaciones, fiestas, etc.; b'') semidetención (prisión de noche, obligación de permanecer un número de horas al día en la cárcel, etc.); c'') arresto domiciliario o libertad controlada; c') pena de trabajo de pública utilidad; d') medidas de interdicción, que privan al sujeto de la capacidad de desarrollar determinadas funciones profesionales, actividades, etc; e') sanciones simbólicas, desaprobación verbal del comportamiento del delincuente, reprensión judicial; b) medidas suspensivas en prueba, renuncia total o parcial de la pena de prisión, condicionada al buen éxito de un periodo de prueba, controlada y asistida; c) medidas preparatorias a la liberación, incluye: a') admisión de trabajo en el exterior de la prisión; b') régimen de semilibertad; c') licencia preliberación o libertad condicional³³.

El amplísimo catálogo propuesto por MANTOVANI presenta algunas disfuncionalidades cuando se concreta en un sistema específico, lo que no deja de ser lógico; pero tiene la ventaja de mostrar, prácticamente, todas las hipótesis que pueden ser desarrolladas, bien como auténticos sustitutivos, bien como alternativas reales o, incluso, como complementos a la pena principal. En todo caso, se detecta de cualquier análisis comparativo varias hipótesis que pueden presentarse como comunes: a) prioridad, todavía, de la pena de prisión; b) progresivo desarrollo de las penas alternativas, sustitutivas o suspensivas de la de prisión; c) como consecuencia de lo anterior, una cierta discrecionalidad del juez, que puede llegar, dentro del marco de la legalidad, a una política criminal judicial, fundamentalmente en la individualización y en la ejecución de la pena y, en consecuencia, en la aplicación práctica y concreta de los sustitutivos penales³⁴.

En el ámbito estrictamente doctrinal son bastantes los especialistas penales y penitenciarios que han profundizado en el tema en una indagación, siempre inacabada, de modelos alternativos a la prisión, que llegan incluso a planteamientos revisionistas del propio Derecho penal y de su función en un Estado moderno. A veces, desde posiciones restrictivas que identifican alternativas con sustitutivos penales; otras, desde perspectivas más amplias, como se ha podido comprobar con las citas anteriores.

³³ MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale...* cit., págs. 773-740.

³⁴ Sobre este tema en relación entre principio de legalidad y discrecionalidad judicial, *vid.*, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Valoraciones...* cit., págs. 53-60.

En las primeras se mueven, por ejemplo, las opciones de COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, que contemplan la expresión “sustitutivos de las penas” en un sentido limitado, modesto, como la propuesta de “determinadas y concretas opciones en lugar de la ejecución de la pena privativa de libertad por lo general para determinados supuestos específicos”³⁵ y que, a su vez, distinguen lo que para ellos no son, estrictamente, auténticos sustitutivos de las penas de prisión ya que lo que hacen no es reemplazar dichas penas por otras o por medidas, sino que comportan, en una mera función suspensiva, su inexecución o ejecución incompleta, de los verdaderos, al menos en su comprensión estricta, en los que el lugar de la pena privativa de libertad es ocupado por una pena de otra naturaleza y contenido o, simplemente, por una medida.

La segunda va mucho más allá y es la expresión máxima del positivismo criminológico. Según su común denominador lo que se ha de buscar son opciones de política y prevención social que estructuren fórmulas alternativas para la evitación de la criminalidad y para la reducción cada vez más, hasta llegar a la utopía de su eliminación, del Derecho penal y en coherencia de sus consecuencias jurídicas. En esta línea de comprensión, pero con una perspectiva mucho más moderada y realista, ROXIN pone de manifiesto cómo en el futuro la pena será completada por una variedad de otras reacciones a la conducta punible, muchas de ellas ya en vigor en bastantes países, entre las que incluye el arresto domiciliario, interdicción de conducir vehículos como pena principal e independientemente de que exista un delito de tráfico, nuevas medidas de seguridad, sanciones orientadas a la libre voluntad, como trabajos en beneficio de la comunidad y reparación civil voluntaria, sanciones contra entes colectivos³⁶.

En atención a todo lo dicho, y sobre una comprensión amplia de las posibilidades alternativas a la pena de prisión, estimo que son tres fundamentalmente las formas en que se pueden presentar las hipótesis a cubrir, al margen o sobre la ubicación en alguna de las tres etapas desarrolladas por NU. Por un lado, las del propio catálogo de penas, que en realidad no están concebidas o, al menos, descritas como sustitutivos, pero que sí es cierto que evitan, en los pocos casos que están utilizadas sin las de privación de libertad, que se apliquen éstas -la prevaricación regulada en el artículo 404 del Código Penal español está castigada con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo

³⁵ COBO DEL ROSAL, M-VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Valencia, 1999, pág 844.

³⁶ ROXIN, Claus. “El desarrollo del Derecho penal en el siguiente siglo”. *Dogmática penal y Política Criminal*, Lima 1998, págs. 453 y ss.

público por tiempo de siete a diez años-. Por otro, en íntima relación con lo anterior, los instrumentos alternativos a dichas penas señalados de una manera general en los diversos tipos -el artículo 153 para los casos de violencia de género fija la pena de prisión de seis meses (tres para el número dos) a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días (como alternativa específica). Por último, las que se encuentran agrupadas bajo un epígrafe específico de formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad -suspensión, sustitución, libertad condicional (artículos 80-93). En consecuencia, y dadas las características de este ensayo, uno las dos primeras para situarlas en una valoración ya establecida y dedicar, de este modo, el resto de esta exposición al segundo grupo, es decir, al de los sustitutivos en sentido estricto.

La situación expuesta en relación con la preeminencia de la pena de prisión hace que las legislaciones más modernas se esmeren en regular sustitutivos específicos a este tipo de pena. El Código Penal español no solo no es una excepción sino que afronta la cuestión con criterios inicialmente válidos. Acoge, fundamentalmente, tres modalidades, como formas alternativas, aunque una de ellas, la tercera, presente peculiaridades diferenciadas a tener en cuenta, incluso desde el punto de vista conceptual. Son: la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, la sustitución y la libertad condicional (Capítulo III- De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional-, Título III -De las penas-, Libro primero). A través de ellas, como con buen criterio apunta DÍEZ RIPOLLÉS, se continúa la tendencia, comenzada en la década anterior, de fomentar sustitutivos a la pena de prisión: para la suspensión se amplía con buen criterio su ámbito de ejecución, se presentan nuevas hipótesis para la sustitución, se limita la necesidad de cumplir la responsabilidad subsidiaria en prisión y para la libertad condicional se fijan requisitos menos estrictos que con anterioridad³⁷.

Obviamente no todo son loas. El propio Preámbulo de la LO 5/2010 para introducir la localización permanente señala la necesaria evolución de la respuesta jurídico-penal hacia fórmulas más operativas y mejor adaptadas a las actuales necesidades y demandas sociales y la secular carencia de penas alternativas a las penas cortas de prisión del sistema español. También la Exposición de Motivos del

³⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003". En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 8, 2006, pág. 9.

Anteproyecto 2013 alude para justificar sobre todo la reforma referida a la suspensión como alternativa unitaria y prevalente a una modificación del sistema actual para hacerlo más efectivo, ofrecer a los Jueces y Tribunales una mayor flexibilidad y “facilitar una tramitación más rápida de esta fase inicial de la ejecución de las penas de prisión”.

En parecido sentido se manifestó asimismo, sobre la redacción original del Código Penal de 1995 pero de indudable actualidad, el Consejo General del Poder Judicial, a través del Informe que elabora, de 10 de septiembre de 1999, sobre la aplicación del nuevo Código Penal, en el que señala cinco cuestiones a tener en cuenta para mejorar el régimen de sanciones y que no gire, con absoluta prioridad, alrededor de la pena de prisión: a) existen muy pocos casos en los que el legislador directamente prescinda de la prisión, imponiendo pena de multa -los supuestos más proclives a esta alternativa podían ser los relacionados con el patrimonio sin violencia o intimidación que, sin embargo, son sancionados con penas de prisión de una dudosa proporcionalidad, sobre todo en el hurto y en el robo con fuerza en las cosas-; b) las alternativas se regulan solo para las penas cortas -de seis meses a dos años-; c) el número de alternativas novedosas introducidas por el Código es escaso -días-multa, trabajo en beneficio de la comunidad, posibilidad de imponer reglas de conducta a la suspensión-; d) las alternativas establecidas son en general muy severas en relación a los ilícitos que castigan; e) la regulación de las alternativas no siempre es respetuosa con el principio de legalidad -ejemplos, posibilidad de suspender o no la condena “atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del reo” (artículo 80), ausencia de criterios que indiquen cuando el Juez debe de optar por la sustitución o suspensión de la pena y la posibilidad de que el Juez pueda imponer las reglas de conducta “que estime conveniente para la rehabilitación social del penado” en la suspensión (artículo 83) y sustitución de la pena de prisión (artículo 88)³⁸.

Un buen sector de la doctrina ha objetado, con mayor o menor intensidad, el susodicho sistema. CID, por ejemplo, en la línea antes comentada de las disfuncionalidades del sistema español con las previsiones europeas, considera las siguientes insuficiencias: a) carencia de un sistema organizado de resolución extrajudicial de conflictos penales (incluyendo mecanismos de justicia restauradora); b)

³⁸ Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre aplicación del nuevo Código Penal, de 10 de septiembre de 1999, págs. 43-45.

carencia de un sistema suficientemente individualizado de penas alternativas a la prisión; c) carencia de normas específicas en la legislación que establezcan la preferencia de la sanción alternativa a la prisión; d) carencia del informe pre-sentencia obligatorio; e) carencia de una regulación que establezca la finalización de las sanciones alternativas por el cumplimiento de sus finalidades; f) carencias en el sistema de libertad condicional; g) carencia de un servicio autónomo de cumplimiento de sanciones en la comunidad (agencia de probation)³⁹. MAPELLI CAFFARENA, por su parte, hace igualmente una valoración sumamente crítica, al afirmar que en un análisis de Derecho comparado el Código Penal español sigue resultando parco en penas alternativas, mantiene una relación de penas ancladas en el pasado carente del más mínimo esfuerzo reformador e imaginativo⁴⁰.

Verdad es que la propuesta de nuestro Código Penal ha de ser mejorada, como lo tiene que ser la de muchas otras legislaciones que inicialmente apuestan por un catálogo abierto y coherente de alternativas. Como he señalado anteriormente no creo que el sistema español esté especialmente alejado de ellas y de las normativas internacionales al respecto. La radicalización en la crítica es, a veces, positiva para buscar una reacción político-criminal más adecuada. En consecuencia estimo que ello se ha de conseguir con alguna selectiva nueva incorporación y con una remodelación de las actuales no solamente de los sustitutivos sino también y, en consecuencia, de las penas referidas en el catálogo del artículo 33 del Texto punitivo español, en la línea que antes hemos avanzado desde nuestra posición y de las valoraciones de los autores citados⁴¹.

³⁹ CID, José. *La política criminal...* cit., págs.. 63-82

⁴⁰ MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias s...* cit., pág. 87.

⁴¹ Las penas actualmente en vigor son: prisión, inhabilitación absoluta, inhabilitaciones especiales, suspensión de empleo o cargo público, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, privación del derecho a la tenencia y porte de armas, privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, prohibición de aproximarse a la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, privación de la patria potestad, multa y multa proporcional, trabajos en beneficio de la comunidad, localización permanente, pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. A ello hay que unir las penas aplicables a las personas jurídicas, que no son objeto de este trabajo por su especial naturaleza, contenidas en el número 7 del artículo 33. El Anteproyecto 2013 no modifica con intensidad tal catálogo, es parco en este sentido con la única, eso sí verdaderamente importante, incorporación, analizada en texto con anterioridad, de la prisión permanente revisable, como pena grave, la desaparición como leves, efecto de la supresión del Libro III dedicado a las faltas, de la localización permanente de un día a tres meses y los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días, interesantes en ambos casos penas que han de jugar, en su durabilidad mayor, un gran papel como alternativas a la de prisión de corta duración -se mantienen ambas como penas menos graves con la duración actual-, una ligerísima modificación de la multa, como leve, que pasa en su tiempo de diez días a

Con respecto a estos último me merece un especial comentario valorativo la primera de las carencias que detecta CID, la ausencia en nuestra legislación penal de un sistema organizado de resolución extrajudicial de conflictos penales. Ciertamente es que la llamada justicia restaurativa, no aparece recogida como tal por nuestro Derecho punitivo para adultos -es contemplada por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en cuyo artículo 19 se contempla de manera peculiar con la titulación de “sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima”- pero es destacada reiteradamente por instituciones internacionales y acogida en relevantes legislaciones foráneas: la mediación penal. Las referencias que a nivel de Naciones Unidas o Consejo de Europa se hacen, sobre la bondad y necesidad de incorporar al Derecho positivo interno, incluido el penal, sistemas alternativos de resolución de conflictos, entre los que no se duda en incluir los componentes de la justicia restaurativa y, en concreto, la mediación penal, son importantes.

De esta manera, y a título exclusivamente de ejemplo, no puede ser de otra forma en un trabajo con el alcance del que estoy desarrollando, las citadas Reglas de Tokio marcan en la proclamación de sus principios generales y dentro de los objetivos fundamentales bases para la adopción de semejantes criterios. La Unión Europea es más prolija y concreta en este aspecto. Así, la Recomendación núm. R (99), de 15 de septiembre del Comité de Ministros de los Estados Miembros concerniente a la mediación en materia penal (adoptada por el Comité de Ministros el 15 de septiembre de 1999 en la 679 reunión), estima los avances en los Estados miembros del uso de la mediación en materia penal como una forma flexible y completa, solución de problemas con implicación participativa de las partes, como complemento o alternativa a los tradicionales procesos penales; considera la necesidad de aumentar la participación personal activa en los procedimientos penales de la víctima, del delincuente y otras personas que puedan verse afectadas como partes, así como la participación de la comunidad; reconoce que la mediación puede aumentar la conciencia de la importante función de la persona y de la comunidad en la prevención y el tratamiento de la delincuencia y sus conflictos asociados, y conseguir, fomentando así de manera constructiva, resultados penales menos represivos. Recomienda en definitiva, a todos los Gobiernos de los Estados miembros que tengan en cuenta estos principios de la

dos meses a multa inferior a dos meses. La atención del Anteproyecto 2013 está volcada con mayor intensidad en los sustitutivos específicos de la pena de prisión.

Recomendación cuando desarrollen la mediación y den la circulación más amplia a este texto. La Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI) define la mediación como “la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente”.

Por otro lado, son bastantes los países que regulan esta institución jurídica, como muestra Alemania, Italia, Bélgica, Francia, Argentina. Mostremos dos de ellos: Alemania lo hace de manera diferenciada no usando en el ámbito penal el término mediación que si lo hace en Derecho civil, por ejemplo, para emplear la trilogía autor, víctima, compensación (TOA) -Täter, Opfer, Ausgleich-, y la reparación del daño ocasionado por el delito, introducidos por la Ley de 28 de octubre de 1994 de lucha contra la delincuencia por la que se incorpora, según ALDONEY RAMÍREZ, de forma tácita la mediación en el Derecho penal de adultos⁴². El TOA se proyecta esencialmente en el Código Penal y en el Código Procesal Penal -asimismo en el Derecho penal de menores-. En el primero, el parágrafo 46. II contempla como circunstancia favorable en la medición de la pena la conducta del autor después del hecho, especialmente sus esfuerzos para reparar los daños y sus esfuerzos para acordar una compensación con el perjudicado y en el parágrafo 46 a) se admite que el tribunal puede atenuar la pena o privar de ella siempre que ésta no sea superior a un año de privación de libertad o una multa de hasta trescientos sesenta días-multa, siempre que: 1. El autor se haya esforzado seriamente en acordar una compensación con el perjudicado, le haya restablecido en su mayor parte en la situación jurídica anterior, o 2. Haya indemnizado a la víctima totalmente o en su mayor parte, en una situación en la que la reparación de los daños exija notables prestaciones o renunciaciones personales. En el segundo, la institución se consagra en algunas disposiciones procesales como el § 155a (la fiscalía y el tribunal deberán examinar en todo estado del proceso la posibilidad de obtener una compensación entre el acusado y el afectado por el delito. En casos apropiados deberán encausar esfuerzos en tal sentido, sin que se pueda estimar como apropiado un caso sin la voluntad expresa del afectado), el § 155b del Texto procesal (se recogen normas procedimentales sobre la protección de datos respecto del envío de informaciones

⁴² ALDONEY RAMÍREZ, Rodrigo. “Mediación penal y justicia alternativa. Alemania”. *Sistemas penales comparados. Revista Penal*. www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/241/232., pág. 185.

personales desde la fiscalía o el tribunal a instancias mediadoras) y el § 153a n° 5 (que incorpora la TOA como una de las alternativas del sobreseimiento condicional).

Por su parte la Ley Argentina 13.422 establece el régimen de resolución alternativa de conflictos penales que se instrumentará en el Ministerio Público. Mediación penal. Como puede comprobarse se trata de una Ley específica para la mediación penal que tiene como parámetros más destacados: a) se regirá por los principios de voluntariedad, confidencialidad, celeridad, informalidad, gratuidad, neutralidad o imparcialidad de los mediadores; b) siempre será necesario el expreso consentimiento de la víctima; c) la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos departamental tomará intervención en cada caso en que los Agentes Fiscales deriven una Investigación Penal Preparatoria, siempre que se trate de causas correccionales -no obstante lo anterior, se consideran casos especialmente susceptibles de sometimiento al presente régimen: a') causas vinculadas con hechos suscitados por motivos de familia, convivencia o vecindad; b') causas cuyo conflicto es de contenido patrimonial. En caso de causas en las que concurren delitos, podrán tramitarse por el presente procedimiento, siempre que la pena máxima no excediese de seis años. No procederá el trámite de la mediación penal en aquellas causas que: a') la o las víctimas fueran personas menores de edad, con excepción de las seguidas en orden a las Leyes 13944 y 24270; b') los imputados sean funcionarios públicos, siempre que los hechos denunciados hayan sido cometidos en ejercicio o en ocasión de la función pública; c') causas dolosas relativas a delitos previstos en el Libro Segundo del Código Penal, Título 1 (Capítulo 1 – Delitos contra la vida); Título 3 (Delitos contra la integridad sexual); Título 6 (Capítulo 2 – Robo); d') título 10 Delitos contra los Poderes Públicos y el orden constitucional; d) El procedimiento de resolución alternativa de conflicto podrá ser requerido por el Agente Fiscal que intervenga en la Investigación Penal Preparatoria, de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes o de la víctima ante la Unidad Funcional.

En España, como se ha indicado, la cuestión permanece en un continuo debate, aunque se producen importantes avances en la realidad práctica y cada vez son más las voces que se levantan favorables a su incorporación normativa. De destacar algunas de las conclusiones extraídas del Curso en materia de mediación penal⁴³ en cuanto a su

⁴³ *Conclusiones del curso “la mediación civil y penal. Dos años de experiencia”. Segunda parte del curso sobre alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a jueces de familia y penales.* Consejo General del Poder Judicial y Fiscalía General del Estado. Madrid, octubre de 2007, págs. 157 y ss.

necesidad, operatividad y fundamento dentro de nuestra propia legislación: a) el Derecho penal es un instrumento necesario para el funcionamiento de la sociedad, pero su legitimidad reside no sólo en los fines constitucionalmente establecidos, sino también en la limitación de las consecuencias negativas que genera su aplicación sobre los ciudadanos. La mediación en el ámbito penal aparece como un instrumento dentro del proceso, que incrementa las posibilidades de solución pacífica de los conflictos atendiendo a las necesidades de la víctima y apoyando la posibilidad de reinserción de los infractores —prevención especial—. En este sentido, las experiencias prácticas de mediación evidencian un modo de operar en la justicia penal más humano, sin que se resienta la seguridad jurídica y los fines de prevención general del Derecho penal; b) la mediación también es un método de intervención que puede operar en el contexto de un proceso abierto como un medio de alcanzar los fines del proceso penal reconocidos por el ordenamiento jurídico, que no logra cumplir en la mayoría de los casos; c) en relación a la víctima se refiere, se podrían identificar tres objetivos: la reparación o resarcimiento del daño, la recuperación del sentimiento de seguridad, como forma ésta de reparación simbólica, y la resolución de problemas asociados a la victimización secundaria, derivados de la reiterada llamada al proceso del ofendido como testigo⁴⁴.

Pero, como en casi todo, a pesar de semejantes fundamentadas razones a favor de la mediación penal no faltan voces críticas que exponen criterios de verdadera relevancia, como pueden ser, entre otros: a) supone una privatización de la justicia penal; b) cabe pensar que con la mediación, son el autor del delito y la víctima los que den respuesta al hecho delictivo y, por tanto, sustraigan de los órganos penales jurisdiccionales la función que constitucionalmente les compete, en deterioro del *ius puniendi* estatal; c) afecta a la presunción de inocencia – no más que las conformidades, añadido, generalmente admitidas, en muchos supuestos impuestas de manera sibilina, y en todo caso utilizadas con una generosidad cuantitativa que raya el respeto a principios básicos de garantía penal, especialmente los de presunción de inocencia, igualdad, legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, impropia de nuestro sistema continental.

⁴⁴ Por todos los autores, *vid.*, la sólida defensa que de la mediación penal hace desde la judicatura: DEL RIO FERNÁNDEZ, Lorenzo. “Mediación y cambio cultural. Hacia una nueva filosofía penal”. *Texto de la conferencia inaugural impartida en las I Jornadas Técnicas de la Fundación Mediara*. Octubre de 2011. www.revistamediara.es/articulos/10/mediacion-y-cambio-cultural

Cualquier opción favorable a la incorporación de la mediación en el ámbito penal ha de ser tratada con suma cautela y con respuestas garantistas suficientes y adecuadas a las exigencias de control jurisdiccional. Para ello, y muy en esquema procede advertir algunas. En primer lugar hay que entender la mediación penal como la búsqueda, antes o durante el proceso penal e, incluso en ejecución, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción en la cual interviene como mediador una persona competente.

En segundo, subordinada a una serie de principios generales esenciales de acatamiento imprescindible y que son garantía de sometimiento equilibrado entre ellos dentro de la estructura de nuestro sistema jurisdiccional y constitucional: a) principio de legalidad; b) principio de exclusividad jurisdiccional; c) principio de presunción de inocencia; d) principio de oportunidad, en su caso.

En tercero, y al hilo de lo anterior, otra serie de principios concretados en la propia mediación: a) voluntariedad de las partes -se requiere la participación voluntaria tanto de la víctima como del sujeto activo del delito. Ninguno podrá ser obligado a someterse a mediación-; b) gratuidad -los costes derivados de la mediación han de ser asumidos por la administración de justicia, en razón precisamente al carácter público del Derecho penal, garantizándose de tal manera, además, el principio de igualdad ante la Ley-; c) confidencialidad -la información producida durante el proceso de mediación es confidencial y no podrá ser utilizada con posterioridad en perjuicio de ninguna de las partes, únicamente en caso de llegarse a un acuerdo el juez tendrá conocimiento de lo pactado en el documento final-; d) oficialidad -le ha de corresponder al juez, previo acuerdo o a iniciativa del Ministerio Fiscal, o del abogado defensor, someter el proceso a mediación, por lo que semejante actuación puede ser de oficio o a instancia de cualquiera de las personas implicadas como partes procesales. El derecho de defensa ha de quedar garantizado-.

En cuarto, es preciso plantear una de las cuestiones más debatidas en relación a la extensión de la mediación en la esfera penal, esto es, su ámbito material o las infracciones susceptibles de mediación penal. GARCIANDÍA GONZÁLEZ las resume en dos modalidades básicas: a) apriorísticamente se limita a infracciones delictivas menos graves; b) aplicación, en principio, a cualquier infracción penal, si bien puede verse

posteriormente limitada conforme a determinados parámetros de selección⁴⁵. A partir de aquí las hipótesis son múltiples desde los que se aferran a un corto catálogo inicial de infracciones o los que restringen dicho ámbito objetivo a las faltas y a los delitos privados y semipúblicos hasta los que no ponen tope alguno aceptando cualquier tipo de delito o falta, siempre que se den los requisitos que marcan la mediación.

Posiblemente sea correcto pensar, y así lo propone la conclusión octava del citado Curso en materia de mediación penal, que no se debería excluir ninguna infracción, pues hay que estar a las circunstancias de cada caso, sobre todo a la posición emocional y a las condiciones de igualdad en que se encuentren las partes, para ver si es posible o no el desarrollo de la mediación. De manera que la derivación a mediación no debe responder a criterios objetivos que atiendan exclusivamente a los tipos penales, sino que debe tomar en consideración el criterio subjetivo de la presencia como sujeto pasivo en el supuesto de víctimas que sean personas físicas, y con vulneración de derechos eminentemente personales. Semejante toma de postura en cierto modo maximalista creo debe matizarse, aun en la comprensión de que el criterio subjetivo sea, en principio, determinante pero sometido a ciertas limitaciones, porque, además el principio de oportunidad no debe de neutralizar nunca al de legalidad. En tal sentido, mi propuesta en esta cuestión, si lógicamente se acepta la mediación penal, ha de ser limitación de los comportamientos incluíbles en ella, que entendemos llega hasta los delitos graves e, incluso, para los menos graves, determinadas excepciones en razón al bien jurídico protegido -indisponible-, a la naturaleza del delito -peligro abstracto- o características de la víctima -supuestos en los que la víctima por su propia relación con el victimario esté en una posición de desigualdad, cuando no de temor-.

En quinto, si el resultado de la mediación es positivo el juez valorará los acuerdos a los que hayan llegado las partes, las circunstancias concurrentes y el estado del procedimiento y en su efecto podrá decretar el archivo por oportunidad de conformidad, imponiendo como reglas de conducta los acuerdos alcanzados por las partes o proceder por las reglas especiales de la conformidad.

En sexto y último lugar, y en caso de decisión afirmativa, procedería su regulación a través de una ley específica de mediación penal de ámbito estatal junto a

⁴⁵ GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro María. “La regulación de la mediación penal en España: opciones legislativas y contenidos mínimos”. *Sobre la mediación penal (posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español)*. Navarra, 2012, pág. 435.

las convenientes concreciones en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que permitan introducir y ordenar la mediación intraprocesal.

Pienso que todo lo expuesto es suficiente acicate para tomar posición sobre la incorporación de la mediación en el ámbito penal, como una atractiva manera de resolución de conflictos que, al final, no ha de dejar ser una innovadora forma alternativa a la pena de prisión; pero al mismo tiempo he de declarar la necesidad de cautela y prudencia, de reduccionismo en su utilización, comprensión muy alejada de la realidad práctica, cuando no alegría en su uso, con que en la operatividad judicial se está empleando una figura afín como es la conformidad que de excepción ha pasado a una temeraria cotidianidad.

IV. Sustitutivos específicos de la ejecución de la pena de prisión en el Derecho penal español

Tal como se ha avanzado y dada la realidad de la preeminencia excesiva de la pena de prisión en los Ordenamientos penales y en su aplicación práctica se producen ciertos movimientos de sensibilización que logran que las legislaciones más modernas se esmeren en regular sustitutivos específicos a este tipo de pena. El Código Penal español no es una excepción. Acoge, fundamentalmente, tres modalidades, como formas alternativas, aunque una de ellas, la tercera, presente peculiaridades diferenciadas a tener en cuenta, incluso desde el punto de vista conceptual. Son: la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, la sustitución y la libertad condicional (Capítulo III- De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional-, Título III -De las penas-, Libro primero).

El primero de los sustitutivos -“De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”, Sección primera, artículos 80 a 87- es posiblemente la alternativa específica mejor considerada por doctrina, jurisprudencia y legislaciones comparadas, con diferentes terminologías y matices pero sobre la base de dejar en suspenso con condiciones la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a una determinada duración -en España dos años-, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto y también a la existencia de otros procedimientos

penales contra éste. De la bondad de dicha institución y de sus buenos resultados es relevante su ubicación en la mayoría de los Textos punitivos y su cada vez más notable expansionismo, en este caso positivo.

El Código Penal español, en línea con la tendencia comparada de dotar a dicha institución de especial protagonismo -que incrementa, como se verá más adelante, con especial intensidad el Anteproyecto de 2013- marca una serie de requisitos y reglas de actuación para el efectivo desarrollo de la suspensión. Parte de tres premisas fundamentales basadas en una cierta discrecionalidad judicial: a) su propia concesión que “podrá” ser otorgada por los jueces o tribunales mediante resolución motivada -los datos de su aplicación real, cuando se dan los requisitos exigidos por la norma, muestran casi automatismo en la concesión-; b) el plazo de suspensión ha de ser fijado por los jueces o tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena sobre una horquilla de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves; c) podrán asimismo condicionar la suspensión al cumplimiento de una serie de obligaciones y deberes enumerados en el artículo 83.1. Como condiciones indispensables para dicha suspensión se establecen (artículo 81): a) que el condenado haya delinquido por primera vez; b) que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de multa; c) que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas. La suspensión queda siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el Juez o Tribunal.

El legislador, con buen criterio, incorpora, en el artículo 87, una forma especial de sustitución dirigida a la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años para penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, aun cuando no concurrieren las condiciones 1ª y 2ª previstas en el artículo 81, más arriba enumeradas, siempre que se certifique suficientemente por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a

tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión. A esta suspensión extraordinaria se le añade un nuevo criterio judicial de discrecionalidad: cuando el condenado sea reincidente, el juez o tribunal valorará, por resolución motivada la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor. Dicha variante de la suspensión se nos antoja sumamente atractiva, en cuanto profundiza todavía más en los objetivos preventivo-especiales que orientan esta institución jurídica, enriquecida con dicha formulación.

Algún autor, reconociendo la eficacia de semejante hipótesis y valorando positivamente las últimas modificaciones sobre ella, no elude la indicación de ciertas deficiencias. En tal sentido MAPELLI CAFFARENA alaba la aproximación del modelo de suspensión a la *probatio* inglesa, lo que supone una mayor orientación preventiva especial y un avance en la desaparición de los elementos más objetivos. No obstante, requiere atención modificadora en algunos puntos: en primer lugar, la presentación todavía, a pesar del avance en este sentido, de excesivamente objetivizados algunos de sus aspectos, como la dependencia de la revocación a la realización genérica de un nuevo delito sin atender a otros criterios, cuando el objetivo esencial de la suspensión es, como ha sido dicho, favorecer la reinserción del penado, con lo que parece oportuno tener en cuenta en todos los niveles de decisión sus circunstancias personales y los vínculos sociales de éste con el medio; en segundo, el mantenimiento con relevancia excluyente en la hipótesis genérica, opcional en la extraordinaria -atendiendo, esta vez sí, a las circunstancias del hecho y del autor-, de los antecedentes que, en todo caso, serán un elemento más dentro del estudio de su personalidad⁴⁶. Matices que, sin duda, enriquecerían el texto pero que en ningún caso desmerecen la valoración positiva de esta institución penal.

La segunda -“De la sustitución de las penas privativas de libertad”, Sección segunda, artículos 88 y 89- prevé la simple sustitución de las penas de prisión de corta y media duración -hasta dos años- por otras diferentes -multa, trabajos en beneficio de la comunidad, localización permanente- con el objetivo de evitar que el cumplimiento de la pena de prisión pudiera impedir los fines de prevención especial y resocialización del penado -El AAP de la Rioja 222/2007, de 8 de noviembre la concibe en semejante línea combinada con criterios también preventivos generales, para nosotros mucho más

⁴⁶ MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias...* cit., pág. 122.

aquellos que estos, al afirmar que “con la sustitución de la pena de prisión se cumple tanto con el objetivo de la prevención general positiva como con el correspondiente a la prevención especial. Así mediante la sustitución se logra cumplir con la función de protección del bien jurídico, pues produce una intervención penal y, por otra parte, se cumple con los principios que regulan la intervención penal: legalidad, humanidad, proporcionalidad, culpabilidad, etc. También, se tiende con ella, no sólo a evitar la comisión de futuros delitos, sino a lograr la reeducación y corrección del delincuente para que no vuelva a delinquir, en especial cuando se trata de penas cortas de prisión, con las que difícilmente podrán lograrse esos objetivos”.

Cuatro formas diferenciadas se recogen: a) dos con carácter común –a´) penas de prisión que no excedan de un año por multa o trabajo en beneficio de la comunidad; b´) penas de prisión que no excedan de seis meses también por localización permanente, como ya ha sido dicho; b) sustitución excepcional, penas de prisión que no excedan de dos años por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad; c) sustitución especial de penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a penados extranjeros no residentes legalmente en España, la más criticada por la desigualdad en la aplicación que supone con respecto a españoles y extranjeros residentes legalmente en España y fundamentada en criterios mercantilistas y de capacidad penitenciaria impropios para justificar una decisión de esta características.

La cuestión que con más intensidad se muestra problemática, al menos en su concreción material, es la posible identidad en la determinación de ambas pues con frecuencia las situaciones de aplicación son muy parecidas y de difícil selección por parte de los Tribunales. BORJA MAPELLI propone varias soluciones: a) aplicar el concurso aparente de normas, en el que la sustitución es la especial, y por tanto de aplicación preferente, y la suspensión la general; b) aceptar la existencia de una relación secuencial entre ambos beneficios, de tal manera que si concurren los requisitos corresponde aplicar siempre en primer lugar la suspensión; c) tener en cuenta los límites exteriores de ambos beneficios, que vienen determinados por las exigencias preventiva especiales -características del hecho y duración de la pena-; d) concebir ambos institutos como una fase más del proceso de individualización de la responsabilidad penal en base a necesidades preventiva especiales, y en consecuencia, el órgano judicial debe aplicar

uno u otro acuerdo con la conveniencia resocializadora de cada caso⁴⁷-es la que el autor señala como más idónea⁴⁸.

Cierto es que en la actualidad se presentan formalmente como dos instituciones distintas y, por tanto separables, pero lo que no queda tan claro son los criterios y formas de selección de una y otra para su prioritaria aplicación. Por mi parte, y sobre la regulación vigente, no creo que sea imprescindible llegar a una real antinomia entre prevención especial y prevención general. Estoy en la línea de que los jueces han de tener en cuenta en la individualización de la pena fundamentalmente las exigencias de prevención especial pero también las de política-criminal que derivan en una aceptación social de los mecanismos alternativos a las penas de prisión. Desde tal perspectiva parece de aplicación preferente la suspensión sobre la sustitución, en la línea que, más que alternativa a aquélla, ésta ha de concebirse como una derivación suplementaria para determinados casos. Además es preciso poner de manifiesto que, incluso, el legislador es más generoso, en cuanto a requisitos, con la suspensión que con la sustitución y que la jurisprudencia, al menos cuantitativamente, opta por la suspensión de manera mucho más intensa.

A esta disyuntiva el Anteproyecto 2013 responde con una solución novedosa y de cierto interés⁴⁹ que parte de una desigual unificación más bien absorción de la

⁴⁷ *Ibd.*, págs. 143-144.

⁴⁸ El citado AAP de la Rioja de 8 de noviembre 2007 tercia asimismo en el tema de la siguiente manera: “suspensión y sustitución forman dos instituciones distintas, que incluso pueden llegar a ser antagónicas, sobre todo en el plano aplicativo, pues, mientras la sustitución constituye la respuesta sancionadora normal a la criminalidad de escasa entidad, la suspensión, por su parte, es de aplicación si no excepcional seguramente menos frecuente, en cuanto que está fundada sobre la valoración de la personalidad del culpable, y en la que no se ejecuta pena alguna, al contrario que la otra, en la que si se ejecuta la pena sustituida, de modo que esta institución incide sobre la misma existencia de una pena que se aplica, dando vida a una consecuencia jurídica estable y exclusiva del delito, al contrario de la medida suspensiva que sí incide sobre la propia aplicabilidad de la sanción, al evitarla, y por ello obviando sus efectos”.

⁴⁹ Al CGPJ la reforma le merece un “juicio positivo”- *Informe CGPJ*, pág. 75-, a pesar de determinadas disfuncionalidades o contradicciones que advierte en el nuevo texto –por ejemplo, la supresión dentro del número 2 del artículo 80 –en la actualidad artículo 81- en relación al requisito de haber satisfecho las responsabilidades civiles que su hubieren originado, de la posibilidad de que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas. Una puerta que se cierra de manera altamente insatisfactoria. A cambio introduce una cláusula de marcado carácter subjetivo en su apreciación “Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el comiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido -. Igualmente incorpora otra opción en línea de flexibilidad aplicativa en un nuevo número 3 del artículo 80: “Excepcionalmente, aunque no concurren las condiciones 1ª y 2ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen. En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva

sustitución en la suspensión -se denomina régimen único de suspensión-. Con él intenta neutralizar la situación actual de dispersión de la propia suspensión versus sustitución -suspensión ordinaria, suspensión especial para drogodependientes y sustitución de pena-, manteniendo ambas pero bajo el paraguas del precitado sistema único alrededor de la suspensión. Aunque en esencia se mantienen los mismos parámetros, la renovación es profunda y, en buena medida, acertada en cuanto a su planteamiento esencial de unificación.

El primer dato a destacar es la misma redacción definitoria del alcance de la suspensión, ya entendida en su versión integradora que se completa con parámetros más específicos, aunque limitativos, y de tenor más subjetivo, cuando establece “ Los Jueces o Tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos⁵⁰. Para adoptar esta resolución el Juez o Tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, la personalidad del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”. Parece claro que se apuesta por una mayor flexibilidad en la valoración judicial al respecto, que sin embargo, se ve severamente recortada en su interpretación abierta, cuando en el número 4 del artículo 80 -numeración del Anteproyecto- introduce una nueva restricción puramente discrecional y de referencia funcionalista jakobsiana al señalar que “no se suspenderá la ejecución de las penas privativas de libertad superiores a un año cuando aquélla resulte necesaria para asegurar la confianza general en la vigencia de la norma infringida por el delito”. Lo que me parece impropio no solo en cuanto a su fundamento doctrinal sino también en su estructura sistemática porque de

del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento de las prestaciones a que se refiere el número 1) del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los números 2) ó 3) del mismo precepto.

⁵⁰ Semejante redacción sustituye y deja sin efecto la referencia actual a la peligrosidad criminal. Alteración criticada por el Informe CF 2012 mantiene que con tal formulación el Anteproyecto focaliza el beneficio en un perfil criminológico sumamente limitado, pues remite a un delincuente primario u ocasional, socialmente integrado, para el que la declaración judicial de culpabilidad y la imposición de la pena, sin necesidad de ulterior ejecución, ejerce un efecto intimidatorio suficiente para precaver todo riesgo de reincidencia. *Informe CF 2012*, pág. 30. Estimo que si no con la prioridad absolutista actual que ostenta la peligrosidad social como fundamento de la suspensión, sí como un aspecto a valorar ha de estar presente en tal evaluación, aunque puede pensarse incluida indirectamente en las nuevas y numerosas exigencias que completan dicha propuesta en el Anteproyecto 2013.

manera más prudente ya está contenida en la redacción general del número 1 de este artículo 80.

Como he explicitado anteriormente la modificación más relevante, al menos a efectos estructurales, es el cambio del vigente régimen de sustitución de la pena por el unitario de suspensión, donde aquella pasa a ser una modalidad de ésta⁵¹. Se presenta en el nuevo artículo 84 sobre tres hipótesis: una como condición de suspensión y otras dos como sustituciones tradicionales pero con el inevitable matiz suspensivo que vuelve a avalar la propia redacción introductoria al situar que el Juez o Tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas, -con lo que sin hablar de sustitución mantiene parecido contenido pero asimilado a dichas prestaciones o medida dentro de la suspensión-: a) al cumplimiento del pago de una multa, cuya extensión será fijada por el juez o tribunal, pero que en ningún caso podrá ser superior a la resultante de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión, tope que es exactamente el criterio de conversión actualmente vigente, lo que pone de manifiesto la posibilidad de que la multa sea cuantitativamente menor que en la actualidad; b) la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, cuya duración igualmente se deja a decisión judicial con el límite asimismo actual de un día de trabajos por un día de prisión. Ambas están acompañadas, no como sustitución sino como condición o medida, se supone según la inexacta terminología que se emplea, por el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación, con lo que se reconoce cierta presencia de esta institución en el ámbito punitivo, en este caso en la suspensión de la ejecución de la pena. Por el contrario, se excluye de dicha ficción de sustitución la localización permanente, cuestión ésta, desde nuestro punto de vista, no especialmente acertada⁵².

El único mecanismo de sustitución que queda algo intacto, aunque dentro de la suspensión, es el más que discutible, como ya se ha advertido, de sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional para los extranjeros -actualmente extranjeros no residentes legalmente en España-. Esta controvertida figura ha sido en

⁵¹ Para el Consejo Fiscal el Anteproyecto rubrica la abolición definitiva de la figura de la sustitución de penas. *Informe CF 2012*, pág. 39

⁵² Con valoraciones críticas y alternativas al texto sobre suspensión y sustitución, en relación al del Anteproyecto 2012 de contenido parecido que no igual al de 2013, vid: ABEL SOUTO, Miguel. "Suspensión de la pena: arts. 80,81 y 84 CP". En *Estudio crítico...cit.*, págs. 291-310. ACALE SÁNCHEZ, María. "Suspensión y sustitución". En *Estudio crítico...cit.*, págs. 311-328. TRAPERO BARREALES, María A. "Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad: arts. 71 y 80 a 88 CP". En *Estudio crítico...cit.*, págs. 331-354.

general valorada de manera negativa por la doctrina. Su fundamento es destacado desde dos perspectivas esencialmente: a) obedece al fin de control de los flujos migratorios, pues, según TORRES FERNÁNDEZ, en los supuestos que se incorpora al Código Penal se prevé como requisito explícito la cualidad de extranjero “no residente legalmente en España”⁵³; b) la descongestión del sistema penitenciario. Ninguno de los dos motivos tiene entidad suficiente. El primero, porque no es a través precisamente del Derecho punitivo sobre el que se ha de hacer semejante operación, como, además, parece pensar el prelegislador de 2013 que, ahora se verá, amplía la sustitución a cualquier extranjero; el segundo, porque, como bien apunta TORRES FERNÁNDEZ, cabe ser atendida, en igualdad de condiciones, por los efectos de la progresión en grado penitenciario hacia formas de cumplimiento en régimen abierto⁵⁴ o, añadido, con aplicación generosa de las alternativas a la pena de prisión, siempre que se den las exigencias normativas establecidas para ello. Se me escapa igualmente de qué manera cumple la expulsión los fines preventivos generales y especiales que marcan los fines de la pena en el Derecho penal moderno⁵⁵.

El Anteproyecto de 2013 altera con cierta profundidad su contenido y esencia - de reforma radical del instituto de la expulsión sustitutiva, lo califica el Informe CF 2012⁵⁶- lo que, desde mi punto de vista, estando apriorísticamente en contra de esta forma de sustitución, tiene luces y sombras. La Exposición de Motivos hace una loa de su contenido, algo excesiva y amparada como criterio rector en combinar la búsqueda de eficacia con un escrupuloso respeto a los derechos humanos -lo que no deja de ser paradójico cuando se parte de criterios de desigualdad- y a la exigencia de proporcionalidad de la medida.

⁵³ TORRES FERNÁNDEZ, Elena. *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*. Madrid, 2012, pág. 148.

⁵⁴ *Ibid.*, 158.

⁵⁵ En este sentido TERRADILLOS BASOCO-BOZA MARTÍNEZ afirman que la sustitución de penas de mayor duración entra, incluso en texto vigente, en contradicción con el principio de reinserción, pero también con las necesidades de prevención general. Su utilización puede llevar a resultados no pretendidos como prioritarios pues como ha puesto de relieve el propio Tribunal Supremo, la expulsión sustitutiva de penas de prisión de hasta seis años de duración, ha venido a transformarse en una opción criminógena, al incentivar la realización de delitos, incluso graves, que, en aplicación literal de la ley, no tenían otra consecuencia material que la repatriación del condenado. TERRADILLO BASOCO, Juan- BOZA MARTÍNEZ, Diego. “La expulsión del extranjero: art. 88 CP”. En *Estudio crítico...cit.*, pág. 363.

⁵⁶ *Informe CF 2012*. pág. 62.

A lo dicho anteriormente de ampliación del círculo de extranjeros a los que se les puede aplicar, cualquier extranjero⁵⁷, hay que añadir otros parámetros recogidos por el Anteproyecto. Lo primero es destacar su carácter restrictivo en diversos sentidos- por ejemplo, en la duración de la pena impuesta para ser sustituida, de más de un año pero si es de más de tres, o varias penas que excedan de esa duración, el Juez o Tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito- nuevamente se introducen criterios funcionalistas-. En este supuesto, cumplida la parte de la pena que se hubiera determinado, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español.

Introduce además, con buen criterio, una importante cautela con carácter general: no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias de hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada-. Se utiliza el concepto de arraigo, solicitado por parte de la doctrina, para la valoración final de si la sustitución de la pena es proporcional y adecuada, en línea con lo fijado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁸.

Al margen de la valoración concreta que se tenga sobre la propuesta contenida en el Anteproyecto 2013 sobre su mejora con respecto a la redacción actual, creo que se va a volver a perder una nueva oportunidad para suprimir esta hipótesis en nuestro Texto penal. Me parece, como ya he comentado líneas más arriba, desigual con los propios españoles; basada casi exclusivamente en mecanismos de capacidad penitenciaria no estimamos que responda a planteamientos político-criminales acertados, sobre todo cuando existen alternativas válidas a utilizar para cualquier individuo que delinca, sin discriminación por su status, es decir la propia suspensión o

⁵⁷ Especial atención le dedica a los ciudadanos nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea: “Cuando se trate de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá su expulsión cuando el delito cometido, a la vista de sus circunstancias personales y sus antecedentes, ponga de manifiesto la existencia de una probabilidad elevada de comisión en el futuro de nuevos delitos por los que se pueda imponer una pena de más de tres años de prisión”. Obviamente la ampliación de los sujetos establecida en el precepto incrementa la sensación de alejamiento de la orientación de reeducación y reinserción social de las penas privativas de libertad proclamada por el artículo 25.2 de la Constitución.

⁵⁸ Por el contrario, el Informe CF 2012 lo valora como confuso y le parece más ajustado a cualquier contenido la utilización del término “razones” que se recoge en el vigente artículo 89 CP. *Informe CF 2012*, pág. 75. No estoy de acuerdo con semejante apreciación. Estimo que el vocablo arraigo tiene un significado más adecuado a lo que se quiere establecer –fijación en territorio español firme, fuerte y duradera- que el genérico razones, aunque no cabe duda de que el arraigo puede ser una razón para la no expulsión

sustitución general para todos sea dentro de la suspensión o, como ahora, diferenciada, o la libertad condicional.

El planteamiento unitario desarrollado alrededor de la suspensión no modifica el título del Capítulo III “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional, pero las Secciones se reducen a dos: “De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad” (Sección 1ª) y “De la libertad condicional” (Sección 2ª), dándole a esta última por parte del Anteproyecto 2013, a pesar de la autonomía de su ubicación sistemática, un carácter de modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena. Curiosamente el Anteproyecto 2013 no hace alusión modificadora a las Secciones por lo que, en principio, mantiene las tres, para dejar la Sección 2ª donde está, es decir, antes del artículo 88. Lo que es una manifiesta incoherencia que puede valorarse en clave de olvido.

Es definida por MAPELLI CAFFARENA como un instituto jurídico penitenciario que permite que el recluso, concurriendo determinadas circunstancias, pueda cumplir en libertad el último periodo de la condena siempre que durante dicho tiempo no vuelva a reincidir o incumpla las reglas de conducta que, eventualmente, se le hayan impuesto⁵⁹. Ya en su momento ANTÓN ONECA la fundamentaba en: a) como estímulo para la buena conducta y enmienda del preso; b) por su significado de tránsito entre la vida penitenciaria y la normal, por la que el Estado hace una prueba de aptitud del penado para la vida social y éste tiene en el temor a volver a la prisión un freno que regulariza su conducta precisamente en la época más peligrosa, cuando resurgen en su alrededor las condiciones ambientales que le empujaron al delito⁶⁰. Se presenta como una suspensión, versión que le da el Anteproyecto 2013, o inexecución parcial de la pena de prisión impuesta y para algunos como el último de los grados del sistema penitenciario español que no es el caso de MAPELLI CAFFARENA que la estima, con razón, como algo distinto al cuarto grado por: a) porque los requisitos para su aplicación y revisión no tienen mucha relación con los criterios de progresión y regresión del grado; b) porque se otorga por un procedimiento también diferente; c) porque su contenido difiere absolutamente del régimen que se corresponde con los otros grados.

El Código Penal español, al partir de su naturaleza autónoma fija una serie de condiciones exigibles para que se conceda la libertad condicional a los sentenciados que

⁵⁹ MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias...* cit., págs. 190-191.

⁶⁰ ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Madrid, 1949, págs. 512-513.

estén en dichas circunstancias: a) que se encuentren en tercer grado de tratamiento penitenciario; b) que hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta; c) que hayan observado buena conducta y exista respecto de aquellos un pronóstico individualizado y favorable de reincidencia social -circunstancia que no se entenderá cumplida si el penado no hubiere satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley penitenciaria-. Excepcionalmente, según el artículo 91, cabe concederse, por el Juez de vigilancia penitenciaria, previos los informes oportunos, a los sentenciados que hayan cumplido las dos terceras partes de su condena, “siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales. Igualmente el número 2 del artículo 91 acoge una segunda excepción, todavía más amplia, al poderse adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la libertad condicional hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, siempre que el penado haya desarrollado continuamente las actividades antes indicadas y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación en su caso. Semejantes requisitos se endurecen sensiblemente, hasta el punto, en algunos casos, de no poder acceder a dicha libertad, para las personas condenadas por delitos de terrorismo o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

Su uso tanto legislativo como material, cuantitativo como cualitativo, es variable según el sistema jurídico en el que se ubique y los objetivos que quiera cubrir. En ocasiones se le acusa de ser una institución utilizada en demasía lo que puede afectar a la seguridad de los ciudadanos; en otras, por el contrario, como un éxito de comprensión, referencia de un sistema penitenciario que responda a las ideas básicas de la prevención especial y de los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho. Esta segunda hipótesis es la que me parece más adecuada de ser atendida, aunque según los datos comparativos entre países europeos España está todavía muy lejos de ser pionera en la aplicación de semejante institución jurídica. A la cabeza con un pleno de empleo real, los países nórdicos, Suecia y Finlandia, donde se apuesta sin reparos por la bondad de la libertad condicional, lo que es de aplaudir puesto que junto a la suspensión son dos importantes motores para conducir las alternativas a la pena de prisión.

El Anteproyecto 2013, como anteriormente he dicho, supone un cambio importante en la comprensión y naturaleza de esta institución. El inicio conceptual del artículo 90 es claro en cuanto a la intención legislativa, al señalar que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acordará la suspensión de la ejecución de resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional al penado que cumpla los requisitos en él establecidos. Como, con buen criterio, advierte el Informe CF 2012 este breve inciso constituye una declaración de intenciones de singular valor: la libertad condicional deja de ser una figura autónoma y, al igual que va a suceder con el instituto de la sustitución de penas, pasa a convertirse en una modalidad de la suspensión condicional de la pena, declinando su actual naturaleza de último grado penitenciario⁶¹.

La misma Exposición de Motivos admite que no introduce en esta materia especiales modificaciones con referencia a la legislación anterior -actual-, pero que, no obstante, incorpora tres importantes innovaciones: a) inclusión de un nuevo supuesto privilegiado de acceso a la libertad condicional que será aplicable a los penados primarios, en el que se adelanta la posibilidad de obtenerla al cumplimiento de la mitad de la condena -en línea con la perspectiva del prelegislador de diferenciar las respuestas a dar: contundentes para los delincuentes multirreincidentes; suaves para los primarios que muestren un pronóstico favorable de reinserción-; b) el reiteradamente citado cambio de pasar la libertad condicional a ser regulada como una modalidad de suspensión del resto de la pena por lo que el tiempo de libertad condicional no computa como de cumplimiento de condena, sino que determina la suspensión de la ejecución del resto de dicha pena durante un concreto período de tiempo, en el que pueden suceder dos cosas: a') que el penado no reincida y cumpla las condiciones impuestas, en tal caso se considerará extinguida la pena pendiente de cumplimiento; b') que no lo haga de este modo, entonces la libertad será revocada y deberá cumplir toda la pena restante. Semejante opción transformadora e integradora también de la libertad condicional en la suspensión no deja de recibir críticas a mi entender fundadas. Así, RODRÍGUEZ YAGÜE-GUISASOLA LERMA-ACALE SÁNCHEZ muestran su disconformidad al afirmar que “la conversión de la libertad condicional en una modalidad de suspensión de la pena de prisión planteada por el Anteproyecto supone la desnaturalización de esta figura y, con ello, del sistema de individualización científica establecido por la Legislación penitenciaria como modelo de ejecución penitenciaria (art. 72 LOGP), hasta el

⁶¹ Informe CF 2012., pág. 76.

momento no cuestionado ni por la doctrina ni por la praxis penitenciaria. Desde sus orígenes, la libertad condicional ha ido unida al sistema progresivo primero, y al de individualización científica después, como última fase de cumplimiento de las penas de prisión. Su diferente naturaleza y finalidad chocan con el intento de asimilación de ambas figuras⁶². Poco más que añadir a una integración que no parece especialmente fundamentada ni en su concepto, estructura ni naturaleza-; c) regulación del régimen de revisión de la prisión permanente revisable como supuesto de libertad condicional o, en su nueva configuración, también rechazada, de suspensión de la ejecución de la pena, al que ya le he dedicado espacio en este trabajo y críticas a su presencia en el Texto punitivo y asimismo, en coherencia, a su estimación como hipótesis de libertad condicional.

V. Reflexiones finales

El desarrollo de este estudio nos ha puesto de manifiesto la adecuación de su título “pena de prisión versus alternativas: una difícil convergencia”. Asistimos permanentemente en clave de legislaciones en general, no solamente en España, a una situación llena de dificultad para conseguir un cierto equilibrio entre el uso de la pena de prisión que ha de caminar hacia su disminución y el empleo de alternativas que, por el contrario, ha de avanzar hacia un mayor empleo. La tendencia es al contrario posiblemente por la fortaleza que dicha pena tiene en el pensamiento punitivo de nuestros legisladores y la falta de confianza en aquellas con lo que se generan políticas criminales expansionistas que ofrecen una ficticia respuesta que enseña como más contundente al sacralizado binomio seguridad-inseguridad. No todo es así y no faltan, también en el panorama legislativo español, esfuerzos, a veces baladíes, para racionalizar y humanizar las consecuencias jurídicas derivadas del delito en clave de otras penas diferentes a la de prisión o de sustitutivos específicos idóneos para tal objetivo.

⁶² RODRÍGUEZ YAGÜE, C-GUISASOLA LERMA, C-ACALE SÁNCHEZ, M. “Libertad condicional. Arts. 90, 91, 92, 93 CP”. En *Estudio crítico...cit.*, pág. 384.

Sin negar, pues, la actual necesidad de la pena de prisión, es conveniente puntualizar que ella ha de responder, cada vez más, a su naturaleza de *ultima ratio de la ultima ratio* que es el Derecho penal, esto es, pasar a un segundo nivel entre los instrumentos con que cuenta éste y la propia sociedad en general, con relevancia en esencia para las hipótesis de mayor gravedad. En tal sentido, como política criminal alternativa, fundamentalmente para las penas de prisión de corta y media duración, se manifiesta como imprescindible una progresiva sensibilización de la comunidad social sobre la importancia y exigencia de penas alternativas a la prisión y de sustitutivos eficaces. Con ella, se ha de evitar lo que algún autor ha venido en llamar, y recogido en el texto, “miedo al cambio” de un sistema uniforme basado en la privación de libertad a otro diferenciador y pluriforme en sus respuestas.

El Código Penal español y sus posteriores reformas han apostado generalmente por la vía del expansionismo sobre un Derecho punitivo en desarrollo extensivo y unas penas, en las que la de prisión se ha ido consolidando como referencia inevitable. Ello no quiere decir que puntualmente no se haya optado, con cierto temor restrictivo, por objetivos renovados en cuanto a la susodicha pena y a sus alternativas y sustitutivos, principalmente sobre estos últimos, mas la tendencia no ha dejado de ser la de una utilización excesiva de la pena de prisión, con un incremento notable de la población carcelaria que también hay que decirlo en el último año parece remitir aunque solo sea de manera coyuntural. Parecida línea continuista, aunque asimismo con alguna mejora, parca en su desarrollo, pero con manifiestos ejemplos expansionistas el más paradigmático es el de la prisión permanente revisable por no hablar de la custodia de seguridad, sigue el Anteproyecto de 2013.

En definitiva, y acorde con los parámetros esenciales de Naciones Unidas es imprescindible apostar por una política criminal moderna y planificada que aporte a los Ordenamientos jurídicos internos la prioridad de las medidas no privativas de la libertad para de este modo proporcionar otras opciones y así reducir la aplicación de dichas penas de prisión y racionalizar las políticas de justicia penal, sustentadas en el respeto a los derechos humanos de todos los ciudadanos, a las exigencias de la justicia social y a las necesidades de rehabilitación del delincuente.

LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE UN APARATO DE PODER COMO INSTRUMENTO PARA LA ELABORACIÓN JURÍDICA DEL PASADO

Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Pablo de Olavide

Resumen: La teoría de la autoría mediata por control de aparato de poder elaborada por CLAUS ROXIN en 1963 ha sido utilizada por algunos Tribunales nacionales, principalmente en Argentina y Perú, pero también en Alemania tras la caída del Muro de Berlín para castigar a los responsables y jefes militares por los crímenes cometidos por el aparato de poder que controlaban durante los regímenes dictatoriales. En el presente artículo se muestran las ventajas e inconvenientes que tiene esta teoría como instrumento para la elaboración jurídica del pasado.

Palabras clave: Autoría mediata; autoría mediata por control de aparato de poder; teoría del dominio del hecho; coautoría mediata; regímenes dictatoriales; tribunales internacionales.

Abstract: In some Latin American courts, like in Argentina and Perú, and as well in Germany after the fall of the Berlín Wall the notion of indirect perpetration through organized structures of power created by CLAUS ROXIN in 1963 has been applied. The notion of indirect perpetration through organised structures of power has come to play today a key role not just in portraying the criminal liability of senior political leaders and high military commanders that make use of the organizations that they control to effect the commission of the crimes, but as well as an instrument for the legal elaboration of the past dictatorships.

Keywords: indirect perpetration, indirect perpetration through organized structures of power, the control theory of perpetration, indirect co-perpetration, dictatorial regimes, international courts.

1. En 1962 cuando el entonces joven penalista CLAUS ROXIN recién habilitado en la Universidad de Hamburgo quiso publicar una parte de su escrito de habilitación en la que desarrollaba su tesis sobre la “autoría mediata por dominio de un aparato de poder” como artículo independiente en la prestigiosa revista jurídica alemana *Juristenzeitung*, esta revista rechazó su publicación. Así estaban todavía las cosas en la República

Federal de Alemania a principios de los años sesenta respecto a la elaboración jurídica del pasado régimen nacionalsocialista. Naturalmente, parece lógico que la tesis de ROXIN de que en los pocos casos de este tipo juzgados por los tribunales alemanes, no había mera complicidad sino autoría directa de los ejecutores y mediata de los jefes y cargos intermedios burocráticos del aparato de poder de las SS, no gustara mucho en una época en la que la jurisprudencia alemana seguía aferrada a una teoría subjetiva de la participación, según la cual lo importante no era la intervención material en el hecho delictivo, sino el ánimo o voluntad con la que se actuaba, de forma tal que si el sujeto que llevaba a cabo el hecho delictivo lo hacía siguiendo las órdenes impartidas por otro y no en su propio interés, es decir, con lo que se denominaba con la expresión latina “*animus socii*”, todo lo más podía responder como mero cómplice con las consecuencias que ello representaba en orden a la aplicación de una pena, que conforme al Código Penal alemán puede ser en casos de delitos graves una pena de prisión de escasa duración que podía incluso ser suspendida condicionalmente.

Tras la permanencia de esta vieja jurisprudencia que perduró todavía mucho tiempo después de la II Guerra Mundial estaba, aunque no se reconociera expresamente, la idea, no creo que inocente, de elaborar y liquidar el pasado nacionalsocialista de muchos de los que habían intervenido directamente en los atroces hechos que durante el régimen nacionalsocialista dieron lugar al Holocausto y al asesinato de millones de personas en los Campos de Exterminio, haciendo borrón y cuenta nueva, aplicando, en los pocos casos en que se aplicaron, penas meramente simbólicas que ni siquiera llegaron a ser cumplidas.

Pero sobre todo hay que tener en cuenta que en el momento en el que ROXIN escribía su artículo y su escrito de habilitación a principios de los años sesenta del pasado siglo, ocupaba la primera página de los medios de comunicación internacionales el “caso de Adolf Eichmann”, un antiguo miembro de las SS, que había intervenido en la reunión que tuvo lugar en Wannsee, en Berlín a principios de los años cuarenta, en la que se decidió el exterminio de la población judía, encargándose él como mero burócrata (*Schreibtischtäter*) de organizar el transporte de miles de judíos a los Campos de Concentración y de Exterminio donde eran asesinados en las cámaras de gas o morían como consecuencia de las malas condiciones en las que vivían, sometidos a trabajos forzados, malos tratos, deficiente alimentación, etc. El citado Eichmann había conseguido huir tras la Guerra a Buenos Aires, donde vivió con nombre supuesto

durante varios años hasta que fue detenido ilegalmente por un comando israelí, que lo trasladó secretamente a Israel donde fue juzgado, condenado a muerte y ejecutado. En aquel proceso, que despertó y aún hoy despierta gran interés, tanto el abogado de Eichman, el Dr. Servatius, y buena parte de la opinión pública alemana, consideraban que Eichmann no tenía ninguna responsabilidad, puesto que jamás había intervenido en la ejecución directa de aquellos hechos y su labor se había limitado a la de ser un mero burócrata organizando el transporte a los Campos de Concentración de los miles de judíos que eran detenidos en muchos lugares y ciudades del Este de Europa, alegando que lo que después se hiciera con ellos no era de su incumbencia. En todo caso, lo más que podían admitir era, conforme a la teoría subjetiva de la participación, la tesis de la complicidad.

Parece, pues, lógico que en aquel ambiente de olvido intencional, de amnesia, que se pretendía que fuera colectiva, del pasado nacionalsocialista, el artículo de ROXIN no tuviera muy buena acogida y fuera rechazada su publicación por la revista *Juristenzeitung*. En el fondo, se trataba también de una forma especial, jurídicamente refinada, de “elaboración del pasado”, bien negándolo, bien minimizando su importancia.

Hubo que esperar hasta 1994, tras la caída del Muro de Berlín y la consiguiente Reunificación alemana, para que la jurisprudencia alemana, en una sentencia del Tribunal Supremo condenara a los ex dirigentes de la antigua República Democrática Alemana por los asesinatos u homicidios de quienes durante la etapa de la Guerra Fría intentaron pasar a la República Federal de Alemania saltando el Muro que dividía la ciudad de Berlín y cayeron acribillados por los disparos de los Guardias fronterizos, que obedecían las órdenes que les daban sus superiores. Para fundamentar esta condena, el Tribunal Supremo alemán recurrió por primera vez en su historia a la teoría que ROXIN había expuesto treinta años antes, abandonando la teoría subjetiva de la participación, admitiendo que además de la autoría directa de los guardias fronterizos que realizaron los disparos, había una autoría mediata de los dirigentes que impartieron las órdenes de disparar a quienes intentaban huir a la otra Alemania.

En este cambio jurisprudencial se trasluce sin duda algo más que un mero cambio en la elaboración dogmática de la teoría de la autoría. Cualquiera que sea la opinión que se tenga ahora respecto a la tesis de la autoría mediata propuesta por ROXIN, no cabe duda de que en esta nueva orientación jurisprudencial se reflejaba

también una forma de “elaboración jurídica del pasado” diferente a la que se había realizado en los años sesenta en relación con el pasado nacionalsocialista. La teoría de la autoría mediata por dominio de un aparato de poder se convertía así no sólo en un instrumento jurídico perfectamente idóneo para exigir responsabilidades penales a los dirigentes de un régimen dictatorial por los crímenes cometidos por sus subordinados siguiendo sus órdenes y un plan preconcebido, sino también en un medio a través del cual podía elaborarse el pasado más reciente de la historia alemana.

Mientras tanto, la teoría de ROXIN, como tantas otras de sus construcciones y de otros autores representativos de la Dogmática alemana, no sólo había trascendido del ámbito alemán a los de otros países cuya doctrina está especialmente vinculada a la Dogmática alemana, sino también a algunas decisiones jurisprudenciales de los tribunales de estos países que la han utilizado como un medio especialmente idóneo para juzgar a los responsables de los crímenes cometidos por los regímenes dictatoriales que dominaron en esos países, y también como un instrumento para la elaboración jurídica del pasado.

Pionera en esta dirección fue ya una trascendente decisión de la Cámara Federal Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Buenos Aires¹ en la que se condenó a los máximos responsables de la Dictadura argentina, bajo cuyo mandato se cometieron graves violaciones de derechos humanos, asesinatos, torturas, secuestros, desapariciones y adopciones ilegales de los hijos de las personas asesinadas.

Efectivamente, con fecha 9.12.1985, la citada Cámara condenó a los Comandantes de las Juntas Militares argentinas que entre 1976 y 1983 gobernaron de forma dictatorial el país, como responsables de los crímenes cometidos por patrullas del ejército, policiales y parapoliciales, contra miles de ciudadanos (supuestos miembros de grupos radicales de izquierda opuestos a la Dictadura militar, o simplemente considerados subversivos, a los que detuvieron ilegalmente, torturaron y en muchos casos hicieron desaparecer o asesinaron). Entre asesinados y desaparecidos se cuentan unos 18.000, según las cifras oficiales; y unos 30.000, según otras fuentes. Esta

¹ Fallos CS tomo 29, I-II, p.36-1657. El texto de esta sentencia y la de la Corte Suprema citada en nota siguiente, se puede ver en Internet <http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13>, con índices elaborado por el Equipo Nizkor. Agradezco a Verónica Yamamoto su valiosa ayuda en la búsqueda del material jurisprudencial, legal y doctrinal argentino en relación con este tema.

sentencia fue luego en parte confirmada por la Corte Suprema argentina el 20.12.1986², aunque siguiendo una distinta fundamentación jurídica.

Independientemente de los avatares que luego se sucedieron y que motivaron que los condenados en estas resoluciones judiciales consiguieran librarse de las largas penas privativas de libertad a las que fueron condenados, en base a una discutida "Ley de Punto Final" que luego veinte años más tarde fue declarada inconstitucional por la misma Corte Suprema³, interesa ahora analizar desde el punto de vista dogmático los criterios en que se apoyaron los mencionados tribunales para fundamentar sus sentencias condenatorias, tanto en el caso del Tribunal Supremo alemán, como en el del Tribunal argentino.

Tratándose, como suele ser habitual en estos casos, de sujetos que no intervinieron directamente en la fase ejecutiva de los crímenes de los que eran acusados, lo primero que se plantearon entonces los Tribunales argentinos que juzgaron el caso, fue si las concepciones tradicionales sobre la autoría dominantes en la doctrina y la jurisprudencia argentina en aquella época eran aplicables a este tipo de casos.

El punto de partida era un concepto objetivo-formal de autoría, según la cual, autor sólo es quien realiza o interviene directamente en la ejecución del delito⁴. Con este

² Fallos CS, tomo 39 II, p.1689-1923. Sobre estas sentencias y sus fundamentos jurídicos véase SANCINETTI, Marcelo, Derechos humanos en la Argentina posdictatorial, 1988; SANCINETTI, Marcelo/FERRANDO, Marcelo, El Derecho penal en la protección de los derechos humanos, Buenos Aires, 1999; NINO, Carlos. Juicio al mal absoluto, prólogo de Raul Alfonsín, Buenos Aires, 2006 (traducción del original en inglés, Radical evil on trial, 1996); MAIER, Julio, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 107, 1995, p.146 ss.; DONA, Edgardo Alberto, El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de ROXIN, en Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, Madrid 2001, p.545 ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, Derecho penal, Parte General, 2ª ed. Buenos Aires, 2002, p.779 s.

³ Al respecto, véase MALAMUD, Jaime, Game without end, Oklahoma 1996; NINO, Carlos, Juicio al mal absoluto a.cit., 261 ss.; y los trabajos de PARENTI, Pablo, La persecuzione penali di gravi violazioni dei diritti umani in Argentina. A 25 anni dal ritorno della democrazia; MAZARINO, Ezequiel. Il volto represivo della recente giurisprudenza argentina sulle grave violazioni dei diritti umani. Un'analisi della sentenza della Corte Suprema di Giustizia della Nazione del 13 de agosto 2005 nel caso Simón; PASTOR, Daniel, Processi penali sólo per conoscere la verità? L'esperienza argentina; en Il superamento del passato e il superamento del presente, La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana, a cura di Emanuela Fronza e Gabriele Fornasari, Università degli Studi di Trento, 2009.

⁴ En el Fundamento séptimo de la sentencia de la Cámara Federal argentina se hace una exposición de esta teoría y se citan los autores que en aquel momento la mantenían en la doctrina penal argentina (SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Bs. As. 1978, t.II, pág. 244; NÚÑEZ, Carlos "Derecho Penal Argentino", Bs. As. 1960, t. II, pág. 280; FONTÁN BALESTRA, Carlos "Tratado de Derecho Penal", Bs. As. 1966, pág. 414; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis "La ley y el delito" Bs. As. 1980, pág. 501; TERÁN LOMAS, Roberto "Derecho Penal", Bs. As. 1980, t. II pág. 147; FIERRO, Guillermo "Teoría de la participación criminal" , Bs. As. 1964, pág. 211); aunque acto seguido reconoce que un sector más moderno asume la teoría del dominio del hecho, citando a este respecto a BACIGALUPO, Enrique "La noción de autor en el Código Penal" Bs. As. 1965, pág. 45; TOZZINI, Carlos "El dominio final de la acción

concepto no cabe duda que quedan fuera del ámbito de la autoría los que preparan, planifican, dirigen, organizan, inducen o de algún otro modo cooperan a la realización del delito, sin intervenir directamente en su ejecución. Pero inmediatamente hay que decir que ello no significa para esta concepción de la autoría que estos sujetos queden impunes o se beneficien de una menor punibilidad, pues, como en otros muchos Códigos penales, también en el art. 45 del Código Penal argentino se castiga con la misma pena que al autor propiamente dicho al inductor, al que la doctrina clásica llamaba autor moral o intelectual, y al cooperador necesario, es decir, a los que cooperan a la ejecución del delito con un acto sin el cual no se hubiera cometido. De ahí que finalmente tanto la Cámara como la Corte Suprema recurrieran a este último precepto para fundamentar legalmente sus sentencias condenatorias⁵.

Pero, aunque desde el punto de vista de la gravedad de la pena, tanto el inductor, como el cooperador necesario son castigados con la misma pena que el que ejecuta directamente el delito, parece ciertamente insatisfactorio unificar conceptualmente formas de intervención en la realización de un delito que tienen diferente naturaleza. Así, por ejemplo, el inductor puede y debe ser castigado con la misma pena que el autor ejecutor, pero no cabe duda de que su intervención siempre es accesoria, en la medida en que viene condicionada por lo que haga el inducido, que incluso puede cometer un delito distinto, de mayor o menor gravedad que la del delito al que fue inducido, o incluso dejar de cometerlo o desistir cuando ya ha comenzado a ejecutarlo⁶.

Por otra parte, muchos de los casos llamados de “inducción” no son más que una forma de instrumentalización de personas irresponsables, generalmente inimputables, niños o enfermos mentales, pero también de personas que actúan correctamente, sin saber que están cometiendo un delito. Es evidente que en estos casos hay más que inducción y que el que verdaderamente controla la realización del delito,

en la autoría y en la participación", en Revista de Derecho Penal y Criminología 1968 Nº 3, pág. 81; HERRERA, Lucio Eduardo, "Autoría y participación", en Revista de Derecho Penal y Criminología 1971, Nº 3, pág. 342; SIERRA, Hugo M. "La autoría mediata", en La Ley 1978-B-789; ZAFFARONI, Eugenio "Tratado de Derecho Penal" Bs. As. 1982, t. IV, pág. 305). Sobre las distintas concepciones de la autoría, véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, La autoría en Derecho penal penal, Barcelona 1991.

⁵ Dice así el art.45 del Código Penal argentino: "Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo". Para más detalles véase infra 3.

⁶ Sobre estos supuestos de desviación entre el inductor y el inducido, véase GÓMEZ RIVERO, Carmen, La inducción a cometer el delito, Valencia 1995.

aunque no intervenga personalmente en su ejecución, es el que instrumentaliza al ejecutor, y, por tanto, aunque su intervención es indirecta o mediata, se trata de un verdadero autor. De ahí que para fundamentar la punibilidad de este tipo de sujetos, la doctrina alemana elaborara el concepto de autoría mediata (“mittelbare Täterschaft”), aplicando la teoría del “dominio del hecho”, que obviamente en estos casos tiene el llamado autor mediato, cuya relación con la realización del delito es sin duda más estrecha y similar a la autoría propiamente dicha que a la inducción⁷.

Algo parecido sucede con la cooperación necesaria, que supone que el sujeto que coopera en la realización del delito no interviene directamente en su ejecución, por lo que su contribución en cierto modo también depende de la acción del ejecutor. Pero también aquí nos encontramos con un supuesto de cooperación de tanta importancia que sin ella el delito no podría haberse llevado a cabo, con lo que difícilmente se puede decir que se trata de una participación meramente secundaria o accesoria de la del autor ejecutor. De ahí que también en muchos Códigos penales, como el argentino o el español⁸, se le castigue expresamente con la misma pena que al autor ejecutor, y que,

⁷ La figura de la autoría mediata ha tenido general acogida en la doctrina penal de habla española e incluso expresamente en los Códigos penales de muchos países latinoamericanos. En el art. 28 del Código Penal español de 1995 se dice expresamente que es autor, además del autor directo y el coautor, quien realiza el hecho “por medio de otro del que se sirve como instrumento”.

⁸ La figura de la cooperación necesaria se recoge en el art. 28, b) del Código Penal español, que también considera autores, además de al inductor, a “los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría realizado”. Esta ampliación del concepto de autor, incluyendo la figura de la cooperación necesaria junto con la de la inducción, ha llevado a un sector de la doctrina española a decir que la misma no es propiamente autoría en sentido estricto; aunque algún sector considera que si el cooperador necesario interviene luego en la fase ejecutiva sí puede considerársele como coautor; véase, por todos, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María, *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia 2001. En mi opinión (cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, en Muñoz Conde, Francisco/García Arán, Mercedes, *Derecho penal, Parte General*, 8ª ed., Valencia 2010, p.438.), la cooperación necesaria puede también constituir coautoría, definida en el art. 28 1. como realización “conjunta” del hecho, en la medida en que implique un dominio funcional del hecho en base a un reparto de roles, en el que unos realizan actos ejecutivos y otros de preparación u organización, conforme a un plan previamente acordado. En mi opinión, la otra forma de cooperación necesaria a que se refiere expresamente el art. 28 b) del Código Penal español, y que por tanto no entra en el concepto de coautoría, sólo es aplicable a casos aislados en los que sin concertación previa y sin un plan previamente establecido entrega, por ejemplo, un arma a quien en ese momento está metido en una pelea con otro contendiente al que mata con esa arma. En este supuesto el cooperador necesario recibe también la misma pena que el ejecutor, pues igualmente se le considera autor, pero su contribución no puede calificarse de coautoría, al faltar el primer requisito de la misma: el acuerdo previamente establecido conforme a un plan entre los distintos intervinientes. La cooperación no necesaria constituye sólo complicidad, definida en el art. 29 del Código Penal español como la cooperación “a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”, que no se hallen comprendidos en el artículo anterior (es decir, en el art. 28). La pena aplicable al cómplice es, conforme dispone el art. 63 del Código Penal español, “la inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito”. De ahí que en la práctica, el problema principal que se plantea en la jurisprudencia española sea la distinción entre autores y cómplices, y no la inclusión de una determinada participación en el delito en alguna de las formas de autoría previstas en el art. 28. Sobre los distintos criterios utilizados en la doctrina y jurisprudencia para diferenciar entre cooperación necesaria y complicidad, véase LÓPEZ PEREGRÍN,

bajo determinados presupuestos, igualmente aplicando la teoría del dominio del hecho, se le pueda considerar coautor, ya que la necesidad de su cooperación, independientemente del criterio que se elija para medir o determinar esa “necesidad”, implica un control sobre el acto de similar importancia al que tiene el autor ejecutor.

Por todo ello y aplicando la teoría del dominio del hecho, que fue elaborada conforme a los postulados de la teoría final de la acción por el penalista alemán HANS WELZEL⁹, y luego desarrollada por la doctrina y jurisprudencia alemanas, se ha llegado ahora a una concepción de la autoría propiamente dicha, que distingue tres clases o formas de aparición de la misma: la autoría individual, la coautoría y la autoría mediata; siendo común a todas ellas que los sujetos que pueden incluirse en alguna de estas categorías tienen un efectivo control o dominio sobre la realización del delito, aunque en algunos casos, como principalmente sucede en la autoría mediata, pero también según mi concepción¹⁰, en la coautoría, no intervengan directamente en la ejecución del mismo.

Fuera del concepto de autoría propiamente dicha quedan otras formas de intervención en el delito, calificadas como *participación*, en la que los sujetos, aunque pueden ser castigados con la misma pena que el autor propiamente dicho, no dominan la realización del delito, quedando su participación supeditada a lo que hagan el autor o autores propiamente dichos. Estos casos de participación en el delito que no son de verdadera autoría, son la inducción y la complicidad.

Actualmente, la distinción entre las diversas formas de autoría y la participación en el delito es generalmente aceptada en la doctrina alemana y en la de otros muchos países de su área de influencia (principalmente España, Portugal y la de casi todos los países latinoamericanos), aunque dentro de la misma se han ido desarrollando variantes y correcciones que sin cuestionar la distinción de referencia, profundizan y matizan estos conceptos. Una de las aportaciones más importantes realizadas en los últimos cincuenta años por la Ciencia penal alemana en esta materia fue sin duda la fundamental y genial aportación de CLAUS ROXIN, quien en su obra de principios de los años 60 del

Carmen, La complicidad en el delito, Valencia 1997; PÉREZ ALONSO, La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal, Granada 1996.

⁹ Las primeras referencias a la misma se encuentran ya en su artículo, Studien zum System des Strafrechts, publicado en la Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, tomo 58, 1939, p.491 ss., posteriormente fue acogida y matizada en su Lehrbuch des Strafrechts, hasta su última edición, la 11, 1969.

¹⁰ Véase Muñoz Conde, Francisco, en Muñoz Conde/García Arán, Derecho penal, Parte General, cit..

siglo pasado sobre Autoría y dominio del hecho, trazó nuevos caminos para fundamentar la autoría en general, y especialmente en los supuestos que constituyen el objeto principal de nuestra contribución, para determinar la responsabilidad de los dirigentes políticos y altos cargos militares por crímenes cometidos dentro de un sistema o aparato de poder por sus subordinados.

2. La tesis de ROXIN

Como se acaba de decir, en 1963, CLAUS ROXIN acuñó, en su obra “Täterschaft und Tatherrschaft” su teoría del *dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados*¹¹. Y todavía en el mismo año, escribió un artículo, que en parte coincidía con uno de los capítulos de su libro y que, como se ha dicho antes, fue rechazado para su publicación por la Revista Juristenzeitung y publicado posteriormente en el Goldammer’s Archiv¹².

Punto de partida de esta teoría son las dificultades que presenta la teoría tradicional para fundamentar la autoría de los dirigentes de los aparatos de poder

¹¹ Cfr. ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 1ª ed. 1963, pp. 242 ss. (esta primera edición es la que se toma aquí como referencia y punto de partida de los siguientes comentarios) (Esta obra ha alcanzado ya 8 ediciones, en las que se mantiene el texto original, pero se le han añadido apéndices en los que se informa sobre el reflejo que la misma ha tenido en la teoría del derecho penal y en la jurisprudencia, tanto alemana, como la de otros países. Hay traducción española de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Autoría y dominio del hecho, Madrid, 2000).

¹² Cfr. ROXIN, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, Goldtdammers´Archiv, 1963, pp. 193-207 (véase la versión al inglés de este artículo contenida en Journal of International Criminal Justice, tomo 9, num, 1, 2011, en el que se recogen además diversos comentarios de distintos autores sobre la aplicación de esta teoría por los Tribunales penales nacionales e internacionales). Posteriormente, ROXIN ha publicado varios artículos en los que actualiza y en parte matiza algunas de las tesis mantenidas en su primer artículo; véase, por ejemplo, su contribución Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität, en Festschrift für Grünwald, Badeb-Baden 1999, p. 549 ss. De este trabajo hay una versión traducida al español, véase ROXIN, en Ferré Olivé/Anarte Borrallo (edit.), Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada, Huelva 1999, p. 91 ss. También hay otro trabajo posterior de ROXIN, El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata, en Revista Penal, 2006. Algunas de estas traducciones al español se han publicado también en diversas revistas especializadas en diversos países latinoamericanos. Para una exposición resumida de la tesis y de las opiniones divergentes a la misma, véase ROXIN, Strafrecht, Allgemeiner Teil, tomo II, 2003, p. 17 ss. Más recientemente, 2012, ha publicado un nuevo artículo en la revista Goldammer’s Archiv, en el que además de mantener la tesis originaria ya expuesta cincuenta años en la misma revista, responde a las críticas que contra la misma se han formulado en estos años, véase ROXIN, Zum neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft, GA 2012, p. 395 ss. Según el mismo ROXIN menciona, este artículo ha sido traducido al español y publicado en diversas revistas de Argentina, Perú y Colombia, a las que no he tenido acceso.

organizados por los delitos cometidos por miembros de los mismos¹³. Para poder superar estas dificultades, ROXIN desarrolla una nueva concepción de la autoría mediata en la que, a diferencia de la concepción tradicional, que sólo admite esta figura cuando el sujeto que ejecuta el delito es un mero instrumento no responsable del delito que comete, también la aplica cuando el ejecutor del hecho es plenamente responsable. Y frente a la tesis subjetiva mantenida todavía en aquella época por la jurisprudencia alemana según la cual autor solo era quien tenía *animus auctoris*, independientemente de su intervención material en el hecho, mientras que el que solo tenía *animus socii* todo lo más podía ser considerado como cómplice, aunque interviniera materialmente en la ejecución del hecho¹⁴, ROXIN argumenta con la teoría del dominio del hecho que, en su opinión,

¹³ Täterschaft, p. 243: “Debemos anticipar que somos conscientes de que crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones como las que aquí se analizan, no pueden comprenderse adecuadamente únicamente con los criterios del delito individual (). De aquí que se deduzca que las figuras jurídicas de la autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida del delito individual, no pueden ajustarse a un suceso colectivo de esta índole, si se les contempla como fenómeno global. (). Pero eso no nos exime de la obligación de considerar las conductas de los participantes a título individual en tales acontecimientos también desde el punto de vista dogmático del delito individual”.

¹⁴ Cfr., por ej., BGH 18, 87: Caso Stachynskij (en este caso se condena como cómplice al Agente del Servicio secreto soviético que mató a otro con un arma envenenada, considerando que meramente actuaba siguiendo las instrucciones de dicho Servicio secreto y no en propio interés). Según la teoría subjetiva, dada la equivalencia causal de todas las contribuciones en la realización de un delito, la diferenciación entre autoría y participación debe hacerse según la intención o ánimo que tuviera el sujeto en cuestión; si ésta era la de ser autor (*animus auctoris*) entonces el sujeto se consideraba autor; pero si su intención era la de ser mero partícipe (*animus socii*) entonces el sujeto sólo podía ser considerado como partícipe y dentro de esta categoría incluso como mero cómplice (para una exposición de esta teoría véase ROXIN, Strafrecht, Allgemeiner Teil cit., tomo II, p. 14 s.). Esta teoría es criticable no sólo por los problemas probatorios que plantea, sino también porque al no tener en cuenta la contribución material en la realización del delito, permite imponer, por ejemplo, la pena del cómplice (mucho menor que la del autor) a sujetos que habiendo ejecutado directamente el delito en cuestión (a veces graves crímenes como asesinatos), lo hacían sin interés directo o propio, sino como servidores o por encargo de otros que eran los que tenían el ánimo de los verdaderos autores. La supervivencia de la tesis subjetiva en la jurisprudencia alemana tras la Segunda Guerra Mundial determinó, sin embargo, que muchos autores materiales de los crímenes cometidos en los Campos de Concentración nazis, fueran condenados, las pocas veces que lo fueron, con la pena del cómplice y pronto puestos en libertad (véase la crítica a esta jurisprudencia en Just Dahmann/Just, Die Gehilfen, Frankfurt am Main, 1988). La crítica que ROXIN formuló en su artículo de 1963 (véase supra nota 12) no sólo se dirigía contra la tesis subjetiva en general, sino también especialmente contra la calificación como cómplices de los llamados “delincuentes de escritorio” (Schreibtischtäter) que, como en el caso de Adolf Eichman, decidían desde sus despachos el destino de miles y miles de judíos que eran mandados a los diversos Campos de Concentración y/o de Exterminio. No deja de ser, por tanto, sorprendente que en aquella época un monografista español, muy apegado por lo general a otras tesis de ROXIN, se apartara en el caso Eichmann claramente de su posición y la criticara, manteniendo que el tal Eichmann todo lo más podía ser considerado como cómplice de los millones de asesinatos llevados a cabo en los campos de concentración nazi, de cuya estructura burocrática y funcionamiento él era uno de los principales responsables (véase GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Autor y cómplice en Derecho penal, Madrid 1966, p. 176 ss., 187 ss., especialmente p. 197, donde dice: “Si la actividad de Eichmann se mantuvo dentro del marco de la llamada ‘solución final’, su conducta, a pesar de la alta posición que ocupó en el aparato de poder, sólo sería de complicidad en cada una de las muertes perpetradas”). Si se tiene en cuenta que, conforme al parágrafo 49, 1 del Código penal alemán, la pena del cómplice en este caso puede ser de prisión de tres años, mientras que la del autor es de prisión perpetua, no cabe duda que, de hecho, con la calificación de complicidad y la aplicación de la libertad condicional y de otros beneficios penitenciarios, la condena de Eichmann, en el caso de que

también debía aplicarse aquí para comprender materialmente las particularidades de estos casos y poder fundamentar el castigo por autoría (mediata) del que sin intervenir directamente en la ejecución material del hecho tenía el dominio del aparato de poder. A este respecto decía acertadamente ROXIN que “el fundamento para ello no puede basarse en las especiales actitudes anímicas del que da las órdenes, sino en el mecanismo de funcionamiento del aparato, en cuyo marco se actúa”¹⁵. Y en este sentido destaca tres elementos que, en su opinión, son los que deben estar presentes para aplicar su nueva concepción de la autoría mediata:

- El primer elemento de este mecanismo funcional es, para ROXIN, el *dominio de la organización*¹⁶.

- Un segundo factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en estos casos, era, para ROXIN, la *fungibilidad del ejecutor*. Es decir, el ejecutor debe ser “libremente intercambiable”¹⁷.

hubiera sido juzgado por un Tribunal alemán y éste hubiera seguido la tesis de Gimbernat, habría sido puramente simbólica. La calificación de complicidad en este caso habría sido además especialmente escandalosa, porque el tal Eichmann fue uno de los que el 20 de enero de 1942 asistió a una reunión con otros importantes dirigentes nazis a orillas del lago Wannsee en Berlín, en la que se acordó la llamada “solución final de la cuestión judía”, es decir, el exterminio de millones de judíos en los Campos de Concentración nazis. (véase ROSEMAN, Mark, La villa, el lago, la reunión, La conferencia de Wannsee y la “solución final”, Barcelona 2001, traducción de Claudio Molinari del original inglés “The Villa, the Lake, the Meeting”). A la vista de ello, es difícil entender que alguien pueda mantener que la posterior conducta de Eichmann, “en la medida en que se mantuvo dentro del marco de la llamada “solución final” (sic Gimbernat), se deba calificar de mera complicidad. Desde luego, no fue de esta opinión el Tribunal de Jerusalén, que calificó a Eichmann como coautor y lo condenó a la pena de muerte (sentencia del Jerusalem District Court, de 12.12. 1961, confirmada por la Supreme Court de 29.5.1962).

¹⁵ Täterschaft, p. 244.

¹⁶ Täterschaft, p. 248: “Si como punto de partida nos dejamos llevar, sin un análisis más detallado, de una comprensión cotidiana del concepto de ‘dominio del hecho’, se nos pone inmediatamente de relieve, que un alto funcionario encargado de organizar el asesinato de los judíos o la dirección de un servicio secreto que ordena un atentado político dominan la producción del resultado de una manera distinta a como lo hace un inductor. Nadie dudaría en atribuir al que da las órdenes una posición clave en el hecho en su conjunto, que no puede equipararse a la posición del que da las órdenes en los casos de criminalidad ‘habitual’... De un modo general se puede decir: quien está conectado con un aparato organizativo en cualquier lugar y de una manera que pueda impartir órdenes a sus subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que tiene, si emplea sus facultades para que se cometan hechos punibles; siendo irrelevante que actúe por propia iniciativa o en interés o por encargo de más altas instancias. Pues para su autoría lo único importante es la circunstancia de que pueda dirigir la parte de la organización a él sometida, sin tener que confiar a otros la realización del delito”.

¹⁷ Täterschaft, p. 245: “En este grupo de casos... no falta la libertad y la responsabilidad del ejecutor inmediato, que debe ser castigado como autor de propia mano culpable. Pero estas circunstancias son para el dominio del hombre de atrás irrelevantes, porque desde su posición el ejecutor no se presenta como una persona individual libre y responsable, sino como una figura intercambiable y anónima. El ejecutor, por más que no pueda ser desconectado del dominio de la acción, no es más en todo momento que un engranaje sustituible en el conjunto del aparato de poder, y esta perspectiva es lo que hace que el hombre de atrás ocupe también junto a él el centro del suceso”.

- Finalmente añadía un tercer elemento que denominaba como "*limitación del dominio de la organización a aparatos al margen del Derecho*"¹⁸.

Esta ampliación del concepto de autoría mediata propugnada por CLAUS ROXIN no tuvo al principio una buena acogida en el ámbito doctrinal alemán, en parte, porque ésta seguía aferrada al concepto tradicional de autoría mediata que exige que el instrumento ejecutor sea irresponsable del delito; en parte también porque, como ya se ha dicho, tenía una relación directa con el caso Eichmann y con la responsabilidad de los dirigentes nazis y de los integrantes del aparato de poder que constituían las SS en los crímenes contra la Humanidad y el Holocausto, temas sobre los que entonces la Dogmática penal alemana prefería no hablar o hablar lo menos posible y no enfrentarse directamente a una jurisprudencia¹⁹ que, en las pocas veces en que se ocupó de estos

¹⁸ Täterschaft, p. 249: "De la estructura de la organización se deduce, que ésta sólo puede existir allí donde el aparato actúa como un todo al margen del Ordenamiento jurídico. Pues en la medida en que la dirección y los órganos de ejecución se sientan vinculados a un Ordenamiento jurídico independiente de ellos, no puede tener la orden de realizar acciones punibles el efecto de un dominio del hecho, ya que las leyes tienen un valor jerárquico superior, excluyendo en el caso normal la realización de mandatos antijurídicos y con ello el poder configurador de la voluntad del hombre de atrás". Un cuarto elemento que posteriormente añadió a su tesis, en el que consideraba que el ejecutor material debería tener una "elevada disponibilidad a ejecutar el hecho", lo ha abandonado posteriormente en el trabajo anteriormente citado publicado en GA 2012, p. 412, considerando que esa elevada disponibilidad "ciertamente existe, pero que no es un presupuesto autónomo del dominio de la organización, sino que se deriva de los tres anteriores elementos".

¹⁹ Un ejemplo concreto de esta jurisprudencia se estudia en profundidad en la monografía de Katrin STOLL, *Die Herstellung der Wahrheit, Strafverfahren gegen ehemalige Angehörige der Sicherheitspolizei für den Bezirk Bialystok Berlin*, 2012, Esta extensa y documentada monografía que constituyó la tesis doctoral de su autora tiene como base el proceso penal que se llevó a cabo entre 1967 y 1969 en la ciudad alemana de Bielefeld contra algunos miembros de la Policía nazi de seguridad del Distrito polaco de Bialystok acusados de haber ordenado y dirigido la deportación en 1943 de más de cien mil judíos que vivían en aquella zona a los Campos de Exterminio de Auschwitz y Treblinka, donde fueron asesinados. Además algunos de ellos fueron también acusados de haber cometido hechos individuales de homicidios, robos, detenciones ilegales, etc., tales como el fusilamiento de cien hombres, mujeres y niños judíos en un acto de represalia porque el día antes un padre de familia para evitar que se llevaran a su mujer vertió ácido sobre la cara de uno de los soldados que fueron a detenerla, y de otros muchos que ofrecieron resistencia individual o colectiva en el levantamiento que hubo en el Ghetto de Bialystok en el verano de 1943, se ocultaron, o intentaron huir. El proceso terminó tras más de dos años de complicadas sesiones y búsqueda de material probatorio con la aplicación de penas relativamente leves, entre cinco y nueve años de prisión, a algunos de los principales responsables de la deportación, considerándolos, siguiendo la teoría subjetiva de la participación entonces todavía dominante en la jurisprudencia alemana, como meros cómplices, y dejando sin condenar, por falta de pruebas o porque se les consideró como meros homicidios y no asesinatos y se les aplicó la prescripción, porque se les consideraba como meros "excesos" individuales cometidos antes de la deportación como los homicidios y otros abusos, malos tratos, etc., cometidos contra la población judía. En el capítulo III se ocupa de los problemas de carácter jurídico material y procesal que se presentaron a la hora de enjuiciar en la República Federal Alemana los crímenes de los nazis, como, por ejemplo, el argumento de que no era posible considerar como delito lo que conforme al Derecho vigente en el momento en que se cometieron los hechos eran perfectamente legales e incluso de obligado cumplimiento. Aquí se ocupa STOLL de la discusión habida en los años sesenta en Alemania sobre si las órdenes que daba Hitler eran de obligado cumplimiento, pero también de la aplicación retroactiva de los nuevos plazos de prescripción o no prescripción de los delitos cometidos en la época nacionalsocialista. También en este capítulo se ocupa del tema, ya antes mencionado, de por qué se consideraba por la jurisprudencia de aquella época a

casos, llegaba todo lo más con la calificación de complicidad a imponer penas de escasa gravedad y puramente simbólicas. Pero esta actitud fue cambiando paulatinamente en Alemania, sobre todo tras la caída del Muro de Berlín y la subsiguiente Reunificación alemana, y la tesis de ROXIN pronto fue acogida por la jurisprudencia del Bundesgerichtshof que la aplicó en el proceso llevado a cabo contra algunos Altos Cargos del Gobierno de la antigua República Democrática Alemana por las muertes ocasionadas en el Muro de Berlín por los Guardias Fronterizos que dispararon a las personas que intentaron pasar a la República Federal de Alemania²⁰.

Fuera de Alemania, la tesis de ROXIN cada vez tuvo más partidarios, sobre todo en España, Portugal y numerosos países latinoamericanos, aunque también ha sido objeto de críticas. Por lo que respecta a la jurisprudencia, también se ha aplicado en algunos casos muy importantes relacionados con la responsabilidad de dirigentes políticos y altos cargos militares por los crímenes ejecutados por miembros de los aparatos de poder creados o controlados por ellos. Finalmente, la teoría de ROXIN ha sido aplicada también por algunos Tribunales internacionales en casos de este tipo relacionados con los crímenes internacionales cuyo enjuiciamiento les corresponde. De ello nos ocupamos seguidamente en los siguientes apartados.

quienes habían colaborado directamente en la ejecución de miles de personas como meros cómplices y no como verdaderos autores; y de si era correcto llamar como testigos a los que realmente habían sido autores de los hechos que se estaban enjuiciando (véase mi comentario bibliográfico a este libro en Revista Penal 2012).

Sobre la jurisprudencia alemana en relación con estos casos y sobre la actitud observada ante ella por los penalistas de la República Federal de Alemania en aquella época, los esposos JUST-DAHLMANN/JUST escribieron un libro, *Die Gehilfen* ant. cit., en el que entre otras cosas se informa en las pp. 160 y ss., que se había enviado un cuestionario a todos los profesores alemanes de Derecho penal para que manifestaran su opinión respecto a esa jurisprudencia. A este cuestionario sólo contestaron nueve profesores (Karl Peters, Günther Spendel, Arthur Kaufmann, Ulrich Klug, Geerds, Jescheck, Rüter, Roxin, Baumann). Algunos, los menos, expresaron su disconformidad con la escasa gravedad de las sentencias dictadas, pero casi todos declinaron hacer algún comentario por no tener conocimiento de los detalles o por considerar que los problemas de determinación de la pena (que es, en definitiva, lo que supone la calificación de cómplice) se sustraen a valoraciones generales. Muy interesante y reveladora es la respuesta que dio el entonces joven docente Claus ROXIN, quien tras mostrar su disconformidad con dicho proceder jurisprudencial, se remite a su trabajo citado anteriormente, comunicando que lo ha enviado para su publicación a la revista *Juristenzeitung*, y que si ésta no lo publica lo remitirá a otra (efectivamente, apareció publicada en la revista *Goldammer's Archiv*). El 12 de septiembre del 2001, en una conversación privada mantenida por el autor de este trabajo con ROXIN, durante un Congreso celebrado en Seúl, Corea, comentando el atentado ocurrido el día anterior en las Torres Gemelas de Nueva York, ROXIN me comentó que es la única vez que un trabajo suyo ha sido rechazado para su publicación en una revista alemana. Posteriormente ROXIN ha referido este episodio en un artículo recogido en la recopilación de varios sus trabajos, traducidos por Manuel Abanto, que se contiene en un volumen publicado en Lima (véase ROXIN, *La teoría del delito en la discusión actual*, Lima, 2007, p.513, nota 1). También informan JUST-DAHLMANN/JUST (p.174), de la actitud de Jürgen Baumann, quien se esforzó en vano por conseguir una toma de postura oficial de los profesores de Derecho penal en la *Strafrechtlerstagung* de 1963.

²⁰ BGHSt 40, 268.

3. La aplicación de la tesis de ROXIN en la jurisprudencia de los Tribunales nacionales.

La tesis de ROXIN fue contestada desde el principio y aún hoy es contestada por buena parte de la doctrina, no sólo alemana²¹, sino también por la de otros muchos países influenciados por la doctrina alemana, como por ejemplo sucede en algún sector de la doctrina española²². Este sector doctrinal se apoya sobre todo en que el concepto de autoría mediata sólo tiene sentido y es aplicable cuando el sujeto instrumentalizado es irresponsable por falta de imputabilidad, por actuar sin ser consciente de que comete un delito o incluso de forma justificada en la medida en que lo hace en una situación provocada dolosamente por el autor mediato; pero no en el caso, como sería el que aquí nos ocupa, en que el que ejecuta el delito es también plenamente responsable.

Sin embargo, como ya se ha dicho, en los últimos años ha ido ganando cada vez más adeptos y no sólo en el ámbito doctrinal, sino también en el jurisprudencial, habiendo sido utilizada ya por muchos Tribunales de Justicia para fundamentar sentencias condenatorias de dirigentes políticos y altos cargos militares por los delitos cometidos por sus subordinados dentro de un sistema de aparato de poder.

²¹ Véase, por ejemplo; JESCHECK, Hans Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1969, p. 509, quien se inclina en estos casos por la calificación de coautoría (también JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5 ed. 1998, p.670. La tesis de Jescheck, a través de la traducción de la segunda edición que de su Tratado hicieron en 1983 Mir Puig y Muñoz Conde, es citada y acogida expresamente por la Corte Suprema argentina). En contra de que el dominio de la organización pueda fundamentar una autoría mediata, se han pronunciado expresamente HERZBERG, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, en Knut Amelung (ed.) Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Staftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gessellschaft, 2000, p. 33 ss.; ROTSCH, Thomas, Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft, en Zeitschrift für die gesamte Strarechtswissenschaft, 112 (2000), p. 518 ss., y WEIGEND, Thomas, en el tomo 9, núm. 1, del Journal of International Criminal Justice, anteriormente citado, dedicado a comentar la aplicación de la tesis de ROXIN en la Justicia Penal Internacional y en algunos tribunales latinoamericanos.

²² Entre los monografistas españoles que se han ocupado del tema, véase, por ejemplo, HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, La autoría mediata en derecho penal, Granada 1996, p. 257 ss., quien se inclina por la tesis de la cooperación necesaria; El mismo, La codelinuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada, en Revista de Derecho penal y Criminología, 2006; BOLEA BARDÓN, Carolina, Autoría mediata en Derecho penal, Barcelona 2000. Una buena exposición de las opiniones doctrinales en contra y a favor de la teoría de ROXIN en la doctrina penal alemana y de habla española se encuentra en un primer artículo de AMBOS, Kai, Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, en revista de Derecho penal y Criminología, 1999, recogido y ampliado posteriormente en su obra La Parte General del Derecho penal internacional, Bases para una elaboración dogmática, traducción de Enrique Malarino, Bogotá, 2006, p. 216 ss.: El mismo, Internationales Strafrecht, Munich 2ª ed., 2010, p. Véase también WERLE, Gerhard.

Pionera en esta materia fue la sentencia de la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires en el caso de los Comandantes de la Junta militar argentina, que argumentaba en su sentencia condenatoria del siguiente modo:

“Los procesados tuvieron el *dominio de los hechos* porque controlaban la organización que los produjo. Los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes lo ejecutaron sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc.), que supone toda operación militar”²³.

A pesar de esta contundente afirmación, la fundamentación de la condena de los Comandantes, basada claramente en la tesis de ROXIN, fue rechazada posteriormente por la Corte Suprema argentina, que, por mayoría y con el voto en contra de dos magistrados, consideró que esta tesis no era lo suficientemente concreta y que no gozaba en el momento en que se cometieron los hechos de reconocimiento doctrinal y jurisprudencial en el Derecho penal argentino²⁴. En consecuencia, la Corte Suprema argentina fundamentó la condena de los Comandantes en la figura de la cooperación necesaria, que tiene reconocimiento expreso en el art. 45 del Código Penal argentino y que de todas formas impone la misma pena a los cooperadores necesarios que a los autores directos.

²³ Cfr. Sentencia de la Cámara de Apelaciones, citada supra nota 1, p.1601 (Fundamento séptimo, apartados 5 y 6). Sobre esta sentencia ha habido ya diversos comentarios tanto de autores argentinos como de otros países; para una exposición más completa de las decisiones judiciales que a partir de la misma se han venido produciendo en los últimos años en relación con la autoría mediata por control de aparato de poder, tanto en la misma Argentina, como en otros países latinoamericanos, me remito al artículo de MUÑOZ CONDE/OLASOLO, La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América latina y España: desde el juicio a las Juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzmán, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo, publicado en Revista Penal 2011, y en diversas revistas latinoamericanas (existe una versión en inglés, “The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power in Latin America and Spain”, Journal of International Criminal, tomo 9, num.1, 2011, pp. 113-135; publicada también en New Philosophy of Crime and Punishment in the Era of Globalisation, Pekin, 2011, p.47 ss. Una versión más amplia de este trabajo se ha publicado también, en doble versión inglesa y china, en Organized Crime and its Countermeasures in the Era of Globalisation, He Bingsong y Liu Yanping (edit), Pekin 2010, p.153 ss.(versión inglesa, y p. 431 ss., versión china).

²⁴ Cfr. Sentencia de la Corte Suprema citada supra nota 3, p.1701 ss. Los argumentos que emplea la Corte Suprema para rechazar la tesis de ROXIN se encuentran en los fundamentos 20 y ss. de su sentencia, en donde se exponen la polémica doctrinal suscitada por la misma y las razones por las que, según la Corte Suprema, no puede ser acogida en el Derecho penal argentino. De esta opinión también NINO, Carlos, Juicio al mal absoluto cit., p. 241, quien considera que “la teoría de la coautoría hubiera sido suficiente”. Sin embargo, dos Magistrados de esta Corte Suprema, los Dres. Petracchi y Bacqué, se pronunciaron en voto particular a favor de la tesis de ROXIN, interpretando en este sentido el art. 514 del Código de Justicia militar argentino, que mantiene la responsabilidad del militar que imparte ordenes, aunque el subordinado que la cumple sea también penalmente responsable del delito que comete.

No obstante, posteriormente, algunos tribunales argentinos que han juzgado casos concretos de crímenes cometidos durante la Dictadura por miembros de su aparato de poder, han aplicado la teoría de ROXIN, o al menos se han planteado esta forma de imputación de la responsabilidad penal. Así, por ejemplo, sucede en el caso juzgado en la sentencia del Tribunal Oral Federal de Tucumán (Argentina) de 4 septiembre 2008, en la que se impone la misma pena (prisión perpetua e inhabilitación perpetua) a los dos procesados, “que integraban la cadena de mandos superiores en la maquinaria de poder en que se convirtió a las Fuerzas armadas” (sic, p.101 de la sentencia), y que en virtud de ese poder decidieron la entrada ilegal en el domicilio del Senador Vargas Aignasse, sospechoso, según ellos, de pertenecer a un grupo subversivo, los Montoneros. Vargas Aignasse, tras ser detenido en su propio domicilio delante de su mujer e hijos menores, fue trasladado a un centro militar, donde tras ser torturado, finalmente se le hizo desaparecer, fingiendo que había sido secuestrado por un grupo desconocido en su traslado a otro centro militar. El Tribunal, tras exponer pormenorizadamente la tesis de ROXIN y mencionar la sentencia de la Cámara de Apelaciones argentina que en primera instancia juzgo a los Comandantes, y la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán (*Bundesgerichtshof*) en relación con los dirigentes de la antigua República Democrática Alemana en la que igualmente se aplicó la tesis de ROXIN, cita otras resoluciones de Tribunales argentinos en las que ya se había aplicado en casos similares, mencionando expresamente “las resoluciones del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N 1 de La Plata en las causas "Etchecolatz" (Sentencia de Septiembre de 2006) y "Von Wernich" (Sentencia del 01 de Noviembre de 2007); el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N I de Córdoba, en la causa "Menéndez Luciano Benjamín, Rodríguez Hermes Oscar, Acosta Jorge Excequiél, Manzanelli Luis Alberto, Vega Carlos Alberto, Díaz Carlos Alberto, Lardone Ricardo Alberto Ramón, Padován Oreste Valentín por privación ilegítima de libertad, imposición de tormentos agravados y homicidio agravado" -Expte 40/M/2008- (Sentencia del 24/07/08); y fue confirmada por la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa "Etchecolatz" (Sentencia del 18 de Mayo de 2007)”. Además el tribunal de Tucumán fundamenta su sentencia condenatoria aplicando los criterios de la imputación objetiva y de la responsabilidad en comisión por omisión de los que tienen la posición de garante respecto al control del comportamiento de sus subordinados.

En otra sentencia más reciente del Tribunal Oral Federal de San Martín, n. 1 de 12 de agosto del 2009, en el llamado caso “Floreal Avellaneda”, se plantea también este

problema. Igual que en los casos anteriores se trataba de la detención ilegal, seguida de torturas de Floreal Avellaneda padre, su mujer, Iris Avellaneda, y de su hijo, Floreal, menor de dieciséis años, cuyo cadáver, maniatado y con señales de haber sido salvajemente torturado, apareció después en las costas uruguayas, probablemente arrojado desde un avión militar. El Tribunal tras realizar un análisis exhaustivo de la prueba, se ocupa de fundamentar la condena de los procesados, pero en lugar de la tesis de ROXIN, y sin apenas mencionarla, tras hacerse eco de algunas críticas formuladas contra la misma, por ejemplo por KAI AMBOS, cuyo artículo sobre el tema cita expresamente, se inclina por la calificación de coautoría, mantenida por otros autores como JAKOBS y su discípulo argentino SANCINETTI. No obstante, y aunque condena al principal responsable a la pena de prisión e inhabilitación perpetua, impone a los otros “coautores” penas inferiores de privación de libertad entre 8 y veinticinco años.

Por lo que respecta a España, la tesis de ROXIN ha sido en general bien acogida, aunque con algunas matizaciones, por buena parte de los que se han ocupado expresamente del tema²⁵, pero no por la jurisprudencia, que si bien en algunas ocasiones se ha referido o incluso ha recogido literalmente argumentos basados en esta tesis, aunque sin citarla expresamente, finalmente ha aplicado la figura de la inducción o la cooperación necesaria a la hora de imponer una condena²⁶.

²⁵ Véase por ejemplo, mis diferentes trabajos al respecto: MUÑOZ CONDE, en Ferré Olivé/Anarte Borralló (edit.), Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada, Huelva 1999; El mismo, ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas del Derecho”, en Revista Penal 2000 (versión alemana publicada en Festchrift für Claus ROXIN, 2001, p. 609 ss.; El mismo, La superación del concepto objetivo formal de autoría y la estructura de las organizaciones empresariales, en Luisiada, II Serie, num. 3, Lisboa 2005, p.57 ss.; El mismo, Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?, en Revista Penal 2002 (también en Varios, Derecho penal económico, Manuales de formación continuada, 14, Madrid 2001; hay una versión resumida de este trabajo en Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y la Criminología, Madrid 2001). Para una exposición resumida de esta posición, véase MUÑOZ CONDE, en Muñoz Conde/García Arán, Derecho penal cit. p. 448 ss. Posteriormente se han ocupado expresamente del tema, adhiriéndose a la tesis de ROXIN, FARALDO CABANA, Patricia, Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, Valencia 2004; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, La autoría mediata en aparatos organizados de poder, Granada 2006. También han aceptado, en parte, la tesis de ROXIN o por lo menos han planteado como una posibilidad su aplicación a los directivos de las empresas en el ámbito del Derecho penal económico, otros autores como AMBOS, MUÑOZ CONDE, PÉREZ CEPEDA, GARCÍA CAVERO, NÚÑEZ CASTAÑO, MARTÍN DE ESPINOSA, CARUSO FONTÁN, FERRÉ OLIVÉ, GÓMEZ-JARA DÍAZ, etc, pero la exposición de este tema excede de nuestro trabajo. En la doctrina portuguesa se pronuncian a favor de la tesis de ROXIN, FIGUEIREDO DIAS, Jorge, en Ferré Olivé/Anarte Borralló (edit.), Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada cit., p. 99 ss.; SERRA, Teresa, en Revista Portuguesa de Ciencia Criminal 5 (1995), p.103.

²⁶ Cfr., por ejemplo, STS 2 julio 2004 (caso Hipercor), 1 octubre 2007 (caso Scilingo), 17 julio 2008 (atentado de la Estación de Atocha en Madrid). Para una exposición del reflejo de esta teoría en la jurisprudencia del TS español, véase GIL GIL, Alicia, La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 2008, p.53 ss.

Visto desde la situación política actual, es evidente que en una situación de normalidad democrática y de respeto a los derechos humanos, no es muy frecuente que se puedan dar casos de comisión masiva de delitos contra derechos humanos utilizando el aparato de poder estatal. Los pocos casos que se han dado de este tipo tras la reinstauración de la democracia en España, han sido el intento de Golpe de Estado de 23 de febrero de 1981, juzgado finalmente en la STS de 22 abril de 1983, y el llamado “Caso Marey”, en el que el TS en su sentencia de 28 julio de 1998 condenó al Ministro del Interior y a otros altos cargos del mismo Ministerio, por el secuestro de un presunto miembro del grupo terrorista ETA. Pero en ninguno de ellos se aplicó y ni siquiera se mencionó el tema de la autoría mediata por utilización de aparatos de poder. En el primer caso, quizás porque aún no era lo suficientemente conocida por la jurisprudencia de aquella época, además de que en tanto en el Código Penal como en el Código de Justicia militar vigentes en aquel momento había ya preceptos específicos, que, igual que en el actual Código Penal de 1995 (arts. 472 ss.), regulan la responsabilidad de los Jefes y responsables de la rebelión. En el segundo caso, porque se consideró que se trataba de un hecho aislado y no fue considerado como parte de una actividad generalizada que se practicara por grupos ilegales (los llamados GAL) dentro del propio aparato de poder del Estado²⁷.

Mayores oportunidades ha tenido la jurisprudencia española en aplicar esta teoría en los procesos contra los dirigentes de la banda terrorista ETA, como responsables de los atentados llevados a cabo por comandos de la misma. Sin embargo, tampoco en estos casos ha hecho un uso directo de la teoría de ROXIN para fundamentar las condenas de los dirigentes de esta organización terrorista, que señalan la víctima o el objetivo del atentado y dan las órdenes correspondientes que otros ejecutan; y aunque en la redacción de sus Fundamentos jurídicos se observa claramente la influencia que la tesis de ROXIN, ampliamente difundida a través de las traducciones y de la mucha bibliografía existente en España sobre la misma, ha tenido en muchos de los Magistrados integrantes del Tribunal Supremo, al final la condena se basa en la figura

También BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en La Ley 2008.

²⁷ No obstante, a mi juicio, no hay ningún inconveniente en aplicar la teoría de ROXIN también en estos supuestos; véase al respecto MUÑOZ CONDE, Francisco, en Revista Penal 2002 cit.

de la inducción para los dirigentes, o en la de la cooperación necesaria para los que colaboran directamente con el comando ejecutor²⁸.

Mayor interés tiene para nuestro tema la jurisprudencia habida en los países latinoamericanos donde se han juzgado más recientemente este tipo de delitos cometidos por dominio del aparato de poder de sistemas dictatoriales, y en los que se ha planteado la responsabilidad de los dirigentes políticos y los altos cargos militares del sistema dictatorial.

Además del juicio ya mencionado contra los Comandantes de la Junta militar argentina, un caso similar fue en Chile el “caso Contreras”, en el que se juzgó al Jefe del Servicio Secreto de la dictadura de Pinochet, la llamada DINA, que durante la dictadura planificó y ordenó el atentado que se llevó a cabo en Washington y costó la vida al General Letelier, un destacado opositor de esa dictadura que se encontraba en el exilio. Sin embargo, en la sentencia ni siquiera se menciona la posibilidad de aplicar la tesis de ROXIN²⁹.

Tampoco se hacen referencias a la tesis de ROXIN en el auto de procesamiento que, tras haber solicitado su extradición, dictó el Juez español Baltasar Garzón contra el General Pinochet por los Crímenes contra la Humanidad, Tortura y Genocidio cometidos por el aparato de poder de la dictadura que durante varios años mantuvo Pinochet en Chile, aunque en él se contienen argumentos claramente inspirados en esta tesis, aún sin mencionarla expresamente, ni referirse a la figura de la autoría mediata³⁰.

²⁸ Cfr. STS 2 de julio de 2004, 22 de febrero de 2007. Véase la exposición que de esta jurisprudencia hace GIL GIL, ob. cit., p. 65 s. Tampoco en las sentencias de la Audiencia Nacional (65/2007) y del Tribunal Supremo (505/2008) pronunciadas en relación con el atentado terrorista cometido en la estación de Atocha de Madrid el 11 de marzo del 2004, en el que murieron 191 personas y hubo casi dos mil heridos, se menciona la teoría de ROXIN, aunque era claro que los ejecutores materiales actuaron como miembros de una organización terrorista internacional (Al Qaeda), que muestra todas las características requeridas por ROXIN para fundamentar la autoría mediata por control de aparato de poder. A mi juicio, no hay tampoco inconveniente en aplicar también la tesis de ROXIN y considerar autores mediatos de los atentados cometidos por los comandos de las bandas terroristas a los dirigentes de las mismas (sean nacionales, como es el caso de ETA, o internacionales, como es el caso del grupo terrorista islamista Al Qaeda); sobre ello, véase MUÑOZ CONDE, ob. u. cit.

²⁹ Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia chilena 30 de mayo de 1995, en la que apenas se planteó si el Jefe de la DINA, el General Contreras, se podía considerar inductor o autor mediato de los autores materiales del atentado costó la vida al líder opositor, empleando ambos conceptos de forma equivalente e igualmente subsumibles en la definición de inducción que da el art. 15 del Código Penal chileno (véase razonamientos 17 a 20 de la mencionada sentencia). Pero en ningún momento se plantea la responsabilidad de otros cargos políticos o militares superiores, ni se menciona la figura de la autoría mediata de los mismos sirviéndose del aparato de poder.

³⁰ Auto de procesamiento de Augusto Pinochet, del Juzgado de Instrucción num. 5 de la Audiencia Nacional (Juez Baltasar Garzón), 10 de diciembre de 1998: “Como Jefe de la Junta de Gobierno y Presidente de la república tiene el poder de hacer cesar la situación inmediatamente, aunque contrariamente a ello, la incita y anima, dando las órdenes oportunas a sus inferiores, controlando incluso

En Colombia la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema se ha planteado la aplicación de la autoría mediata en algunos de los casos de asesinatos cometidos por los grupos paramilitares, aunque finalmente se decidió aplicar la figura de la coautoría³¹.

En Uruguay la sentencia del 9 de febrero de 2010 del Tribunal Penal de Uruguay Num. 7 condenó a Juan Maria Bordaberry Arocena, ex presidente del Uruguay desde 1972 a 1976, como coautor de nueve hechos de desaparición forzada de personas y dos homicidios por razones políticas, sin plantear siquiera la posibilidad de aplicar la teoría de la autoría mediata³².

EXCURSO: Especial consideración de la jurisprudencia peruana en esta materia

Especialmente interesante en relación con este tema es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Perú. En este país una Sentencia de 7 abril de 2009 de la Sala Especial de la Corte Suprema condenó al ex Presidente de Perú Alberto Fujimori por diversos delitos contra la vida, detenciones ilegales, etc., cometidos durante su mandato por grupos

a veces, con dominio absoluto del hecho, la ejecución directa a través de la Jefatura exclusiva de la DINA". Sin embargo, en este auto la intervención de Pinochet se califica unas veces de inducción y otras de coautoría, pero no se menciona la autoría mediata. Tampoco menciona la teoría de ROXIN el mismo Juez Garzón en su discutido auto de apertura de un procedimiento penal contra el General Franco y los principales responsables del Golpe de Estado del 18 de julio de 1936. Sobre la elaboración jurídica del pasado dictatorial franquista durante la transición a la democracia en España, véase MUÑOZ CONDE, La transformación jurídica de la dictadura franquista en un Estado de Derecho, en Francisco Muñoz Conde/Thomas Vormbaum (dir.), Humboldt-Kolleg. La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado, Valencia 2009 (hay también versión alemana con el título Abrechnen aber wie? Die rechtliche Transformation der europäischen Diktaturen nach 1945: Der Fall Spanien, publicada en Francisco Muñoz Conde/Thomas Vormbaum, Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit, Humboldt Kolleg an der Universität Pablo de Olavide, Sevilla 7.-9. Februar 2008, Berlin 2010, p. 29 ss.; también en Journal für juristische Zeigeschichte, 2008, y en Savigny Zeitschrift für Rechtsgeschichte, 2008. Versión española también en Revista Penal 2008).

³¹ Sentencias pronunciadas en los casos *Machuca* del 7/3/2007, *Yamid Amat* del 8/8/2007 y *Gabarra* del 12/9/2007; para una información más detallada sobre las mismas, véase MUÑOZ CONDE/OLASOLO, ob., cit.

³² Sobre esta sentencia, véase con más detalles MUÑOZ CONDE/OLASOLO, lug, cit: También el artículo de Pablo GALAIN PALERMO, The prosecution of International Crimes in Uruguay, en *International Criminal Law Review*, 2010, p. 601 ss.; El mismo, *Ubergangsjustiz und Vergangenheitsbewältigung in Uruguay*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2013. Sobre la elaboración jurídica del pasado de las dictaduras en Chile, Argentina, España, Alemania e Italia, véase también FRANCISCO MUÑOZ CONDE/THOMAS VORMBAUM, *La transformación de las dictaduras en democracias* a. cit.

militares, policiales y parapoliciales³³. En el capítulo III de la Tercera Parte de esta sentencia se realiza en más de treinta páginas toda una exposición doctrinal del estado de la teoría de ROXIN en la doctrina peruana y de habla española, mencionando las distintas variantes que se le han dado, y los argumentos esgrimidos en pro y en contra de la misma, para terminar afirmando que es perfectamente compatible con la regulación que hace el Código Penal peruano de la autoría mediata y, por tanto, aplicable en el caso Fujimori, en la medida en que en el mismo se dan los requisitos expuestos por ROXIN: Existencia de un aparato de poder a cuyo frente se encontraba el Ex Presidente Fujimori, de una relación jerárquica entre los miembros del mismo en sus distintos niveles, fungibilidad de los ejecutores, actuación al margen del Derecho o, como se dice en la sentencia, “apartamiento del Derecho” (entendiendo por tal tanto el Derecho nacional, como el internacional) y, lo que ya hemos visto ROXIN ya no exige expresamente, “una elevada disponibilidad de los ejecutores a realizar el hecho”. También se hacen referencias en este Fundamento jurídico a las diferencias entre la figura de la autoría mediata por control de aparato de poder y la responsabilidad del superior militar en el Estatuto de Roma, y se citan otras decisiones judiciales en las que se ha aplicado la teoría de ROXIN, como las ya señaladas anteriormente de la Cámara de Apelaciones argentina en el caso de los Comandantes de la Junta militar, o del Bundesgerichtshof alemán en el caso de los dirigentes de la antigua República Democrática Alemana. Pero también se menciona otra sentencia de la propia Corte Suprema peruana en la que con una fundamentación similar se condenó al líder de la organización terrorista “Sendero Luminoso” Abimael Guzmán por los diversos atentados terroristas llevados a cabo por dicho grupo terrorista en la década de los 80 en el siglo pasado. La posible aplicación de la teoría de ROXIN al caso Fujimori había sido también ya planteada por la Corte Suprema chilena en la sentencia de 21 de septiembre de 2007, por la que se concedió la extradición a Perú de Alberto Fujimori³⁴.

Esta sentencia de la Corte Suprema peruana constituye sin duda la más directa y clara aplicación de la tesis de ROXIN en la jurisprudencia de un país latinoamericano. Con ella parecía claro que podía ser aplicada en cualquier otro de los procesos en el que tuvieran que juzgarse casos relacionados con los crímenes cometidos durante el régimen de

³³ Sentencia de la Sala Penal Especial en el Expediente N° AV 19-2001 (acumulado), del siete de abril de 2009. Casos Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE, recogida en: http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?opcion=detalle_noticia&codigo=10409.

³⁴ Véanse Considerandos nonagésimo cuarto y nonagésimo quinto de esta sentencia. Un comentario a la misma hace LLEDÓ VÁSQUEZ, Rodrigo, en Anuario de Derechos Humanos, 2008, p.114 ss.

Fujimori. Pero no sólo no ha sido así, sino que en otra sentencia (Ejecutoria, se le llama) más reciente de la Sala Permanente de la Corte Suprema de Perú, de 20 de julio del 2012, se abandona expresamente la teoría de la autoría mediata por medio de un aparato de poder organizado y, en su lugar, se aplica la tesis de la coautoría para condenar como coautores a los responsables de la llamada operación Colina o Barrios Altos, en la que un grupo paramilitar siguiendo órdenes de importantes dirigentes del Gobierno y la cúpula militar, asesinó a varias personas, supuestamente implicadas con el grupo terrorista “Sendero Luminoso”. En esta sentencia se rechaza también que dichos crímenes puedan ser considerados como Crímenes contra la Humanidad, por no tratarse de hechos realizados como parte de una “política de exterminio”, y la calificación de asociación ilegal, por no haber sido objeto de acusación específica por parte del Ministerio fiscal. Y en la calificación de la intervención de los acusados en la masacre de Barrios Altos se rechaza expresamente la tesis de ROXIN y en su lugar se aplica la de la coautoría apoyándose para ello expresamente en la tesis formulada por JAKOBS en su artículo “Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori, publicado en el volumen “La autoría mediata, Caso Fujimori, Ara editores, p. 105-114, citado expresamente en la página 191, nota 157 del texto de la misma sentencia que se encuentra en Internet. Para ello, se asume la concepción tradicional de la autoría mediata, según la cual el instrumento ejecutor debe ser irresponsable del hecho que realiza, por tanto, si los ejecutores en la masacre de Barrios Altos son también responsables, no cabe aplicar esta calificación. Y en su lugar opta por la calificación de coautoría, considerando que hubo un reparto competencial de papeles, en el que “unos aportan la decisión, y otros la ejecución, siendo ambos responsables penalmente” (Fundamento 204), entendiendo además que, a diferencia de lo que sostiene la concepción tradicional de la coautoría, en ésta no es necesario que el coautor intervenga materialmente en la ejecución del hecho.

No deja de ser sorprendente y, a mi juicio, contradictorio, que para rechazar la tesis de ROXIN se invoque como algo irrefutable la concepción tradicional de la autoría mediata, según la cual el instrumento ejecutor debe ser irresponsable, mientras que para acoger la tesis de JAKOBS se abandone la concepción tradicional de la coautoría, según la cual el coautor debe intervenir también en la ejecución del hecho. Pero independientemente de esta contradictoria fundamentación, lo que más sorprende en esta sentencia es que con la calificación de coautoría sin una ulterior matización, sitúe en un mismo plano y bajo una misma calificación a los que deciden y controlan el aparato de

poder y a los que luego, en un momento posterior a veces muy alejado del momento en que se adopta la decisión e incluso sin relación directa o personal con los anteriores, ejecuten la decisión criminal, confundiendo así dos planos y momentos distintos: la decisión por unos y la ejecución por otros. Como indicaré más adelante, no creo que haya ningún problema en calificar como coautores a los que, controlando en sus diversos niveles el aparato de poder, deciden la realización del hecho delictivo, pero su relación con los ejecutores materiales y, por tanto, autores directos, no puede ser otra que la de la autoría mediata.

En todo caso no deja de ser sorprendente que en un caso de tanta trascendencia para la elaboración jurídica de la responsabilidad por los delitos cometidos durante el pasado régimen dictatorial de Fujimori se traslade a una decisión judicial una polémica puramente doctrinal, sin mayor trascendencia, como en la propia sentencia se indica, en la magnitud de la pena aplicable. Si por eso fuera no se entendería muy bien la polémica que suscitó en la opinión pública peruana este fallo y el inmediato recurso que se presentó contra la misma ante la Corte Internacional de Derechos humanos de San José de Costa Rica. Evidentemente, y como seguidamente vamos a ver, en dicha Corte no se planteó el problema de si la calificación jurídica de los responsables de la masacre de Barrios Altos debía ser la de autoría mediata, o la de coautoría, sino si la misma podía dar lugar a algún tipo de impunidad, sobre todo teniendo en cuenta que en la citada sentencia se abandona, no sólo la tesis de ROXIN aplicando en su lugar la de JAKOBS, sino también la calificación de este hecho como un Crimen de Lesa Humanidad con todas las consecuencias que de esta calificación se derivan, como pueden ser por ejemplo, la imprescriptibilidad de estos delitos o la imposibilidad de aplicar Leyes de Punto Final o Amnistías a los responsables de los mismos.

Con sorprendente rapidez esta Corte Internacional, ha pronunciado el 24 de septiembre del 2012 otra sentencia³⁵, en la que se anula la de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema peruana de 20 de julio. Se basa para ello en anteriores resoluciones que ya había emitido en relación con el régimen de Fujimori, en el que, según la misma Corte Internacional (véase por ejemplo, su sentencia de la misma de 14 de marzo de 2001) se cometieron graves violaciones de derechos humanos que bien podían ser constitutivas de crímenes internacionales, imponiendo al Estado peruano “la remoción de todo obstáculo

³⁵ Se puede consultar en Internet en PDF es.scribd.com (...) Resolución-de-la-Corte-FDH-en-Caso-Barrios-Altos.

que impida la investigación y juzgamiento de los hechos y, en su caso, la sanción de todos los responsables de las violaciones declaradas así como la búsqueda de la verdad” . Para ello advierte que la impunidad no sólo puede darse cuando el Estado dicta Leyes de Amnistía, sino también cuando el Poder judicial no procede a investigar y juzgar hasta sus últimas consecuencias casos concretos en los que se hayan producido esas violaciones.

En este sentido, considera que el hecho de que la sentencia de la Corte Suprema peruana de 20 de julio rechace la calificación de Crimen de Lesa Humanidad para la masacre ocurrida en Barrios Altos, no es claramente compatible con los hechos probados, en los que claramente se observa que el ataque se realizó de manera indiscriminada contra miembros de la población civil “en el marco de una política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos” (Considerando 45).

Aunque la Corte Internacional no dice cuál sería la calificación exacta de este “Crimen internacional” es claro que se está refiriendo a los Crímenes de Lesa Humanidad tal como se definen en el art. 7 del Estatuto de Roma³⁶, al decir: “En el presente caso, resulta innegable que los hechos perpetrados por el Grupo Colina no responden a “delitos comunes” o meras vulneraciones de los “derechos humanos”, sino que están dentro de aquellas violaciones más graves que atenten contra la consciencia universal”.

La Corte Internacional de Derechos humanos de Costa Rica no se plantea siquiera si la calificación jurídica de la participación de los responsables de los crímenes debe ser la de la autoría mediata o la de coautoría, sino la impunidad que pueda generarse, si no se califica de crimen internacional con todas sus consecuencias que ello pueda suponer para todos los responsables (subrayado del autor de este artículo). Dicho en pocas palabras: La Corte Internacional no entra en la discusión dogmática de si hay autoría mediata o coautoría, sino que de lo que trata es de, siguiendo con ello la idea incorporada al Preámbulo del Estatuto de Roma, evitar la impunidad y proteger los derechos de las víctimas a la verdad y a que todos los responsables sean condenados penalmente. Y desde este punto de vista no cabe duda de que tanto la tesis de la autoría mediata, como con la de la coautoría, pueden ser útiles para conseguir esa meta.

³⁶ Sobre estos delitos y sus elementos véase WERLE, Gerhard, Tratado de Derecho penal internacional, 2ª ed. Valencia 2001, p. 462 ss. (p. 375 ss., de la 3ª ed. alemana de su Völkerstrafrecht, 2012).

En consecuencia, pocos días después de haberse emitido la sentencia de la Corte Internacional, la misma Sala Permanente de la Corte Suprema peruana ha decidido el 29 de septiembre del 2012, por unanimidad, anular la anterior sentencia cuestionada a nivel internacional, disponiendo que otro Tribunal resuelva el recurso de nulidad.

4. La aplicación de la tesis de ROXIN en los Tribunales internacionales

En relación con nuestro tema, también es interesante la jurisprudencia habida en los Tribunales internacionales en los casos en los que los delitos cometidos entran dentro del ámbito de su competencia.

Una de las tareas más importantes, con la que se enfrenta el Derecho penal internacional, sobre todo a partir de la aprobación del Estatuto de Roma y la creación de la Corte penal internacional, es la elaboración de una Teoría General que pueda servir como una Gramática jurídica universal común a las diferentes legislaciones nacionales, que permita el entendimiento entre los operadores jurídicos de los procesos penales que se lleven a cabo en los Tribunales internacionales, por más que pertenezcan a diferentes naciones y hablen diferentes lenguas.

Actualmente, coexisten, al menos en el mundo occidental, dos sistemas jurídicos diferentes, el del Common Law y el Civil Law o sistema continental europeo, cada uno con peculiaridades que los distinguen y separan entre sí, incluso más allá de los diferentes idiomas en los que se expresan. El sistema del Common Law, dominante en los países integrantes del antiguo Imperio Británico, cuyo idioma oficial es el inglés, está basado sobre todo en el precedente judicial, vinculado al caso concreto, y es poco proclive a construcciones teóricas o sistemáticas generalizadoras. En cambio, el sistema del Civil Law, se preocupa especialmente, sobre todo en Alemania, por la elaboración de una Teoría General del Delito, que a su vez ejerce gran influencia en los países latinos de Europa (Italia, España, Portugal, con la importante excepción de Francia), y prácticamente sin excepción en todos los latinoamericanos.

Ambos sistemas tienen sus ventajas e inconvenientes y se hace difícil elaborar una síntesis que permita integrarlos o unificarlos. No obstante, en los últimos años se

está produciendo una aproximación entre ambos, en la que fue pionero GEORGE P. FLETCHER con su *Rethinking Criminal Law*³⁷. Y también en la bibliografía aparecida en los últimos años en el ámbito del Derecho penal internacional se puede observar, en mayor o menor medida, un intento de aproximación entre ambos sistemas, sobre todo en las obras generales de ANTONIO CASSESE³⁸, GERHARD WERLE³⁹, KAI AMBOS⁴⁰, HÉCTOR OLASOLO⁴¹ y ALICIA GIL GIL⁴² entre otros muchos autores. La mejor prueba de ello son las recientes decisiones adoptadas por los Tribunales internacionales, en cuyos fundamentos jurídicos se introducen cada vez más, junto a criterios argumentativos propios del Derecho penal del Common Law, conceptos de la Dogmática penal alemana; sobre todo en materia de autoría y participación, cuya distinción se asume cada vez con mayor frecuencia a través de una interpretación del art. 25 del Estatuto de Roma.

Pero antes de llegar a ello se ha tenido que recorrer un largo camino que comenzó tras la Segunda Guerra Mundial con la jurisprudencia creada por los Tribunales de Nuremberg, y que ha llegado hasta las últimas decisiones de los Tribunales ad hoc de la ex Yugoslavia y Ruanda, y de la Corte Penal Internacional en casos como los llamados Lubanga, Katanga y Al Bashir⁴³, en los que por primera vez para fundamentar las decisiones se ha recurrido a la tesis de ROXIN, lo que ha provocado que se haya dedicado a este tema el tomo 9, núm. 1 del año 2011, del *Journal of International Criminal Law*, con aportaciones de WERLE/BURGHARDT, WEIGEND,

³⁷ Boston/Toronto, 1978. En la misma línea se mueven otras obras suyas posteriores como *Basic Concepts of Criminal Law*, 1991 (hay traducción española de Muñoz Conde, Valencia 1998), y *Grammar of Criminal Law*, 2007 (hay traducción española de Muñoz Conde, Buenos Aires 2008); véase al respecto MUÑOZ CONDE, Franciso, *Universalizing Criminal Law*, en *Tulsa Law Review*, 2006.

³⁸ *International Criminal Law*, Oxford 2003.

³⁹ Véase principalmente su *Völkerstrafrecht*, 3ª ed. 2012.

⁴⁰ Especialmente su *Internationales Strafrecht* a. cit. También El mismo, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*, 2.ed., Berlin 2004 (Hay una versión al español de esta obra traducida por Ezequiel Malarino, *La Parte General del Derecho penal internacional* a. cit.).

⁴¹ *Criminal responsibility of political and military leaders as principals to international crimes*, 2008.

⁴² *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid 1999.

⁴³ Sobre esta jurisprudencia véase OLÁSOLO, Hector, *El desarrollo en Derecho penal internacional de la coautoría mediata*, en *Derecho penal contemporáneo*, *Revista Internacional*, 27, abril-junio 2009, Bogota, p. 71 ss.; El mismo, *Joint Criminal Enterprise and its extended form: A theory of co-perpetration giving rise to principal liability, a notion of accessory liability, or a form of partnership in crime*, *Criminal Law Forum*, 2009, y más extensamente, en El mismo, *Criminal responsibility of political and military leaders as principals to international crimes*, a. cit.. También WERLE, Gerhard, *Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute*, en *Journal of International Criminal Justice*, 5 (2007), 953 ss.; MANACORDA, Stefano, *Imputazione collettiva e responsabilità personale, Uno Studio sui paradigma ascrittivi nel diritto penale internazionali*, Torino 2008.

AMBOS, MUÑOZ CONDE/OLASOLO, FLETCHER, Y MANACORDA/MELONI⁴⁴. Estas decisiones tomadas en una especie de Juicio preparatorio (Pretrial) han culminado finalmente en una reciente sentencia de la Corte Penal Internacional de 14 de marzo de 2012, cuya Sala de Primera Instancia I condena a Thomas Lubanga y posteriormente el 10 de julio le impone una pena de 14 años de prisión, como coautor, de los crímenes de guerra de reclutar o alistar niños menores de 15 años de edad y utilizarlos para participar activamente en las hostilidades⁴⁵.

Tanto en esta sentencia, como en las anteriormente citadas de otros tribunales internacionales se acoge la teoría de la coautoría, pero configurándola en el sentido de ROXIN como una “coautoría mediata, en el sentido que, ya hemos señalado anteriormente, de que combina el criterio de la distribución o reparto de funciones, característico de la coautoría, con el del dominio de la organización, característico en la teoría de ROXIN de la autoría mediata por control de un aparato de poder. Esta tesis que ya ha sido defendida algunos autores⁴⁶ tiene perfecto encaje en el art. 25 del Estatuto de Roma y ha sido también acogida por ROXIN en su más reciente artículo sobre el tema, como perfectamente compatible con su concepción originaria⁴⁷. La tesis discrepante en la sentencia del caso Lubanga, del Magistrado Fulford, quien apoyándose en una interpretación literal del art. 25 del Estatuto de Roma, considera que no es necesario recurrir a ninguna teoría especial para fundamentar la responsabilidad del que directa o indirectamente, por si sólo o junto con otros, interviene en la realización del delito, al entender que dicho precepto acoge en realidad un concepto unitario de autor, que hace innecesario la distinción entre autoría mediata y coautoría⁴⁸. Pero es evidente que en ese artículo 25, 2 a), al distinguir claramente entre “el que cometa el crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable” se están acogiendo una teoría diferenciada entre distintas formas de autoría, por más que a efectos de pena todas puedan ser castigadas del mismo modo. E igualmente en el inciso que se refiere a cometer el crimen “por conducto de otro, sea éste o no penalmente

⁴⁴ Ant. cit. (véase mi recensión a este volumen en Revista Penal, 2011).

⁴⁵ Sobre esta sentencia de la ICC, con un extenso comentario a la misma, véase Kai AMBOS, El primer fallo de la Corte penal internacional, en la revista electrónica InDret, 2012,

⁴⁶ Véase por ejemplo OLASOLO/MUÑOZ CONDE, ob a. cit.; WERLE, Tratado cit. p. 300 ss. (y especialmente ya en la tercera edición alemana de Völkerstrafrecht, 2012, p. 518 ss., donde distingue entre „coautoría mediata“ y „autoría mediata en coautoría“; ver también WERLE/BURGHARDT, Co-autoría mediata, ¿Desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el Derecho penal internacional?, traducción de Jaime Couso, en Revista Penal, 2011, p. 197 ss. (original alemán en Festschrift für Maiwald, 2010, p. 849 ss.).

⁴⁷ Véase su artículo en GA 2012, citado supra nota 13, p.414

⁴⁸ Véase la crítica a esta posición en el artículo de Kai AMBOS en InDret, ant. cit.

responsable”, se puede incluir sin ningún problema tanto la autoría mediata utilizando un instrumento ejecutor no responsable, como un instrumento ejecutor responsable, en la línea propuesta por ROXIN.

Por lo que a los casos tratados en los Tribunales internacionales es claro que la tesis de la coautoría mediata es la que mejor se adapta a las características de un aparato de poder organizado: la distribución o reparto de funciones y el dominio de la organización, lo que unido a las otras dos características, relación jerárquica entre sus diversos miembros y fungibilidad de los ejecutores, fundamentan la tesis de ROXIN.

5. Resumen y conclusiones: La teoría de la autoría mediata por dominio de un aparato de poder como medio para la elaboración jurídica del pasado

Aunque con distintas variantes, y aunque en algunas sentencias anteriormente señaladas no se recoja o incluso se rechace expresamente la tesis de ROXIN, en general se puede decir, que ésta ha supuesto, no sólo en el ámbito doctrinal, sino también en el de la praxis judicial, un magnífico instrumento jurídico para fundamentar la responsabilidad de los dirigentes políticos y altos cargos militares por los delitos ejecutados en el marco de un sistema de aparato de poder, y con ello también, al mismo tiempo, un instrumento útil para elaborar jurídicamente el pasado de los regímenes dictatoriales. Aunque no pueden ignorarse las críticas ya apuntadas y las dificultades que la misma representa para adaptarse a las diversas situaciones y formas de funcionamiento de los regímenes dictatoriales que han dado lugar a las sentencias judiciales anteriormente transcritas, no cabe duda de que nos encontramos ante un magnífico instrumento jurídico para poder fundamentar sin grandes dificultades la responsabilidad de los principales responsables de los aparatos de poder a través de los cuales se han cometido los más graves delitos contra las personas.

Cuando ROXIN formuló su tesis en 1963, se refería expresamente, aunque no sólo, a un caso muy peculiar de la historia reciente de Alemania, y concretamente a los crímenes calificados luego en el Derecho penal internacional como Crímenes de Guerra, de Lesa Humanidad y Genocidio, llevados a cabo de forma sistemática y planificada por un aparato de poder específicamente creado para llevar a cabo esta tarea, las llamadas

SS, a cuya cabeza se encontraban Hitler, Himmler y otros miembros del aparato de poder nazi, en sus diversos escalones o grados jerárquicos. Con su tesis ROXIN no sólo superaba la teoría subjetiva que en aquella época era dominante en la jurisprudencia alemana, sino también otros planteamientos jurídicos que todo lo más consideraban que los máximos dirigentes nazis, ya fallecidos, podían ser considerados como inductores, y los cargos intermedios como cómplices, de los crímenes que luego otros ejecutaban directamente. La tesis de ROXIN se refería además al caso Eichmann; es decir, a un burócrata, al que, a pesar de que no intervino directamente en la ejecución de los crímenes, se le podía considerar como verdadero autor (mediato), en la medida en que era un engranaje (muy importante) dentro del aparato burocrático de poder de las SS y se encargaba de organizar el transporte a los Campos de Concentración y Exterminio, de miles y miles de judíos y miembros de otras etnias capturados en diversos países del Este de Europa, ocupados por las tropas nazis o por gobiernos que colaboraban con el gobierno nazi alemán (recuérdese que además el tal Eichmann participó en la Conferencia de Wannsee, en la que se decidió la “solución final del problema judío”).

Del mismo modo, la posterior acogida de la tesis de ROXIN por el Tribunal Supremo Federal alemán (Bundesgerichtshof) fue el instrumento jurídico del que se sirvió dicho tribunal para considerar como autores (mediatos) por los disparos realizados en el Muro de Berlín por los guardias fronterizos, que costó la vida a muchos ciudadanos que intentaron pasar al otro lado del Muro, a algunos dirigentes de la antigua República Democrática Alemana, que habían dado la orden de disparar.

Sin embargo, la tesis de ROXIN se ha aplicado por los Tribunales de Justicia latinoamericanos anteriormente citados principalmente para fundamentar la responsabilidad de los Jefes militares y Altos dirigentes políticos que controlaban el aparato de poder, incluso al más alto nivel (Comandantes y Jefes militares en la dictadura argentina, o de la del Presidente Alberto Fujimori en Perú), dejando en la mayoría de los casos impunes o fuera de los procesos penales a los que cumpliendo sus órdenes, eran ejecutores directos de los crímenes cometidos. Esta “selección” de los acusados, limitando la acusación sólo a unos pocos o a un único responsable, deja la impresión de que en su aplicación también pueden haber pesado razones de oportunismo político, buscando con la condena del Jefe o Jefes y de sus principales colaboradores una especie de “cabeza de turco” o de “chivo expiatorio” que pague por todos, dejando en la impunidad a otros intervinientes en los hechos, grados intermedios,

o incluso ejecutores directos, torturadores y asesinos, que se ven así liberados de su responsabilidad. Eso es especialmente evidente en la Jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales que sólo se han ocupado o se ocupan de algunos de los dirigentes, Altos cargos o Jefes bajo cuyo mandato, bien por orden expresa suya o con su consentimiento, se cometieron por otros los graves asesinatos por los que luego ellos han sido acusados o incluso condenados⁴⁹.

Sin duda, los crímenes cometidos dentro del sistema de un aparato de poder, son crímenes, en expresión de CARLOS NINO, de “múltiples manos”, y es muy difícil por no decir, imposible depurar las responsabilidades individuales de todos los que en mayor o menor medida contribuyeron a su realización. Por otra parte, enjuiciarlos a todos ellos, bajo un mismo baremo, en centenares de procesos penales o en un macro proceso a que daría lugar su enjuiciamiento, parece también tarea imposible. Pero a cambio de seleccionar y acusar sólo a uno o unos pocos, como únicos responsables, se corre el riesgo de dejar prácticamente en la impunidad a otros que en mayor o menor medida contribuyeron a la realización de los delitos, o incluso los ejecutaron directamente.

Este proceder, por comprensible que sea, no deja de ser objetable y desde luego no se atiene estrictamente a lo propugnado por ROXIN, quien, como ya hemos visto, califica de “autores mediatos”, no sólo a los dirigentes principales del aparato de poder, sino también a los miembros intermedios, que como Eichmann, ocupaban un lugar importante dentro de la relación jerárquica del mismo, aunque sólo tuvieran funciones puramente burocráticas. Pero siempre queda el problema de donde poner el límite y si dentro de los distintos miembros del apartado de poder cabe diferenciar distintos grados de responsabilidad. Así, por ejemplo, es posible que la secretaria personal de Eichmann u otros empleados de su oficina, tuvieran conocimiento de lo que sucedía en los Campos de Concentración, y de que, por tanto, con su trabajo, estaban facilitando lo que allí sucedía, pero ¿hasta qué punto habría que exigirles también a ellos responsabilidad penal? Y si se les exige, ¿habría que considerarlos también autores mediatos, en base a que eran también miembros de un aparato de poder que actuaba al margen del Derecho?

⁴⁹ El argumento mantenido por algunos autores de que el enjuiciamiento de los ejecutores corresponde a los Tribunales de Justicia nacionales no me parece convincente, porque normalmente incluso en los casos en que tras el régimen dictatorial se restablece una cierta normalidad democrática, los Tribunales del nuevo régimen no tienen la imparcialidad ni la independencia requerida para juzgarlos objetivamente. Por no hablar de los casos en los que los ejecutores y muchos de los dirigentes y cargos intermedios en el régimen dictatorial se integran en el nuevo sistema, abjurando de o negando su colaboración en el régimen anterior.

¿Y los conductores de los trenes que llevaban directamente a los prisioneros a los Campos de Concentración? ¿Y los vigilantes de los mismos?

A mi juicio, la tesis de ROXIN puede ser utilizada para fundamentar la responsabilidad penal como autores mediatos de los principales responsables del aparato de poder criminal, bien en la cúspide, bien en niveles intermedios, pero no para calificar a todos los integrantes del mismo. Una tal ampliación llevaría demasiado lejos y desnaturalizaría el concepto de dominio del hecho, del que precisamente parte ROXIN.

Para evitar estos inconvenientes, a los que sin duda una aplicación demasiado amplia de la tesis de ROXIN puede conducir, me parece preferible, la tesis que siguiendo la línea también admitida por ROXIN en su último trabajo, considera, sin embargo, que en el caso de los dirigentes y altos cargos del aparato de poder relacionados directamente entre sí más que de autoría mediata habría que hablar aquí de “coautoría mediata” por control o dominio del aparato de poder. Esta es una figura que tiene, por un lado, en el plano vertical las características de la relación jerárquica y de la fungibilidad de los meros ejecutores; pero que, por otro lado, en el plano horizontal tiene las características de la coautoría, es decir, el de actuar conforme a un plan común previamente concertado, en distribución de roles y funciones, unas de carácter organizativa, otras de carácter más cercano a la ejecución, pero no necesariamente en la ejecución misma. Fuera de esta coautoría mediata quedarían los casos de mera cooperación ocasional o de complicidad con actos puntuales no indispensables para la realización de la acción. Y por supuesto, siempre quedarían como responsables o autores directos los que lleven a cabo los actos delictivos, de detenciones ilegales, torturas, asesinatos, etc., lo que no excluye que a su vez se les pueda considerar como “instrumentos” de los dirigentes principales del aparato de poder que serían coautores mediatos.

Esta variante de la tesis de ROXIN⁵⁰ y que el propio ROXIN acoge ahora, me parece más adecuada a los distintos supuestos que han sido ya juzgados o que puedan serlo en el futuro por Tribunales penales nacionales e internacionales.

⁵⁰ No me ocupo en este lugar de si el aparato de poder debe ser uno que de forma global actúe “al margen del Derecho”. En principio, al tratarse en estos casos de crímenes, que ningún Ordenamiento jurídico, nacional o internacional, del mundo civilizado puede permitir, las actuaciones de este tipo que se llevan a cabo dentro del aparato de poder son ya de por sí “al margen del Derecho”. Sin embargo, se ha planteado este tema en el caso de los “tiradores del Muro de Berlín”, en la medida en que actuaban cumpliendo las órdenes que le daban sus superiores y de las Leyes de fronteras de la antigua República Democrática Alemana. El Tribunal Supremo Federal alemán, ni siquiera se planteó este tema, cuando

No obstante, debe reconocerse que, fuera del ámbito de la responsabilidad de los principales responsables del aparato de poder, presenta también algunos inconvenientes y dificultades probatorias para castigar a los miembros del aparato de poder que ocupan dentro de los mismos puestos de menor relevancia o importancia jerárquica. De todos modos, el recurso a otras posibles calificaciones jurídicas, como la inducción, la cooperación necesaria o la complicidad, presenta iguales o mayores dificultades probatorias y no se ajustan a la peculiar naturaleza de estos aparatos de poder, que igualmente pueden darse en otros ámbitos de la criminalidad no estatal, paraestatal, terrorista, organizada, o incluso económico-empresarial⁵¹.

Todavía hay que añadir algo que me parece especialmente importante para la praxis jurisprudencial e incluso para las repercusiones que ésta puede tener en la opinión pública de los países afectados por este tema en su pasado histórico reciente. Ciertamente, la Dogmática penal tiene como misión sistematizar y refinar del modo más preciso posible los argumentos jurídicos en los que se apoyan luego las opiniones doctrinales y las decisiones jurisprudenciales para resolver un caso determinado. Pero lo que en ningún caso se puede olvidar es que además de la precisión y exactitud de los conceptos, lo que realmente importa es que estos ayuden a la consecución de la Justicia material; es decir, a que la resolución de un caso sea lo más satisfactoria posible conforme a los criterios de justicia imperantes en un Estado democrático de Derecho respetuoso con los derechos humanos y los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Desde este punto de vista hay que reconocer que tanto la tesis de la autoría mediata, como la de coautoría, y en menor medida la de la inducción y la cooperación necesaria, pueden satisfacer por igual ese sentimiento de Justicia, en la medida en que todas

condenó a los responsables de estos hechos, y, desde luego, no se puede decir, que el aparato de poder de aquel Estado, cualquiera que fueran las críticas que se podían dirigir contra su sistema político, fuera un sistema completamente al margen del Derecho (véase al respecto mi contribución al Festschrift für Claus ROXIN, cit., p.613 ss. También AMBOS, La Parte General, cit., p. 234 ss. dedica varias páginas a discutir este aspecto de la teoría de ROXIN, llegando a la conclusión de que no es un requisito fundamental de la misma. De todas formas, ROXIN ha insistido en su último trabajo publicado en el 2012 en el tema y lo ha matizado en el sentido de que este requisito se refiere *sólo a los hechos incriminados*, y no a todo el ámbito de la organización” (ya en su artículo en el Festschrift für Grünwald a. cit. p. 556, y ahora en el artículo publicado en *Goltdammer’s Archiv*, 2012, p. 409/410). Sobre este tema véase también la sentencia de la Corte Suprema peruana en el caso Fujimori, citada anteriormente.

⁵¹ Esta posibilidad la he discutido ampliamente en mis trabajos anteriormente citados en la nota 27, y ha sido también planteada por otros muchos autores citados también en la misma nota. Sin embargo, ROXIN es bastante cauto al aceptar la posibilidad de que su tesis pueda ser aplicada también fuera del ámbito de la criminalidad estatal e incluso la rechaza expresamente (véase su *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo II, y su trabajo en *Goltdammer’s Archiv*, 2012, p. 396, donde dice expresamente que la posible aplicación de su tesis en el ámbito del Derecho penal económico, que admite la sentencia del Tribunal Supremo alemán está “en contra de sus intenciones” (“entgegen meinen Intentionen”).

asumen que la pena aplicable a los responsables de los crímenes cometidos en los regímenes dictatoriales es en todo caso la misma. Lo que no puede admitirse es que el bizantinismo jurídico al que a veces tienden algunos juristas con su eterna discusión sobre si “los perros son galgos o podencos” empañe gravemente el sentimiento de Justicia, minimizando la responsabilidad de los sujetos que desempeñaron un papel importante en la realización de los delitos cometidos en los regímenes dictatoriales, o incluso dejándolos impunes dispuestos a seguir en sus puestos o incluso en otros de superior categoría en el nuevo sistema democrático que vino a sustituir el anterior régimen dictatorial en el que tan fervorosamente sirvieron.

REFLEXIONES MARGINALES SOBRE LA CORRUPCIÓN¹

Joan J. Queralt

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Barcelona

Resumen: La corrupción, como fenómeno delictivo, previsto y penado en las leyes penales, no es nuevo; es un histórico fenómeno social y político. Sin embargo, es motivo de enorme preocupación. La razón estriba en que la corrupción, tanto la que tiene lugar en el sector público, como en el privado, y su cada vez más frecuente ligazón, corre el peligro de, por su reiteración, convertirse en sistémica, lo que le haría invulnerable a su erradicación y pondría en peligro la propia esencia de la sociedad actual. Por ello se hace necesario abordar desde una perspectiva político-criminal integral la lucha contra esta lacerante lacra que consume recursos humanos, sociales y económicos en una desmedida proporción. Así las cosas, se sostiene la tesis de que no es tan necesario la definición de nuevas infracciones -cosa relativamente simple-, sino que lo decisivo es abordar abiertamente desde las instancias implicadas este combate. Hará falta para ello, además de esta voluntad política y de los órganos de persecución (estrategias preventivas), una adecuación, reformulación y renovación de los diversos medios represivos con los que ya contamos (estrategia reactiva), de modo que las sanciones que se apliquen sean reales y efectivas y, por tanto, disuasorias, por un lado, de anuladoras de los efectos de la corrupción. Es esta tarea la que dista de ser un hecho en la realidad y que requiere su puesta en marcha cuanto antes.

Palabras clave: corrupción privada; corrupción pública; partidos políticos; penas; política criminal; prevaricación; soborno; urbanismo.

Abstract: Corruption, as a criminal phenomenon foreseen and punished in criminal laws, is not new; it is a historic social and political phenomenon. However, it causes a great concern. The reason is that corruption (the kind taking place in the public, as well as in the private sector, and its increasingly tight bond) is a danger that, by repetition, becomes systemic. Systematic corruption is invulnerable to eradication, and it endangers the essence of today's society. To fight this gnawing curse which consumes human, social and economic resources in a disproportionate share, it is therefore necessary to adopt a comprehensive political-criminal approach. Here, I argue that it is not necessary to define new offenses –something relatively simple to do; on the contrary, what matters is that the bodies involved in its fight address this problem overtly. Hence, in addition to the political willingness and to the enforcement of the prosecution bodies (preventive strategies); it is required to undertake an adaptation, reformulation and renewal of the repressive means with which we already count on

¹ Hipótesis centrales del Proyecto de Investigación I+D *Estrategias preventivas y reactivas contra la corrupción* (DER 2011-28122), financiado por Ministerio de Ciencia e Innovación.

(reactive strategy). In this way, the penalties imposed will be effective and, therefore, deterrent; and, hence, they will be able to cancel the effects of corruption. This task is far from being a fact, and it requires being implemented as soon as possible.

Keywords: bribery; criminal politic; misfeasance; politic parties; public corruption; private corruption; punishment; urban planning.

1. Introducción

Estas líneas parten de la base, tras una mirada atenta a la realidad circundante, de que la *corrupción*, también en los países llamados desarrollados u occidentales, corre el *riesgo de convertirse en sistémica* o, lo que aun sería peor, es una manifestación coherente con el sistema real de valores dominantes.

La corrupción, en principio de origen público (con la necesaria colaboración de particulares), se ha instalado también en las esferas privadas. Ya no se trata solo de una práctica patológica de ciertos servidores públicos, sino que se ha manifestado como un *mecanismo para generar negocios y pingües beneficios privados ilícitos*. No es ilógico, por tanto, ante este panorama que ambas corrupciones se integren en un único frente, aunque por razones analíticas, pueden ser separadas para su estudio en algunas fases.

2. El castigo de la corrupción

Llama la atención, en primer lugar que, en Derecho español y en la mayoría de ordenamientos europeos, *no existan tipos penales específicos de corrupción*. Ello en principio *no es ni extraño ni inconveniente*; la corrupción se manifiesta mediante diversos comportamientos punibles desde el paradigmático cohecho activo y pasivo hasta otros más ocultos, pero no menos insidiosos, como la colusión o el blanqueo de dinero. Seguramente, crear un capítulo en el Código Penal que haga referencia

específica a este tipo de infracciones englobadas bajo la rúbrica de corrupción no mejoraría su combate, pues sería *un cambio nominal, no necesariamente sustancial*.

Lo que es necesario es una *adecuada política criminal cimentada sobre cuatro elementos centrales: correcta definición de los tipos penales, penas adecuadas, ejecución efectiva que robustezca tanto la prevención general como la especial y un sistema procesal que, sin merma de las garantías, no suponga una fuente de impunidad o de algo tan detestable: una fuente de castigos, de hecho, aleatorios*.

Si observamos el *panorama internacional*, el castigo de la corrupción pública se centra en el *soborno*; tal es el caso del cohecho internacional (art. 445 CP), introducido en nuestro ordenamiento por la LO 3/2000, consecuencia de la ratificación del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, firmado el 17-12-1997. En efecto, siguiendo la estela del mencionado Convenio, la Convención de las NN. UU. contra la Corrupción (31-12-2003) no ofrece concepto alguno de corrupción, como, en la esfera estrictamente privada, tampoco lo ofrecen las disposiciones de la UE. En primer término, es incluso mencionada como objeto necesario de sanción en las normas constitutivas la Decisión Marco 2003/568/JAI², con sus antecedentes y todo el acervo comunitario: Convenio de 26-1-1997, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea y los arts. 29 Tratado de Maastricht (1992, Niza, 2002) o 83 Tratado de Lisboa (2007). Común a toda esta normativa es que no ofrece *una definición legal de corrupción*. Mayor interés, por su concreción, presenta el Convenio penal sobre la corrupción de 27-1-1999, del Consejo de Europa, cuya ratificación española, efectuada en noviembre de 2009, tras haberlo firmado en 2005, no se ha publicado en España sino el 31-3-2010, es decir, *más de diez años después de su aprobación*.

² Cuya transposición dejó de ser obligatoria en virtud de la STJCEur 13-9-2005 (asunto C-176/03). Sobre la implementación a nivel estatal del primer pilar y la insuficiencia de la excusa de introducirlo vía tercer pilar, vid., críticamente, VENTURA (2009: 490 ss.).

3. Concepto de corrupción

En este contexto, no es de extrañar que el GRECO (*Group of States against Corruption*) no se muestre en sus informes muy conforme con el comportamiento anticorruptivo español³, *quejándose*, con los circunloquios diplomáticos ad hoc, más que de la existencia de mejor o peor normativa penal y procesal, *de la poca eficacia de la persecución*. En efecto, la persistencia de la corrupción, como los demás fenómenos delictivos, no se debe necesariamente a la falta de legislación al respecto; *se trata de saber si lo que falla es la (inexistencia de) normativa o su falta de aplicación*.

Parece olvidar el legislador, español en este caso, pero no sólo él⁴, que el soborno, público o privado, no es más que la manifestación de un *hecho en sí más grave y que afecta de raíz a nuestro sistema jurídico, económico y, en definitiva, a nuestra calidad democrática*, es decir, que *lo que realmente no se aborda es el hecho mismo de la corrupción*, esto es, la alteración en beneficio propio y de forma ilegítima del funcionamiento del sistema, aquí privado. Lo que supone *la corrupción es una perturbación tal del sistema* que deja de prestar las funciones -o las presta muy limitadamente- para las que fue diseñado, incluso, cuando fue diseñado para la generación de beneficios particulares, como es el sistema jurídico-económico de los negocios.

El fenómeno del apartamiento de los fines del sistema no queda resuelto con reformas como la que ha puesto en marcha el legislador. Para el legislador español, por ejemplo, tras la reforma operada en virtud de la LO 5/2010, siguiendo al alemán⁵, por ejemplo, el *bien jurídico-penal protegido* en la corrupción privada es la *competencia justa y honesta*, expresión anglicista y moralista, objeto indefinido por definición, lo que vuelve a plantear graves problemas de persecución⁶. *No parece ser esa la solución*.

³ Vid., por ejemplo, GRECO, 2009. Este documento proviene de las recomendaciones efectuadas por GRECO a España con ocasión del informe de la segunda ronda evaluadora, de 20-5-2005 ([http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoEval2\(2004\)7_Spain_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoEval2(2004)7_Spain_EN.pdf), acceso 1-9-2010) que respondió al cuestionario de GRECO con notable retraso, superando los 18 meses de plazo.

⁴ Sobre el Derecho comparado, vid. NIETO (2002: 3 ss.); el mismo (2002a: 55 ss.); FOFFANI (2006: 381 ss.).

⁵ Vid. VENTURA, op., cit. loc. cit.

⁶ Vid., por todos, la doctrina dominante en Alemania, DANNECKER, (2005: nn. mm. 4 ss.).

Visto lo anterior, llama *la atención tanto la falta de un concepto de corrupción como falta igualmente la certeza de si es posible reconducir bajo un mismo concepto y, sobre todo, tratamiento jurídico-penal, la corrupción privada y la pública*; ello sin olvidar la eficacia del tratamiento global o por separado y la correcta implementación de sanciones eficaces, no siempre a fortiori, penales. Se hace, por tanto, necesario seguir la corriente, no aun mayoritaria, pero que pretende situar la corrupción (cruce patológico entre Política y Economía) *como un estado de cosas, más que como una infracción en sí*.

En efecto, la corrupción privada es de índole sustancialmente económica, mientras que la corrupción pública, puede comportar también ese aspecto, con beneficio ilícito mutuo para agente venal y corruptor, *pero, y más cuando se hace sistémica, adquiere un demoleedor carácter político, demoleedor de las instituciones básicas del entramado jurídico-público, que se desnaturalizan y pierden su seña de identidad como favorecedoras de garantía y fomento de libertad, prosperidad y seguridad*. No es, en fin, el análisis de este o aquel delito, sino el de un fenómeno criminal que parece que ha venido para instalarse a poco que no se le inquiete suficientemente lo que permitirá abordar el problema criminal en toda su dimensión.

De este modo, debe abordarse esta problemática desde un *planteamiento político criminal*: así, ello resulta obligado si *se entiende que la corrupción consiste en la desnaturalización de las finalidades institucionales para atender objetivos particulares de los sujetos, de modo habitual, permanente y mediante una organización más o menos establece y sólida*. No se trata, en fin, de la caída individual o puntual, por así decir, en la tentación de una operación o negocio fácil, sino en un *modo patológico de ejercer las competencias del sujeto*, ya sean destinadas a la función pública o al sector económico privado.

4. Manifestaciones delictivas y sus penas

Así las cosas, la perspectiva del *sector público*, los delitos comisibles, cabe dividirlos en dos esferas, por su relevancia: *delitos capitales y delitos colaterales*. Entre los primeros tenemos, *delitos contra el deber de imparcialidad, cohecho, tráfico de*

influencias y colusión; en el segundo grupo cabe incluir, *prevaricación administrativa y judicial, malversación de caudales públicos y falsedades*. Estos delitos presentan múltiples variantes típicas, lo que supone una *casuística* que la última reforma penal española, de la mano de la Ley orgánica LO 5/2010, todavía *no ha superado*, y una *variedad penológica, no siempre justificada*, cuya falta de implementación real se apunta más abajo.

Desde la perspectiva del *sector privado*, los *delitos capitales* son *administración fraudulenta*, que de facto ha sido derogada por la jurisprudencia (STS 17-7-2006, caso jubilaciones del Santander), y *la administración desleal, además en conflictiva relación concursal con la anterior por insuficiencias legislativas, la alteración de mayorías societarias, que en la práctica se ha mostrado inoperativa*, al igual que lo es la previsión civil en la mayoría de casos y, finalmente, al *corrupción privada*, que, *ante la inoperancia de la regulación precedente, se sobrepone a la misma y añade aun más confusión y, crea el terreno para la impunidad de facto*. Como infracciones colaterales se presentan, los *delitos fiscales, el blanqueo de dinero, la asociación ilícita, junto a los nuevos tipos de organización y grupo delictivo y las falsedades*: el delito recurrente.

Junto a la *deficiente tipificación* que ofrece el Derecho positivo, se presenta un *arsenal penológico* que *no contempla* el contexto en que se producen los delitos para adecuar las penas; además, como una muestra más de una gran ineficacia de las penas no privativas de libertad y pecuniarias, las sanciones penales aquí previstas se muestran inadecuadas y/o ineficaces; así, el recurso reiterado a la pena de prisión, que acaba siendo remitida, penas privativas o restrictivas de derechos de muy deficiente ejecución, comiso (sólo delitos públicos), a lo que hay que añadir que los delitos llamados de corrupción privada son, con exclusión de lo previsto en el art. 286 bis CP, sólo perseguibles, en principio, a instancia del ofendido, dejando la acción penal pública en muy segundo lugar o, simplemente, inactiva.

Conviene detenerse en este apartado relativo a la *penalidad real*. En primer lugar, topamos, ante la carencia de una ley de ejecución penal, con una *no distinción en la práctica entre pena de inhabilitación y pena de suspensión*; ello es importante cuando el condenado es un funcionario público, o se ejerce una actividad, como particular por cuenta o bajo autorización pública. Para los funcionarios públicos, a título de ejemplo deberemos:

- Proceder al análisis y valoración de la relación entre aquellas penas, las sanciones disciplinarias de carácter administrativo previstas con carácter general en el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril) y en la legislación sectorial, y de los requisitos y cauces para el acceso a la función pública.
- Establecer las soluciones que requiere la problemática que suscita la necesidad de distinguir entre la identificación del empleo o cargo respecto del que se produce la pérdida definitiva en la pena prevista en el art. 42 CP, y, por otra parte, la identificación de los empleos o cargos análogos, respecto de los cuales la pena sólo produce la incapacidad para obtenerlos.

Si lo anterior es relevante para los sujetos activos que ostenten la condición penal de funcionario público, el efectivo grado de realización de la prevención especial para un particular no es más halagüeña. Así, para un *particular*, condenado como extraneus en un delito de funcionarios o como autor de un delito propio, ante la falta de un sistema de ejecución penal, más allá de la formal remisión por el órgano sentenciador al Registro Central de Penados de la ejecutoria, se requiere un esfuerzo imaginativo para poder dotar a la sanción de la privación de una efectividad que supere lo ilusorio. Así, a título de ejemplo, la STS 9-6-2007, caso Turismo, que condena a los extranei como partícipes en delitos propios de funcionarios corruptos (malversación, prevaricación, falsedad), contiene un inusitado, por farragoso y extenso, fallo, refiriendo casi una veintena de instituciones a las que dirigir la comunicación de la condena a penas privativas de derechos. *Al no existir una autoridad central y por carecer de una ley general de ejecución penal, que controle la efectividad de las sanciones y lo comunique a los órganos judiciales de enjuiciamiento, la sospecha, ratificada por la realidad, es la de que apartados de las resoluciones condenatorias con penas privativas o limitativas de derechos, son, en la práctica, papel mojado*, con el consiguiente *efecto criminógeno*, destructor tanto de la prevención general como de la especial. Los órganos públicos de gestión, en consecuencia, carecen de información sobre la capacidad legal, salvo en el caso de que los condenados sean funcionarios públicos, de los sujetos privados con quienes se relacionan. Pese a la dicción del art. 60. 1 a) de la Ley Contratos del Sector Público⁷, la prohibición de contratar con las

⁷ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: "Artículo 60. Prohibiciones de contratar.

1. No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

administraciones por parte de los sujetos condenados dependerá de una compleja y poco eficaz cadena de comunicaciones desde los tribunales a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas. Tan poco cree el legislador sectorial en sus propios medios que se conforma con una prueba de no concurrencia de una prohibición de contratar aportada por el propio contratista administrativo, que, a falta de una inverificable certificación oficial puede ser sustituida por una declaración del interesado ante un organismo público⁸.

Con todo, algún avance parece abrirse camino. Así es, en el *plano penal*, una interesante muestra de este progreso legislativo se manifiesta en materia de corrupción urbanística. Solo desde el año 2010 se ha producido el reconocimiento del legislador del deber de *decomisar las ganancias* en el delito de construcción ilegal (art. 319. 3 CP), en el mismo precepto que regulaba ya desde 1995 confusamente la *obligación de demoler* lo ilegalmente edificado, por lo que parece que se implanta el programa penal de *demolición*⁹ y *comiso*. De esta suerte, si la demolición deviene imposible -lo cual es lo que habitualmente suele acontecer-, se acordará siempre y en todo caso por el tribunal sentenciador el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubiere podido experimentar el objeto del delito¹⁰. De este modo se confía, no tanto en reponer las cosas a su estado original sino, ante la fáctica imposibilidad de demoler construcciones ilegales en España, hacerlas económica inviables, lo cual si no se arbitran mecanismos de seguimiento de tales ganancias volverá a ser papel mojado. En la esfera penal sigue pesando cierta desidia por lo

a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación y receptación y conductas afines, delitos relativos a la protección del medio ambiente, o a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas, o en las que concurren las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo”.

⁸ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: “1. La prueba, por parte de los empresarios, de no estar incurso en prohibiciones para contratar podrá realizarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa, según los casos. Cuando dicho documento no pueda ser expedido por la autoridad competente, podrá ser sustituido por una declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado”.

⁹ Medida aceptada por STEDH, caso Silba c. Malta, 8-11-2005.

¹⁰ De interés la cuestión que plantea BLANCO CORDERO (2011: 6), inclinándose por las primeras, tal como se inclina la mayoría de la doctrina y del Derecho comparado, con alguna reciente excepción en Alemania; vid. BGH 5 StR 224/09, Auto de 27-1-2010.

laboriosos de los procedimientos de ejecución de estas medidas, desidia que se manifiesta en la tolerancia judicial en la aplicación de la demolición y del comiso, cuya ejecución se dilata en el tiempo, y más aun si los aplazamientos los insta el condenado ante cierta pasividad de las administraciones públicas competentes.

Esta situación material de difícil superación se ve agravada por el enriquecimiento injusto como causa de sanción, habilitación legal que con no poca razón los tribunales se resisten a desplegar en toda su extensión. Este instrumento ha planteado posibles problemas de constitucionalidad (como la inversión de la carga de la prueba para la fundamentación de responsabilidad penal). Debe señalarse que, atendiendo a la historia reciente, por lo general los intentos de *eludir las dificultades probatorias liberando a la acusación de sus deberes de probar el delito que se quiere imputar* (en este caso, el cohecho que enriquece al funcionario) debilitan las garantías penales a cambio de escasos éxitos. Sin embargo, la introducción de consecuencias jurídicas de tipo patrimonial y tributario con base en el concepto de enriquecimiento injustificado permitiría soslayar no pocas de esas objeciones.

Para finalizar este apartado cabe resaltar la poca perspicacia del legislador que se revela en la deficiente percepción que posee de la realidad. En efecto, por lo general, no se tiene en cuenta en la descripción típica, más allá de una previsión para el art. 286 bis CP, la actuación grupal y organizada. Al margen de lo que se pueda concluir en orden a la conveniencia del castigo penal de las personas jurídicas, es una obviedad que lo grave de la corrupción es su tendencia a la organización y permanencia. Por ello, más que el objeto delictivo en sí en el cohecho y en la prevariación, por ejemplo, lo que debería primar en el castigo es la *integración en una trama corrupta*. Como la comisión o intento de comisión de un delito ya tiene, en todo caso, su castigo en sede concursal, lo que ha de ponerse en el frontispicio penal es el hecho mismo de la organización, que es una muestra lacerante de la *privatización de lo público o de lo mercantil para fines privados ilícitos*.

Sea como fuera, la *corrupción privada*, muchas veces entreverada con la pública, tiene una vida propia al margen de la política y se centra tanto en la *obtención de ilícitas ventajas competitivas como en el enriquecimiento sin causa, es decir, fraudulento, de los administradores societarios*. Por ello, estos tres ámbitos no pueden dejar de ser estudiados simultáneamente y descubrir su trabazón.

5. Especial mención a la corrupción en el ámbito local/partidos políticos

Una postrera observación. La corrupción de funcionarios en España tiene uno de sus principales focos en el *ámbito local*. El salto existente entre los niveles preventivos existentes en la Administración central y los vigentes (de facto) en la Administración local es tan abismal que parecería que hablamos de las Administraciones de países distintos. Lo generalizado de la corrupción en ámbitos económicamente tan importantes como la administración urbanística o la gestión de la obra civil mina las bases de la democracia local de un modo tal que probablemente no será recuperable hasta pasado mucho tiempo.

En la *prevención de la corrupción* en el ámbito local, probablemente lo más urgente no sea acudir a innovadoras recetas sino quizá un mero retorno a prácticas de control ya conocidas, pero víctimas de una progresiva desactivación, como es, por ejemplo, la *intervención*, financiera, contable y de racionalidad. Sin olvidar recursos telemáticos para control de puestos de trabajo y acceso a documentación y expedientes. En este mismo ámbito de la gestión urbanística, la *extraordinaria proximidad entre los organismos gestores y los mecanismos supervisores* destruye toda posibilidad de aplicar el principio de *segregación de funciones*, pilar esencial de la prevención de la corrupción. Igual suerte habrán de correr los *convenios urbanísticos con la Administración local*, que deben ser objeto de una regulación más estricta.

Desde una *perspectiva más general*, llamativa es la carencia de *transparencia administrativa* en multitud de aspectos. Tal estado de cosas permite que los contactos mediados por corrupción se mantengan relativamente lejos del conocimiento del público. Es esta falta de transparencia la que permite métodos tan toscos como la fragmentación de contratos por debajo del límite que permite la contratación directa sin concurso. La insuficiente presencia de *terceros agentes ajenos a la administración concedente* en la supervisión de los asuntos o en la rendición de cuentas es uno de los principales problemas en este campo. Esto es *especialmente criminógeno* en el ámbito de la contratación de obra civil. Así, lacras como la autorización sistemática de ampliaciones presupuestarias que pueden llegar a multiplicar el presupuesto inicial no sólo resulta absolutamente injustificada (sin la suficiente comprobación de que *el desvío respecto del presupuesto inicial se debió a circunstancias previsibles por la empresa*

contratista) sino, además, uno de los expedientes más habituales de acceso a las arcas estatales sin el más mínimo control.

En último término, esta corrupción pública tiene un destino no solo referido a los concretos agentes corruptos. Por un lado, la *corrupción no se centra sólo en el ámbito de las administraciones locales*. Algunas comunidades autónomas están transidas por la corrupción y también ha llegado, ocasionalmente al gobierno central, pero sobre todo, a los *partidos políticos*¹¹. Como punto de partida, cabría aventurar que la corrupción en la esfera local tiende más, aunque no exclusivamente, al enriquecimiento mutuo de funcionarios y agentes públicos, mientras que a medida que se asciende en el grado de complejidad administrativa, *la corrupción se centra más en asegurar clientelismo político y ventajas de financiación partidista*. Esta corrupción no es, desde luego, ni despreciable por su volumen ni por su incidencia política: al contrario, política y jurídicamente, reviste mucho mayor calado.

6. La imagen de la corrupción

El estado actual de la cuestión, como se puede colegir, no resulta muy prometedor. La causa principal estriba, desde el punto de vista legislativo, en que no contempla un abordaje integral de la corrupción como fenómeno de criminalidad sistémica y organizada, es decir, no se aborda una *confección de conjunto de los tipos penales, de las penas y medidas a ellos anudados y de su ejecución*, junto con las previsiones de otras estrategias defensivas ante la corrupción. Ello hace que la doctrina no siempre enfoque el problema de modo global¹², lo que dificulta aun más el planteamiento en conjunto de estrategias anticorrupción.

Ello resulta paradójico, pues abundan contribuciones científicas¹³ al análisis de la regulación penal de las diversas modalidades de corrupción. Dicho en otras palabras: no

¹¹ Vid. sobre la problemática de la corrupción y los partidos políticos en España, el informe del GRECO 2011; las recomendaciones se considera en buena medida solo parcialmente implementadas.

¹² Una clara excepción, sin embargo, puede observarse en la propuesta legislativa efectuada por el Grupo De Estudios De Política Criminal (2010: passim).

¹³ Vid., solo para el último lustro, por ejemplo, DE LA MATA (2006); OLAIZOLA (2006); POZUELO (2006); RODRÍGUEZ LÓPEZ (2007); CASTRO (2007); DELGADO (2009); el mismo (2009a); DE LA CUESTA (2009); ROSAS (2009); RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2009); LOZANO (2010); PIPAÓN (2010);

interesa tanto en este contexto el análisis, por ejemplo, del cohecho activo/pasivo o de la autocontratación del administrador societario en perjuicio de su sociedad, *sino la impotencia de algunas construcciones jurídico-penales y de determinadas inercias*¹⁴, *cuando no de tolerancias, que permiten que la corrupción se instale de forma estable en la sociedad y se vea casi como algo normal.*

A este respecto dos datos significativos. Por un lado, en referencia a la *tolerancia* con el *fraude fiscal*, consecuencia obvia de la corrupción, ateniéndonos a la Memoria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) del ejercicio 2009¹⁵ y comparándola con la de 2006¹⁶, resulta que los ingresos provenientes de las rentas del trabajo (IRPF) suponían el 62,34% de los ingresos; en cambio, los provenientes del impuesto de sociedades (IS) fueron tan sólo del 35,48%. Pues bien, para el ejercicio de 2009, los *datos han empeorado*, abriéndose aun más la brecha; los ingresos del IRPF supusieron el 75,80% de los impuestos directos, mientras que los (IS) el 24,20%. Por otra parte, si se tiene en cuenta que en 2006 la ratio IRPF/IS era de 1,6, en 2009, esta se más que duplica, llegando a 3,16. A ello se añade, que los impuestos indirectos más importantes, que suponen el 95% de los ingresos en tal concepto, IVA e impuestos especiales, impuestos que abona todo ciudadano al margen de su capacidad contributiva, presentan una ratio del 2,62 en relación con el IS. La crisis económica no explica esta tendencia, pues no sólo empeoran las cifras empresariales, sino las personales: el número de parados se ha disparado -y, por volumen de ingresos están exentos de IRPF-; quizás tenga que ver con mecanismos más o menos legales de optimización fiscal para las rentas más altas y con la constante desde el año 2002 y, por lo que se ve, no muy acertada rebaja impositiva. Esta *contribución tan despareja a las cargas públicas*, en un sistema capitalista, no parece que sirva decididamente al interés general. Los efectos que pueda desplegar la L 36/2006 (de medidas para la prevención del fraude fiscal) habrá que determinarlos con el tiempo, en especial, si es una ley realmente represora del fraude fiscal o meramente recaudatoria, cuando no simbólica. Por ello no son de extrañar algunas de las respuestas dadas por los entrevistados en el

QUERALT (2010); VENTURA PÜSCHEL (2010); JAREÑO (2011); OTERO (2011); VÁZQUEZ-PORTOMEÑE (2011).

¹⁴ Aparte de los informes del GRECO, vid., también, por ejemplo y para 2010 Transparencia Internacional 2010. *Índice de Percepción de la Corrupción 2010 de Transparency International* (http://www.transparencia.org.es/INDICE%20DE%20PERCEPCION%202010/TABLA_SINTETICA_D E_RESULTADOS_IPC.pdf, acceso 5-1-2012).

¹⁵ Vid. Agencia Tributaria, 2010.

¹⁶ Vid. Agencia Tributaria, 2007.

informe del Instituto de Estudios Fiscales *Opiniones y actitudes fiscales de los españoles en 2009, 2010*, doc. nº 11/10¹⁷: dos terceras partes (el 67%)¹⁸ creen que el fraude ha empeorado, mucho o algo; el 75% piensa que los empresarios, profesionales liberales, autónomos y rentistas, son los que más defraudan¹⁹; la razón del fraude estriba más en la impunidad que en si los impuestos son excesivos (un 26 y 19%, respectivamente²⁰); los empresarios y las personas entre 45-54 años son los que más justifican el fraude (50 y 49%²¹); o, finalmente, el 57% considera que el fraude fiscal es ilegítimo, mientras que el 34% lo justifica y un 9% lo considera consustancial, lo que eleva la admisión de la defraudación como no negativo al 43%²².

Por su parte, del reciente estudio efectuado por el Centre d'Estudis d'Opinió de la Generalidad de Cataluña para la Oficina Antifrau, de 9-12-2010, que lleva por título *Els catalans i la corrupció: percepcions i actituds ciutadanes*²³ cabe extraer alguna conclusión como las siguientes: Los ciudadanos suspenden a los políticos en honradez, recelan de la legalidad del financiamiento de los partidos y creen que los medios no son objetivos en los casos de corrupción. El 85% de los catalanes cree que la corrupción está “muy extendida” entre los partidos políticos. La mayoría de los catalanes consideran que las administraciones públicas no son transparentes en su gestión. Más del 71% de los ciudadanos de Cataluña cree que los organismos administrativos de la Generalitat no cumplen con los niveles exigibles de transparencia e integridad, mientras que el 22,7% considera que son muy o bastante transparentes. En este sentido, se refleja la poca confianza de los ciudadanos en los cargos políticos: el 67,8% de los ciudadanos consideran que los políticos no actúan con honestidad, frente al 27,2%, que consideran que sí que lo son, mucho o bastante.

Tomemos el ejemplo del *urbanismo*, que, recuérdese, está muy ligado a la *corrupción política*. Para hacernos una idea de la relevancia del *ámbito urbanístico* en cuanto a corrupción se refiere, es significativo el informe de 2006 de *Transparencia Internacional*: “*el ámbito donde la corrupción es más elevada en España es el del nivel local. En estos gobiernos, sobre todo en los situados en la costa o en las inmediaciones*

¹⁷ Vid. Instituto De Estudios Fiscales (2010)

¹⁸ Vid. Instituto cit. (2010:36).

¹⁹ Vid. Instituto cit. (2010: 40).

²⁰ Vid. Instituto cit. (2010: 42).

²¹ Vid. Instituto cit. (2010: 45).

²² idem.

²³ Vid. Oficina Antifrau de Catalunya, 2010.

*de las grandes ciudades, la calificación del suelo urbano es el origen de los mayores casos de corrupción*²⁴.

La mayor parte de la corrupción ha coincidido, no por casualidad, con el auge de la urbanización descontrolada en España, especialmente intensa en el litoral. Esta situación ha llamado la atención más allá de los límites del Estado español. De entre todos los documentos internacionales que dan cuenta de esta situación, el más relevante es el llamado *Informe Auken*, aprobado por el Parlamento Europeo el 26 de marzo de 2009. En él, se da cuenta de la situación urbanística en España, y se señala que *la actividad urbanística está suponiendo una grave amenaza para el medio ambiente*; también se lamenta la cantidad de actuaciones judiciales contra funcionarios locales corruptos, se subraya el carácter inadecuado de la legislación reguladora de la actividad urbanística y vuelve a incidir, como Transparencia Internacional, en la alarmante avalancha de reclasificaciones del suelo no urbanizable a urbanizable “*para el provecho económico considerable del agente urbanizador y el promotor*”²⁵. Como resultado de lo antedicho, puede concluirse que *el nivel local es el principal agente corrupto*, y la materia preferida y de mayor magnitud de su corrupción, la urbanística.

Como *conclusión provisionalísima* ha de reiterarse el necesario cambio de paradigma, que ha de basarse, además de en un impulso político sin desfallecimiento, en un enfoque multifactorial jurídico. Así las cosas, es erróneo que *parezca que todo el peso de respuesta ante la corrupción sea la pena impuesta por el Código Penal*, pues el Derecho penal por definición siempre llega tarde. Así las cosas, las experiencias de la práctica del Derecho administrativo y del Derecho mercantil han de ser tenidas en cuenta por ser altamente instructivas y las consecuencias que se obtengan serán fruto de una intensa interacción entre todos los sectores jurídicos mencionados con el Derecho penal y viceversa. Si en algún campo el Derecho penal acentúa su carácter fragmentario y de *ultima ratio* es en el ámbito de la corrupción. No hay que renunciar, por supuesto al castigo criminal, pero no puede ser, de facto, la única respuesta estatal, que forzosamente llega en el proceso penal vehiculada por las ramas jurídicas mencionadas

²⁴ Vid. Transparencia Internacional, 2007: 4.

²⁵ Vid. Resolución del Parlamento Europeo (26-3-2009) sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas, Informe Auken, p. 6, ap. AF (2008/2248(INI)) [<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2009-0192&language=ES&ring=A6-2009-0082> acceso, 1-10-2011].

y por tanto con poca autonomía y poco espacio de actuación, pese a que el Derecho, como orden jurídico global bien poco ha hecho en realidad para evitar que las cosas lleguen hasta el juicio oral. *La combinación de estrategia preventivo-reactiva*, en fin, *se impone*.

Bibliografía

- AGENCIA TRIBUTARIA, Memoria 2009, 2010 (http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Informacion_institucional/Memorias/MEMORIAS_DE_LA_AGENCIA_TRIBUTARIA/2009/Memoria_Agencia_2009.pdf, acceso, 1-9-2010).
- AGENCIA TRIBUTARIA, Memoria 2006, 2007 (http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Informacion_institucional/Memorias/MEMORIAS_DE_LA_AGENCIA_TRIBUTARIA/2006/Memoria2006.pdf, acceso, 1-9-2010).
- BLANCO CORDERO, *El comiso de ganancias ¿brutas o netas?*, LL (7569), 2011.
- MOLDOVA PASAMAR, M. A., *Los delitos urbanísticos*, 2007.
- CASTRO MORENO, A., *El abuso de información privilegiada en la función pública*, 2007.
- DANNECKER, G., „§ 299“, en *NOMOS-Kommentar zum Strafgesetzbuch* (KINDHÄUSER, U./NEUMANN, U./PAEFFGEN, H.-U.), II, 2005.
- DE LA CUESTA, J. L., “Urbanismo y corrupción”, en *Fundamentos de Derecho urbanístico* (MARTÍN REBOLLO, L. Y BUSTILLO BOLADO, R., coords.), 2009.
- DE LA MATA, N. “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho”, *RDPCrim* (17), 2006.
- DELGADO GIL, A., *Delitos cometidos por funcionarios públicos*, 2009.
- “Sobre el bien o los bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la Administración Pública”, en CP, 2009.
- FOFFANI, L., “La corrupción privada: Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización”, en *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo* (ARROYO, L./NIETO, A., coords.), 2006.
- GRECO, *Second Evaluation Round, Addendum to the Compliance Report on Spain*, 44^a Sesión plenaria, Estrasburgo, 6-8/10/ 2009 ([http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoRC2\(2007\)10_Add_Spain_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoRC2(2007)10_Add_Spain_EN.pdf), acceso: 1-9-2010).
- GRECO Third Evaluation Round Compliance Report on Spain “Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)”: “Transparency of Party Funding”, Straßburg, 1.4.2011, 2011

([http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3\(2011\)5_Spain_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3(2011)5_Spain_EN.pdf), acceso: 1-10-2011).

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas*, 2010.

JAREÑO REAL, A., *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación*, 2011.

LOZANO CUTANDA, B., “Delitos contra la ordenación del territorio y prevaricación urbanística”, DLL (7534), 2010.

NIETO MARTÍN, A. “La corrupción en el comercio internacional (o como la americanización del Derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)”, en *Revista penal* (12), 2002.

- “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)”, en *Revista penal* (10), 2002.

INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES, *Opiniones y actitudes fiscales de los españoles en 2009*, 2010 (www.ief.es/publicaciones/documentos/doc_11_10.pdf, acceso, 1-9-2010).

OFICINA ANTIFRAU DE CATALUNYA, *Els catalans i la corrupció: percepcions i actituds ciutadanes* 2010, 2010 (http://www.antifrau.cat/images/stories/documentos/publicacions_estudis/estudis_integricat/estudis_integricat_01_enquesta_corrupcio_catalunya_2010_cat.pdf, acceso 1-9-2010).

OLAIZOLA NOGALES, I. “Los delitos contra la administración pública”, en *Nuevas tendencias en política criminal* (GÓMEZ MARTÍN, V., coord.),

OTERO GONZÁLEZ, P., “La corrupción en el sector privado: el nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1, 2 y 3 del Código Penal”, en *LLP* (87) 2011

PIPAÓN, *El cohecho y el delito fiscal: concurso de normas*, LLP (67), 2010.

POZUELO PÉREZ, L., “El delito de prevaricación administrativa en los supuestos de aprobación o modificación arbitraria de planes urbanísticos”, en LH-González-Cuéllar (DÍEZ-MAROTO, J., coord.), 2006.

QUERALT JIMÉNEZ, J., “Notas sobre la corrupción privada en el proyecto de Código Penal”, en *Iuris: Actualidad y práctica del Derecho* (147), 2010.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Administración y Derecho penal*, 2006.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., *Demolición por delito: el restablecimiento de la legalidad urbanística en la vía penal*, 2009.

ROSAS OLIVA, J. I., “Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España”, en *CPC* (99), 2009.

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, Informe global de la corrupción 2006

(<http://www.transparencia.org.es/INFORMES%20ESPECIFICO%20SOBRE%20ESPAÑA%202006-2007/Informe%20TI-España%202006.pdf>, acceso, 1-9-2010).

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, V. M., *Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado "cohecho de facilitación"*, en *RDPC* (6), 2011.

- VENTURA PÜSCHEL, A. “Sobre la tipificación de la mal llamada ‘corrupción entre particulares’ (o de cómo la pretendida política criminal común de la Unión Europea entiende la competencia en el mercado)”, en *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión europea. La política criminal europea* (ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. dir.), 2009.
- “Corrupción entre particulares (art. 286 bis,1, 2, 3)”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010* (ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., dirs.), 2010.

INTERRUPCIÓN DE CURSOS SALVADORES AJENOS DENTRO DE LA PROPIA ESFERA DE ORGANIZACIÓN: UN PROBLEMA DE JUSTIFICACIÓN

Jesús-María Silva Sánchez
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Pompeu Fabra

Resumen: El texto se ocupa del problema de la interrupción de cursos salvadores ajenos, como figura de imputación típica. La tesis del texto es que a quien interrumpe un curso causal salvador ajeno se le debe imputar el resultado lesivo. Su conducta es, por tanto, típica conforme a los tipos de resultado de la Parte Especial. Sin embargo, eso no significa que dicha interrupción no pueda verse justificada. El caso de la interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización debe analizarse en el marco de esta tesis general. Ello muestra, por lo demás, que el tema guarda una estrecha relación con la cuestión de los deberes de tolerancia en el estado de necesidad justificante.

Palabras clave: interrupción de cursos causales salvadores; estado de necesidad; imputación del resultado; causas de justificación; estado de necesidad; posición de garante; omisión de socorro

Abstract: This paper deals with the problem of interruption of foreign saving courses as a legal imputation figure. The thesis of the text is that it is necessary to impute the harmful result to the person who interrupts a foreign saving causal course. This behavior is, therefore, in line with the statutory result offences of the special part of criminal law. Nevertheless, it does not mean that the above mentioned interruption could not be justified. The case of the interruption of foreign saving courses inside the own sphere of organization must be analyzed in the frame of this general thesis. It shows, moreover, that the issue is closely related to the question of the tolerance duties in the necessity as justification.

Keywords: interruption of foreign saving courses; necessity (as justification); imputation of the result; grounds of justification; position of guarantor; failure to provide assistance.

1. Introducción

1. El año 2005 publiqué, como contribución al Libro Homenaje para el Profesor Rodríguez Mourullo, un trabajo titulado “*Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia*”. Su objeto era analizar el siguiente problema. Un sujeto, en estado de necesidad agresivo justificante, accede a la esfera jurídica de un tercero -en principio, franca para él- con el fin de servirse de algún elemento de ésta para neutralizar el riesgo que le amenaza. Sin embargo, el titular de la esfera jurídica afectada lo impide. La cuestión es, entonces, en qué responsabilidad incurre el sujeto “interruptor” y cuál es el fundamento de ésta. Expresado de modo concreto: se trataba de determinar qué responsabilidad se deriva de la infracción de los deberes de tolerancia de las conductas justificadas. Y la conclusión fue que dicha responsabilidad podía alcanzar a la imputación del resultado lesivo sufrido por el sujeto necesitado¹.

2. Posteriormente, la dirección de una revista argentina de Teoría del Derecho me pidió el artículo para someterlo a la consideración de colegas penalistas y filósofos del Derecho y publicarlo con sus críticas y una breve réplica mía. Las críticas se centraron, en lo esencial, en la observación de que las causas de justificación, en su calidad de permisos, no confieren derechos subjetivos; ello valdría de modo singular para el estado de necesidad justificante. Por ello mismo, tampoco cabría afirmar que éste fundamente deberes de tolerancia en los sujetos afectados por la conducta del sujeto necesitado. Menos aún podría afirmarse que la infracción de tales (supuestos) deberes de tolerancia genere una responsabilidad por el resultado lesivo sufrido por el sujeto necesitado. En realidad, sólo podría hablarse en estos casos de una vulneración de deberes de solidaridad, con las consecuencias que a ello se le asignen².

¹ SILVA SÁNCHEZ, Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia, en: Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid 2005, pp. 1006 y ss. Una versión algo distinta, y sustancialmente reducida, del análisis es la de SILVA SÁNCHEZ, Notstandsrechte und Duldungspflichtverletzungen, en la Festgabe für Claus Roxin zum 75. Geburtstag, GA 2006/ 5, pp. 382 y ss.

² Cfr. Discusiones nº 7 (Córdoba, Argentina, marzo de 2007), Derechos de necesidad y deberes de tolerancia, con la reimpresión de *mi* trabajo (pp. 25 y ss.), las críticas de FERRANTE (pp. 57 y ss.), PÉREZ BARBERÁ (pp. 79 y ss.), BOUZAT/CANTARO/NAVARRO (113 y ss.), GONZÁLEZ LAGIER (pp. 155 y ss.) y *mi* réplica (pp. 177 y ss.).

El trabajo en cuestión, por lo demás, ha seguido generando consideraciones más o menos críticas dentro del propio grupo de investigación que dirijo³.

3. A la vista de todo ello, he considerado oportuno efectuar el siguiente intento de reconstrucción del problema, con el fin de aclarar mi punto de vista y responder a las críticas. La reconstrucción parte de las siguientes premisas: (a) El análisis del problema de la interrupción de cursos salvadores ajenos que se injieren en la propia esfera de libertad del sujeto interruptor debe orientarse fundamentalmente a la determinación de si este último (el sujeto interruptor) merece pena y, en su caso, cuál; (b) para la resolución de esta cuestión acerca del merecimiento de pena (y de qué pena) por el interruptor, el enfoque que parte de si el agente salvador que se injiere en la esfera jurídica del interruptor tiene un derecho subjetivo a hacerlo, o bien obra de forma meramente permitida, puede conducir a desviar la atención del aspecto esencial; (c) la cuestión no es, por tanto, si quien se injiere en la esfera ajena al poner en marcha un curso salvador para un tercero tiene un derecho subjetivo a hacerlo o bien obra de un modo meramente permitido, sino sencillamente si el interruptor obra de modo permitido o bien antijurídico al interrumpir (dentro de su propia esfera jurídica) el curso salvador; (d) ciertamente, si el sujeto salvador que se injiere en la esfera jurídica ajena tuviera un derecho subjetivo a hacerlo, la conclusión de que quien interrumpe obra de modo no permitido sería clara; pero la afirmación de que el que se injiere no tiene derecho subjetivo a hacerlo (sino sólo una mera permisón para hacerlo) en absoluto impide la conclusión de que quien interrumpe obra de modo no permitido, esto es, antijurídico.

2. Materiales para la reconstrucción del problema: (1) La interrupción de cursos causales salvadores ajenos

1. La doctrina entiende de forma prácticamente unánime que a la conducta que interrumpe un curso causal salvador ajeno (*Abbruch eines rettenden Kausalverlaufs*)

³ Cfr. los trabajos de mis discípulos ROBLES PLANAS, *Zwischen Beihilfe zur Tat und unterlassene Hilfeleistung*, GA 2008/ 1, pp. 18 y ss., en especial 26 y ss.; y, más crítico, MONTIEL FERNÁNDEZ, *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, Bogotá 2011, pp. 300 y ss.

debe imputársele el resultado lesivo sufrido por el tercero afectado (no salvado)⁴, siempre que el curso salvador ajeno fuera *ex ante* idóneo. Las divergencias radican en el título mediante el cual se considera que debe tener lugar dicha imputación. La doctrina dominante se inclina por la tesis de la comisión activa, a pesar de que ello ha de afrontar el problema de que la imputación podría requerir una consideración hipotética adicional *ex post*: a saber, la de que el curso salvador habría evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad, de no haber sido interrumpido. Para salvar este problema, algunos autores recurren a un concepto amplio de causalidad⁵; aunque quizá esté más difundida la tesis que fundamenta la comisión activa en el incremento del riesgo de producción del resultado derivado de la conducta interruptora⁶. Una posición minoritaria acoge la vía de la comisión por omisión para sostener la imputación del resultado en estos casos⁷. Finalmente, otra posición asimismo minoritaria señala que el proceso de imputación en estas situaciones tiene lugar en virtud de una figura que constituye un *tertium genus* diverso de los dos anteriores⁸.

2. Debe significarse, con todo, que la reseñada solución -ampliamente mayoritaria- de imputar el resultado lesivo sufrido por el necesitado al sujeto interruptor del curso causal que iba salvarlo cuenta también con excepciones. Así, una postura minoritaria distingue en función de que el curso salvador ajeno hubiera sido dispuesto por un sujeto cualquiera (*quivis ex populo*) o por un garante. En el primer caso, esta

⁴ Por todos, ROXIN, Strafrecht AT I, 4ª edic., München 2006, § 11 n° marg. 33-34; JAKOBS, Strafrecht AT, 2ª edic., Berlin 1991, § 7 n° marg. 63; STRATENWERTH/ KUHLEN, Strafrecht AT I, Die Straftat, 5ª edic., Köln 2004, § 13 n° marg. 3, § 8 n° marg. 35 y ss.; KÜHL, Strafrecht AT, 4ª edic., München 2002, § 4, n° marg. 17-18, § 18, n° marg. 18 y ss.

En los comentarios, WEIGEND, en Laufhütte/ Rissing-van Saan/ Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum StGB, 12ª edic., Berlin 2006, § 13 n° marg. 8; RUDOLPHI, en Rudolphi/ Horn / Samson (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum StGB, 6ª edic., Neuwied 2007, n° marg. 48 previo al § 13.

Asimismo, WINTER, Der Abbruch rettender Kausalität, Frankfurt a. M. 2000, pp. 135, 157-158.

⁵ En el caso de PUPPE, en Neumann/ Puppe/ Schild (Hrsg.), Nomos Kommentar zum StGB, 2ª edic., Baden-Baden 2005, n° marg. 111 y ss. previos al § 13, ello tiene lugar mediante la acogida de la doctrina de las “condiciones negativas” del resultado y su integración como componentes necesarias de una explicación suficiente del resultado.

⁶ OTTO, Grundkurs Strafrecht, 6ª edic., Berlin 2000, § 9 n° marg. 8; STRATENWERTH/ KUHLEN, AT, § 8 n° marg. 36-37.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión. Concepto y sistema, 1ª edic., Barcelona 1986, pp. 227 y ss.; 2ª edic., Buenos Aires/ Montevideo 2003, pp. 282 y ss. Cfr. el análisis crítico de mi postura en DOPICO GÓMEZ-ALLER, Omisión e injerencia en Derecho penal, Valencia 2006, pp. 596 y ss., 625 y ss.

⁸ El *tertium genus* se situaría entre la comisión activa estándar de base causal y la comisión por omisión. Ya HRUSCHKA, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2ª edic., Berlin 1988, pp. 74, 104; JOERDEN, Dyadische Fallsysteme im Strafrecht, Berlin 1986, pp. 146 y ss.; *El mismo*, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, Berlin 1988, p. 51. Posteriormente, esta idea de *tertium genus*, con una argumentación propia, ha sido acogida por GIMBERNAT ORDEIG, La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’, ADPCP 2000, pp. 29 y ss.

posición considera que la interrupción debe calificarse como una omisión del deber de socorro que no puede fundamentar la imputación del resultado⁹. A lo que cabría añadir: si la omisión de socorro no está tipificada en el ordenamiento jurídico de que se trate, entonces la conducta sería atípica. En el segundo caso, en cambio, sí se establece dicha imputación del resultado a la conducta interruptora, en los términos en que pudiera atribuírsele al garante cuyo curso salvador fue interrumpido.

3. Como se irá viendo a lo largo de este texto, la opción que se tome en esta disyuntiva puede acabar siendo determinante de la solución del problema que nos ocupa. Así pues, conviene mantener abierta la siguiente cuestión general: ¿la interrupción de cursos salvadores ajenos es atípica salvo que quede tipificada en virtud de la regulación legal del delito de omisión del deber de socorro? Quedan fuera de esta cuestión los casos de “interrupciones de cursos causales salvadores ajenos *de garante*” y los “casos de interrupción de cursos salvadores ajenos *por garante*”. En estos, la condición de garante del agente salvador o del sujeto interruptor hace de la interrupción una “omisión por comisión”, rigiendo por lo demás las reglas generales de la atribución de responsabilidad a sujetos en posición de garante, sobre las que aquí no procede entrar.

4. Por mi parte, discrepo de esta última posición. Conforme a la doctrina dominante, considero por tanto que, en los casos de interrupción de cursos salvadores ajenos, el sujeto interruptor infringe un deber negativo (o de abstención) que forma parte de la vinculación originaria entre los ciudadanos incluso en un modelo político estrictamente liberal. A mi juicio, las infracciones de deberes negativos pueden tener lugar, en efecto, por cinco vías: i) la creación activa de riesgo para la esfera de terceros; ii) la asunción¹⁰ del control de un riesgo (aseguramiento) para la esfera de un tercero, seguida de una posterior no neutralización de dicho riesgo; iii) la asunción de una función de salvación (amparo) de los bienes de un tercero, seguida de la posterior no actualización de ese compromiso salvador; iv) la perturbación de un curso (ajeno) de control de un riesgo que afecta a un tercero; y v) la interrupción de un curso salvador de bienes de tercero sometidos a un riesgo no controlado¹¹.

⁹ Salvo que el sujeto interruptor sea, a su vez, garante. En este sentido GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP 2000, pp. 98 y ss.

¹⁰ Que puede ser una asunción voluntaria en sentido estricto o derivar de la “usurpación” (como ha indicado DOPICO) de una esfera de libertad ajena.

¹¹ Las estructuras pueden complicarse. Así, cabe la posibilidad de que la interrupción recaiga sobre un curso de participación en el curso (principal) de control del riesgo; o sobre un curso de

5. Las cuatro últimas variantes tienen un punto en común. Todas ellas parten de un *statu quo* que mejora la situación del bien jurídico del tercero. En efecto, dicha situación se ve mejorada por la propia asunción de la función de control del riesgo que le afecta; por la propia asunción de la función de salvación de su bien jurídico, una vez que el riesgo ha quedado descontrolado; por la existencia de un curso ajeno de control de tal riesgo; o por la existencia de un curso ajeno de salvación del bien, una vez que el riesgo ha quedado descontrolado. En tales casos, tanto la conducta de interrupción del cumplimiento de la función de control o salvación previamente asumida¹², como la conducta de interrupción del curso de control o de salvación puesto en marcha por un tercero, implica un empeoramiento del *statu quo* de los bienes jurídicos ajenos¹³. Lo que, a mi juicio, es característico de la infracción de deberes negativos. Esta se distingue de la mera infracción de deberes positivos, en la que se trata de la vulneración de obligaciones de mejora del estado de los bienes jurídicos.

6. De lo anterior cabría extraer dos conclusiones provisionales: una conceptual; y la otra, sistemática. Veamos la primera. La conclusión conceptual es que la estructura denominada “interrupción de cursos salvadores ajenos” debe integrarse en una categoría más amplia, a la que pertenece también la estructura de “interrupción de cursos de control ajenos”. A la vez, ambas estructuras pertenecen a una categoría todavía más amplia, en la que se integran con las estructuras de omisión de actos de control o de salvación tras una previa asunción. Finalmente, todas ellas, junto con las estructuras de

participación en el curso (principal) de salvación de bienes. Del mismo modo, cabe la posibilidad de que la interrupción verse sobre cursos salvadores en “tentativa” acabada, pero también sobre cursos salvadores en tentativa inacabada, o incluso en fase de preparación. En estos casos, al igual que sucede en aquéllos en los que el sujeto ha asumido una función de participación en el control de riesgos por parte de otro, o en la salvación llevada a cabo por otro, lo que después no cumple, se trata probablemente de casos de “*organización débil*”. Ahora bien, tal debilidad no obsta a la consideración de que en todos ellos la interrupción implica una organización lesiva dolosa de la esfera jurídica ajena. Por ello mismo, considero que, sin excluir diferencias de grado, en todos ellos se trata de conductas típicas suficientes para la imputación convencional del resultado lesivo.

En tales situaciones, en efecto, la *organización débil* es “menos débil” (o “más fuerte”) que la propia de los casos de injerencia imprudente: creación imprudente de riesgo; asunción imprudente de funciones de control o salvación; neutralización imprudente de cursos ajenos de control de riesgos o salvación de bienes; todas ellas seguidas de la no evitación dolosa del resultado. Estos casos de organización especialmente débil sí pertenecen al ámbito de las omisiones de gravedad intermedia. Sobre la teoría de las omisiones de gravedad intermedia, cfr. SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión, 2ª edic., pp. 467 y ss.; *El mismo*, Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte, en FS f. Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin 2001, pp.641 y ss.

¹² Donde la asunción debe entenderse como la incorporación de una esfera de libertad ajena a la propia esfera de organización, excluyendo la posible intervención de otros terceros con vocación de control o salvación.

¹³ Esto no sucede en el caso de quien, habiendo iniciado un curso de prestación de socorro -sin previa asunción-, lo interrumpe. Naturalmente, salvo que ello se pueda caracterizar asimismo como una simultánea interrupción de un curso ajeno de control o salvación.

creación activa de riesgo, conforman el conjunto de las infracciones de deberes negativos.

7. Esta esquematización plantea algunos problemas en los casos de los deberes institucionales de control o salvación -deberes positivos especiales- (a los que cabe añadir el deber de socorro derivado de la institución de la solidaridad mínima: deber positivo general). En particular, plantea la cuestión de si tiene sentido distinguir entre los supuestos en los que un tercero interrumpe el curso del cumplimiento de un deber institucional y aquéllos en los que el mismo tercero ayuda al incumplimiento de tal deber institucional (incluso induciendo al referido incumplimiento). Si, como personalmente entiendo, la infracción de deberes institucionales conduce a omisiones de gravedad intermedia (con una penalidad asimismo intermedia, inferior a la de la comisión activa)¹⁴, sucedería que el sujeto externo a la institución que “ayuda” a tal infracción no merecería una pena superior a la propia de quien los infringe. La fuente de su responsabilidad sería un deber secundario de abstención (esto es, de respeto al normal funcionamiento de las instituciones) que, en primer lugar, habría de ser expresamente tipificado y, en segundo lugar, desde luego no podría dar lugar a una responsabilidad superior a la propia de los integrantes de la institución que incumplen su deber. Pues a lo que el sujeto externo habría “contribuido” sería a la no-mejora del bien derivada del incumplimiento de sus deberes institucionales por parte del sujeto integrado en la institución¹⁵. Por el contrario, en el caso en el que ya existe un curso (institucional) de control de riesgos o de salvación de bienes y alguien lo interrumpe, la responsabilidad ya no derivaría de una contribución “accesoria” a la no-mejora del bien, sino claramente de un empeoramiento (neutralización de la mejora en curso), lo que debería dar lugar a una penalidad superior¹⁶. Expresado de otro modo, el deber infringido no sería aquí el deber (secundario) de abstención que se define como “respeto

¹⁴ Vid. supra las obras citadas en nota 11.

¹⁵ Eso valdría para la inducción a no cumplir tanto como para la cooperación en el incumplimiento.

¹⁶ Lo que no quiere decir que las distinciones entre la intervención accesoria en la “no-mejora” del bien y la provocación del “empeoramiento” de la situación de éste sean siempre fáciles. Por ejemplo: no lo es la distinción entre la inducción a no iniciar el intento salvador y a desistir del intento salvador (interrumpirlo); entre la coacción para que no se inicie el intento salvador o se desista de él (se interrumpa); entre el engaño para que el intento salvador no se inicie o para que se desista de él (se interrumpa); etc. En los casos en que se provoca que el curso salvador ni siquiera se inicie, parece que no es posible llegar a hablar siquiera de interrupción. Más allá de esto, mientras que en los casos de coacción o engaño para que se desista del intento salvador en marcha es más clara la naturaleza interruptora y, por tanto, el empeoramiento de la situación del bien en peligro, en los casos de inducción al desistimiento del intento salvador ya iniciado ello puede variar en función de las circunstancias.

al normal funcionamiento de la institución”, sino que sería un deber primario de abstención definido como prohibición de intervenciones empeoradoras del *statu quo* de los bienes jurídicos¹⁷.

8. La conclusión sistemática a la que cabe llegar a partir de lo anterior es que en todos estos casos de interrupciones de cursos de control o de cursos de salvación ajenos hallamos ante *realizaciones típicas* (suficientes para la imputación del resultado lesivo). Realizaciones típicas que, sin embargo, pueden verse justificadas. Así, por ejemplo, el sujeto interruptor puede interrumpir un curso salvador del patrimonio ajeno, privando al agente salvador de un instrumento que, a su vez, el propio interruptor necesita para salvar la vida de un tercero. Pero, para que sea posible llegar a la conclusión de la exclusión del injusto, es necesario que la conducta interruptora, en sí misma lesiva (típica), pueda quedar abarcada por los presupuestos de una causa de justificación concreta. De lo contrario, dados todos los demás elementos, la conducta sería punible.

3. Materiales para la reconstrucción del problema: (2) en especial, la interrupción de cursos salvadores ajenos desde dentro de la propia esfera de organización

1. La panorámica general dibujada en el apartado anterior se ve enturbiada en el grupo de casos en los que quien interrumpe el curso causal salvador de bienes ajenos¹⁸ lo hace en el ámbito de su propia esfera jurídica de organización. Este grupo de casos admite configuraciones diversas. Es posible, ciertamente, que un *curso natural salvador* para el sujeto N surja y se desarrolle en la esfera de organización del sujeto I, siendo interrumpido por éste. Pero seguramente lo más común será que la interrupción tenga lugar respecto de un *curso salvador humano* que se injiere en la esfera jurídica de I.

¹⁷ Aparte de todo lo anterior, debe considerarse que la existencia de un contexto institucional no impide que el sujeto vinculado por la institución asuma, asimismo, funciones específicas de control o salvación, lo que, en puridad, daría lugar a que en su caso entraran en juego también deberes negativos o de abstención. Se trataría, en tal caso, de supuestos de concurso de deberes (negativo y positivo), lo que adicionalmente conduciría a un “concurso de responsabilidades”, esto es, de estructuras delictivas.

¹⁸ Lo que valdría de igual modo para el caso de interrupción de un curso causal de control de riesgos.

Dicho curso salvador puede ser de *autosalvación* (cuando es el propio sujeto N en peligro quien lo conduce) o de *heterosalvación* (cuando lo conduce un sujeto A en favor de N). A su vez, los cursos salvadores de heterosalvación pueden concebirse como de *heterosalvación directa*; como de *participación en (auxilio a) un curso de autosalvación*; e incluso como de *participación en un curso de heterosalvación directa*. Ahora bien, independientemente de estas distinciones, lo común a todas ellas es que el sujeto (N o A), que ha iniciado el curso salvador, entra en la esfera jurídica - fácticamente accesible- de I (para utilizar un bien de éste como medio salvador, o sencillamente para utilizar la esfera jurídica de éste como vía a través de la cual canalizar el intento salvador), siendo así que el titular de la esfera de libertad se lo impide.

2. La interrupción del curso salvador ajeno producida en la propia esfera de libertad puede mostrar, a su vez, dos variantes: puede ser una *interrupción propia*, llevada a cabo por I (el titular de la esfera de libertad) por sí solo o con la ayuda de otros; o bien una *interrupción ajena* (realizada por otro sujeto C). Ésta, a su vez, puede tener tres subvariantes: la del *auxilio de un tercero* a la interrupción propia; la de la *interrupción indirecta, o por delegación*, esto es, realizada por el sujeto C con el consentimiento del titular de la esfera de organización¹⁹; e incluso la de *auxilio de otro sujeto a la interrupción por delegación* efectuada por C.

3. La doctrina mayoritaria, en todo caso, ha sostenido la irrelevancia de la circunstancia de que la conducta de interrupción tenga lugar en el propio ámbito de dominio de quien la lleva a cabo o consiente en que tenga lugar²⁰. Ello no tendría significación alguna, de modo que el caso en que el sujeto propietario de un bote impide su utilización por un agente con pretensiones salvadoras y el caso en que dicho sujeto impide la utilización salvadora del bote de un tercero, que había sido consentida por éste, son idénticos²¹. Sin embargo, para otro sector de la doctrina este dato modifica radicalmente el resultado alcanzado de modo general. A su juicio, el hecho de que el

¹⁹ En donde N= Necesitado; A= Auxiliador del necesitado; I= Interruptor; y C= Colaborador del interruptor.

²⁰ Cfr. WINTER, *Der Abbruch*, p. 147; amplias referencias en HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, Berlin 2002, pp. 234 y ss.

²¹ Cfr. por todos, ya ROXIN, *An der Grenze von Begehung und Unterlassung*, FS f. Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt 1969, pp. 380 y ss., 389 (= En el límite entre comisión y omisión, en Roxin, *Problemas básicos del Derecho penal* -trad. Luzón Peña-, Madrid 1976, pp. 226 y ss.); también SAMSON, *Begehung und Unterlassung*, FS f. Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin 1974, pp. 579 y ss., 599. Más recientemente, HERZBERG, *Die Differenz zwischen Unterlassen und Handeln im Strafrecht*, en *Recht – Gesellschaft – Kommunikation*. FS f. Klaus F. Rohl, Baden-Baden 2003, pp. 270 y ss., 277 y nota 10.

titular de una esfera jurídica impida que ésta sirva al intento salvador emprendido por un tercero (en favor de sí mismo o de otro) equivale tan sólo al mero no socorrer al sujeto afectado²². Es decir, si no concurre una posición de garante específica, lo más que cabría apreciar en estas circunstancias sería una omisión del deber de socorro en aquellos ordenamientos en que esta conducta se halle específicamente tipificada. Lo que significa: en los demás ordenamientos jurídicos, la conducta sería atípica y, en consecuencia, impune.

4. A mi entender, ambas posiciones tienen razón en parte. La primera tiene razón en la observación de que la situación es, de entrada, distinta de los casos comúnmente analizados de interrupción de cursos causales salvadores ajenos que lleva a cabo un sujeto fuera de la propia esfera de organización. En efecto, en dichos casos el curso salvador es *penalmente atípico*, porque no discurre por una esfera de libertad ajena contra la voluntad de su titular. En cambio, en el caso en que, para salvar a un sujeto en peligro, es preciso injerirse en la esfera jurídica de otro, fácticamente accesible, pero sin el consentimiento del titular, se conforma un curso salvador que puede ser *penalmente típico* (constitutivo de daños, allanamiento de morada, hurto, etc.)²³. Dicho curso causal salvador penalmente típico puede estar, sin embargo, *justificado*, en el sentido de permitido; esto es lo que sucederá, en concreto, si concurren en él los presupuestos del estado de necesidad justificante. Cabe incluso que sea *un deber* para quien lo lleva a cabo. Por ejemplo, en los ordenamientos jurídicos que han tipificado un delito de omisión del deber de socorro, y en las concretas circunstancias que en él se hayan previsto, la puesta en marcha de un *curso de heterosalvación*, ya sea *directa*, ya sea por *participación* (auxilio necesario) en un curso ajeno de autosalvación, es una conducta *obligatoria*. Y esto es lo que cabe sostener de modo general a propósito de los cursos de heterosalvación directa o por participación, si quien los puede llevar a cabo es un garante. En conclusión: El curso salvador que se injiere en una esfera de organización ajena puede ser, desde luego, penalmente²⁴ típico. Sin embargo, una vez sentado esto, se dan tres posibilidades alternativas: (a) que se trate de un *curso salvador no permitido* (típico y antijurídico, por no concurrir en él los presupuestos del estado de necesidad

²² A título de ejemplo, RANFT, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht, JuS 1963, pp. 340 y ss., 342; MEYER-BAHLBURG, Unterlassen durch Begehen, GA 1968, pp. 49 y ss., 51; más recientemente GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP 2000, pp. 103-104.

²³ Dejemos al margen los casos en que el curso salvador pudiera constituir un mero ilícito civil, para los que podría regir, *a fortiori*, lo que se indica a continuación.

²⁴ Con la salvedad hecha de que puedan constituir un mero ilícito civil.

justificante -ni de ninguna otra causa de justificación-); (b) que se trate de un *curso salvador permitido* (típico pero no antijurídico, por concurrir en él los presupuestos del estado de necesidad justificante -o de otra causa de justificación-); y (c) que se trate de un *curso salvador obligatorio* (típico, pero no antijurídico, por concurrir en él los presupuestos del deber general de socorro o de un deber de garante).

5. Teniendo razón la primera posición en su análisis de la situación, la segunda posición tiene razón en la solución. Porque, a mi juicio, si en estos casos tiene lugar una interrupción del curso salvador por parte del sujeto cuya esfera de organización se ha visto afectada, puede aplicarse a su conducta la doctrina general de las interrupciones de cursos salvadores ajenos a todos los efectos. De entrada, dicha conducta es, efectivamente, la interrupción de un curso salvador ajeno y, por tanto, constituye una forma de realización típica a la que le es imputable el resultado que pretendía evitar quien inició el curso de auto- o heterosalvación. Ahora bien, es cierto que dicha forma de realización típica puede, a su vez, estar justificada.

6. A mi entender, cabe sostener sin especiales problemas el carácter justificado de la conducta interruptora de cursos salvadores antijurídicos. Dicha conducta estará *permitida*, por ejemplo, en virtud de legítima defensa o de estado de necesidad defensivo; ello, en función de cuáles sean las características del curso salvador antijurídico interrumpido²⁵. Más aún, dicha conducta puede ser *obligatoria*: tanto la interrupción de cursos salvadores antijurídicos mediante *auxilio* al sujeto cuya esfera de organización se ve afectada por ellos, como la *interrupción por delegación* de cursos salvadores antijurídicos que afectan a otro, constituyen un *deber*. Dicho deber puede fundamentarse en el deber general de socorro o en el deber de impedir determinados delitos, en las legislaciones que los reconocen; o bien, en todo caso, si el sujeto es garante de la esfera de organización del sujeto afectado. Expresado en términos más convencionales: dados los presupuestos mencionados, tanto la *legítima defensa de terceros* como el *auxilio necesario defensivo de terceros* constituyen un deber. Y dicho deber no deja de existir por el hecho de que la “agresión” o injerencia constituyan un curso salvador, si es que éste es antijurídico. Obviamente, en estos casos, aunque a la conducta interruptora se le pueda imputar el resultado lesivo sufrido por el sujeto cuya protección pretendía el curso causal salvador (antijurídico) interrumpido, dicha

²⁵ También puede estar justificada por estado de necesidad defensivo la interrupción (típica) de cursos salvadores atípicos pero que suponen una injerencia en la esfera jurídica de quien los interrumpe. Naturalmente, siempre que se den los presupuestos específicos del estado de necesidad defensivo.

interrupción no infringirá prohibición alguna y, en consecuencia, no conducirá a la imposición de pena a quien la llevó a cabo.

7. En cambio, no cabe sostener el carácter justificado de la conducta realizada por un sujeto I (o C) y que consiste en la interrupción de cursos causales salvadores que entran de modo *permitido* -o incluso *obligatorio*- en la esfera de organización de I. Por tanto, cabe imputar el resultado lesivo sufrido por el sujeto cuya protección pretendía el curso salvador al titular de la esfera jurídica (o a su delegado o auxiliador) que, actuando en el marco de ésta, lo interrumpió. Pero, a diferencia de lo afirmado a propósito de la interrupción de cursos causales salvadores antijurídicos, aquí debe concluirse que la interrupción no sólo es típica sino antijurídica (prohibida), por lo que, en principio, cabrá imponer una pena.

8. Ciertamente, las cosas podrían verse de un modo distinto. El punto de partida de esta comprensión alternativa sería considerar que la conducta de interrupción de un curso salvador ajeno que se injiere en la propia esfera de organización es en sí, *prima facie*, atípica²⁶. La argumentación sería la siguiente: si un sujeto actúa en su esfera de libertad y produce efectos sólo en el marco de dicha esfera de libertad, difícilmente puede afirmarse que ha organizado su propia esfera jurídica de modo lesivo para (la esfera de organización de) terceros²⁷. Es decir: difícilmente puede afirmarse que haya vulnerado la máxima "*neminem laede!*", que refleja la "*ursprüngliche Verbindlichkeit*" de los ciudadanos²⁸. Por expresarlo brevemente: no infringe deberes de abstención o deberes negativos.

9. De aceptar esta cadena argumental, al sujeto que interrumpe un curso salvador ajeno desde (y en el marco de) su esfera de organización sólo podría imputársele la eventual infracción de deberes positivos. Pero tales deberes positivos requieren una fundamentación jurídica específica. Ésta podría ser la existencia de un deber general de socorro (simple o cualificado), en los ordenamientos jurídicos en que la infracción de éste haya sido tipificada. Pero también, en todo caso, la existencia de un deber de garante con respecto al sujeto de cuya protección se trata mediante el curso salvador. El eje de este planteamiento es, entonces, la irrelevancia de la interrupción en sí: la interrupción de cursos salvadores ajenos realizada en la propia esfera de organización,

²⁶ Aunque equivalente a la causalidad activa.

²⁷ En otras palabras: que haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado.

²⁸ Sobre la "vinculación originaria" de los ciudadanos, cfr. JAKOBS, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, Opladen 1996, pp. 15 y ss., 19-20.

dado que no infringe deber negativo alguno, es *per se* irrelevante para el Derecho penal. Ahora bien, puede suceder que, en esa circunstancia, sobre el sujeto interruptor concurra (lo que en puridad es independiente del hecho de que interrumpa o no un curso salvador) un deber positivo de amparo: un deber positivo especial (o de garante), o bien un deber positivo general de socorro. Si esto es así y el sujeto (el mismo que ha procedido a una interrupción *per se* penalmente irrelevante de un curso salvador ajeno) infringe uno de los referidos deberes positivos, habrá de responder por ello. Pero tal responsabilidad nada tiene que ver con el curso salvador ajeno, permitido (dada su naturaleza de curso salvador justificado por estado de necesidad) o incluso obligatorio (en virtud de deber de socorro o de garante), que ha interrumpido. En dicha responsabilidad incurriría igualmente cualquier tercero en quien concurrieran los referidos deberes positivos (general o especial) y los incumpliera; aunque no hubiera interrumpido ningún curso salvador ajeno²⁹.

10. El problema de la forma de ver las cosas que acaba de exponerse es que parte de una consideración excesivamente simplista acerca de las relaciones entre esferas de organización³⁰. En particular, parece considerar que las esferas de organización discurren de modo absolutamente separado, hasta el punto de que los únicos vínculos existentes entre ellas se derivan de la eventual existencia de deberes positivos. Partiendo de esta premisa, dicha perspectiva obvia la posibilidad, nada remota sino absolutamente cotidiana, de que las esferas de organización se encuentren frecuentemente entrecruzadas. En realidad, ese entrecruzamiento se halla en la base de la consideración de las causas de justificación como ámbito de la solución social de conflictos, en la conocida formulación de ROXIN³¹. Precisamente en virtud de tal entrecruzamiento, que no sólo es normativo sino también perfectamente constatable en términos empíricos, resulta posible que quien obra en el ámbito de su esfera de organización, sin salir de ella, afecte a la esfera jurídica de terceros. Por poner un ejemplo sencillo: quien, para defenderse de un allanamiento de morada, lesiona al invasor ilegítimo, afecta a la esfera

²⁹ El dato de la interrupción del curso salvador, como factor equivalente a la causalidad, determinaría, en todo caso, alguna clase de agravación que se aplicaría a la infracción de un deber positivo general.

³⁰ Aparte de que presupone lo que hay que discutir: si la interrupción del curso salvador ajeno en el marco de la propia esfera de organización constituiría un riesgo no jurídicamente desaprobado (hecho atípico), o bien un riesgo típicamente desaprobado pero justificado; o bien un riesgo antijurídico.

³¹ Cfr. ROXIN, Política criminal y sistema del Derecho penal (trad. Muñoz Conde), Barcelona 1972, pp. 40, 55 y ss. Aunque es cierto que la solución social de conflictos tiene también lugar ya en parte en el ámbito de las causas de atipicidad y, en particular, en ciertas figuras integradas en la doctrina de la imputación objetiva (o del comportamiento típicamente relevante, en otra formulación).

de organización de éste; por eso, realiza el tipo de lesiones, aunque lo haga desde dentro de su esfera de organización y, por ello, justificadamente (en legítima defensa)³². *Mutatis mutandis*, quien, en su propia esfera de organización, interrumpe un curso salvador ajeno, realiza una conducta típica (de comisión activa, en comisión por omisión o por la vía de un *tertium genus*, según la opinión que se acoja). Ahora bien, dicha conducta típica puede estar justificada si el curso salvador ajeno es un curso antijurídico, tal y como se señaló más arriba.

11. La cuestión es qué sucede si el curso salvador ajeno no constituye un hecho antijurídico, sino que está permitido o incluso es obligatorio para el que lo realiza. Volvamos al ejemplo anterior: quien, reaccionando contra el policía que entra en su casa con un mandamiento judicial, lo lesiona, afecta a la esfera de organización de éste; por eso realiza el tipo de lesiones. Pero, además, sucede que no puede argüir legítima defensa pues la entrada del policía está amparada por el cumplimiento de un deber; por ello, la conducta del morador, aun realizada *prima facie* en su esfera de organización, no está justificada, sino prohibida. *Mutatis mutandis*, parece que la interrupción de un curso salvador permitido o, más aún, obligatorio constituye: (a) un *título de imputación del resultado lesivo* producido en el sujeto a quien dicho curso salvador pretendía proteger, lo que se fundamenta a partir de su conceptualización como interrupción de un curso “salvador”; y (b) una *conducta prohibida*, en tanto que interrupción (impedimento) de la realización de una conducta permitida o incluso obligatoria.

12. La cuestión central que ha suscitado la polémica en torno a este planteamiento es que de él se deriva la prohibición de realizar, en la propia esfera de organización, conductas impeditivas de la actuación de un tercero por el mero hecho de que éste se ha injerido de modo permitido (no antijurídico) en ella. Se discute cuál sea el fundamento de tal “prohibición de conductas impeditivas” de actuaciones permitidas, que, en la terminología más usual, se conoce como “deber de tolerancia” (*Duldungspflicht*)³³. Se niega la existencia de un deber de tolerancia como correlato de la mera permisión de una conducta. Que una conducta esté permitida -se dice- no

³² Al menos, esto es lo que afirma la doctrina ampliamente dominante. La posición minoritaria que sostiene que la legítima defensa excluye la propia imputación objetiva del resultado puede verse profusamente argumentada en la obra de mi discípulo PALERMO, *La legítima defensa: una revisión normativista*, Barcelona 2006, especialmente pp. 313 y ss., 333 y ss.

³³ Con la consecuencia, apuntada por JAKOBS (Strafrecht AT, Berlin 1991, 7/ 63) de que el deber de tolerancia excluye la libertad de disposición sobre la propia esfera de organización: “*denn schon die Duldungspflicht allein nimmt das Bestimmungsrecht über die Organisationsgestalt*”.

implica que haya un derecho subjetivo a realizarla, que conllevaría el deber de tolerarla por parte de terceros en cuya esfera de organización recaiga, con la consiguiente negación del derecho de estos disponer del propio ámbito de libertad. En cualquier caso, bastante menos se ha considerado el caso en el que la injerencia del tercero (en lo que aquí interesa, el curso salvador de bienes de otro que conduce aquél) constituye una conducta obligatoria (por deber de socorro, sencillamente)³⁴. Pues, en efecto, si A tiene el deber de salvar a N a costa de I, parece que N tiene el derecho de ser salvado por A a costa de I; de lo que se deriva que I, al igual que C, tienen el deber de permitir la realización del derecho de N a ser salvado por A a costa de I. Pero si esto fuera así, y N tuviera el derecho a ser salvado por A a costa de I (con el consiguiente deber de I y de C), resultaría axiológicamente extraño que N no gozara del derecho a salvarse a sí mismo a costa de I, con el consiguiente deber de I -y de C- de no impedirlo³⁵. El examen de esta cuestión requiere, sin embargo, abordar el problema desde la perspectiva opuesta (y complementaria).

4. Materiales para la reconstrucción del problema: (3) cursos salvadores típicos, pero justificados por estado de necesidad

1. No existe acuerdo pleno acerca de cuál es el alcance y cuáles son los efectos de las disposiciones que regulan el estado de necesidad justificante y atribuyen a la concurrencia de esta situación un efecto de exención de la responsabilidad penal. Allí donde se ha definido legalmente dicha institución como causa de justificación, se dan controversias interpretativas sobre su alcance. Obviamente, dichas controversias son aún mayores en el marco de aquellos sistemas jurídicos en los que no existe tal definición específica, sino una regulación indiferenciada del “estado de necesidad” como causa de exclusión de la responsabilidad criminal. En todo caso, resulta claro el conflicto entre interpretaciones utilitaristas, deontológicas y mixtas del estado de necesidad. Como asimismo se advierte el enfrentamiento que tiene lugar entre las

³⁴ Es decir, sin necesidad de considerar el caso de que el curso salvador sea conducido por un garante.

³⁵ Recuérdese que N= Necesitado; A= Auxiliador del necesitado; I= Interruptor; y C= Colaborador del interruptor.

reconstrucciones de la regulación legal que parten de perspectivas de solidaridad interpersonal y aquéllas que lo hacen desde visiones institucionalistas, sosteniendo la existencia de una delegación de potestades públicas en el necesitado³⁶.

2. Sea como fuere, y al margen de las dificultades de delimitación del alcance concreto de las disposiciones reguladoras del estado de necesidad justificante, existe acuerdo en que su efecto es caracterizar una conducta típica como permitida, esto es, no prohibida³⁷. Ello significa, de entrada, que en los ordenamientos jurídico-penales que contienen una regla (explícita o implícita) relativa al estado de necesidad justificante no rige de modo general la máxima “*casum sentit dominus*”. Expresado de otro modo, en ellos no existe un deber general de soportar los peligros que se ciernen sobre la propia esfera jurídica, sino que, dadas determinadas circunstancias (las que establezca la correspondiente regulación legal del estado de necesidad justificante), está permitido desviarlos hacia la esfera jurídica de terceros. Como pone de relieve, por ejemplo, la legislación española (art. 20, 5º, requisito tercero, del Código Penal), dados los demás elementos del estado de necesidad sólo excepcionalmente subsiste una obligación de soportar aquellos peligros. Dicha obligación se vincula a la existencia de ciertos oficios o cargos que establecen deberes de sacrificio. Así pues, el estado de necesidad constituye una importante restricción de la máxima “*casum sentit dominus*”, que, a su vez, constituye el complemento necesario del principio de separación de esferas jurídicas propio de un Derecho penal liberal.

3. El primer efecto del estado de necesidad justificante es, pues, la negación de un deber general de tolerancia de riesgos³⁸ por parte del sujeto sobre quien recaen (sujeto necesitado): eso, y no otra cosa, es lo que significa la permisón de conductas de desviación del riesgo derivada de la concurrencia de los presupuestos de aquella institución. Ahora bien, resulta discutido si la permisón de una conducta que comporta el estado de necesidad justificante tiene algún efecto adicional a su consideración como

³⁶ Tal delegación de potestades públicas tendría su fundamento en la insuficiencia del aparato del Estado para subvenir a las necesidades de todos. De ahí que un principio básico del estado de necesidad justificante sea el de subsidiariedad (en el que se incluye el moderno principio de *primacía de las instituciones*).

³⁷ De todos modos, en mi opinión es importante distinguir entre una determinada regulación legal del estado de necesidad como causa de justificación y la institución dogmática -supralegal- “estado de necesidad”, cuya virtualidad trasciende al ámbito de la permisón de determinadas conductas, para alcanzar operatividad en otros ámbitos de la teoría del delito.

³⁸ Conviene no confundir este deber de tolerancia de riesgos, que resulta negado en virtud de la concurrencia del estado de necesidad, con el deber de tolerancia de la conducta del necesitado por parte de terceros, que es la cuestión polémica. Aunque entre lo uno y lo otro existen obviamente relaciones.

no prohibida. En particular, se discute si de la permisión de una conducta de desviación del peligro hacia la esfera jurídica de un tercero puede derivarse la existencia de un derecho a llevarla a cabo. Pues si este derecho (*Notrecht*) existiera, habría que afirmar, como correlato necesario, la concurrencia de un deber de aquel tercero (y de otros sujetos cualesquiera) de no impedir su ejercicio (*Duldungspflicht*)³⁹.

4. En esta línea, la doctrina dominante alemana ha concluido: (a) que, en general, dada la justificación de una conducta, debe sostenerse el deber de tolerarla por parte del afectado; y (b) que, por lo que hace al estado de necesidad justificante en concreto, en éste se confiere al necesitado un derecho subjetivo (*subjektives Notstandsrecht, Eingriffsrecht*) que, por supuesto, genera un deber de tolerancia en el sujeto afectado por la intervención necesaria⁴⁰. Es cierto, con todo, que tales afirmaciones siempre han tenido un carácter bastante apodíctico y no le han ahorrado a la doctrina mayoritaria contundentes críticas⁴¹. Como también lo es, probablemente, que no todas las permisiones jurídico-penales son expresión de un derecho subjetivo, sino sólo algunas. La cuestión es si el estado de necesidad justificante se encuentra entre ellas⁴².

5. De entrada, cabe señalar que el razonamiento relativo a la existencia de deberes de tolerancia, aunque no pueda defenderse de modo general⁴³, sí puede sostenerse al menos en la medida en que se ciña a un ámbito determinado. Para ello es preciso tener en cuenta que las disposiciones permisivas dictadas a favor de un sujeto pueden ser también (realmente) formulaciones indirectas de normas prohibitivas para otros⁴⁴. En efecto, si la conducta de un sujeto está permitida por el ordenamiento

³⁹ No obstante, como se verá después, el deber de tolerancia se puede fundamentar con independencia de la afirmación de que existe un derecho de necesidad.

⁴⁰ Cfr. el estudio, con amplias referencias a la doctrina civilista (sobre el § 904 BGB) y penalista (sobre el § 34 StGB), de HAAS, *Kausalität*, p. 236 y ss.

⁴¹ Especialmente crítico con la que denomina “*Duldungspflichtautomatik*” (automatismo del deber de tolerancia), FREUND, AT, 2ª edic., Berlin 2008, § 3 n° marg. 27 y ss. Cfr. Asimismo el análisis crítico de esta doctrina que efectúa LARRAURI, en Hassemmer/ Larrauri, *Justificación material y justificación procedimental en el Derecho penal*, Madrid 1997, pp. 57 y ss., 100 y ss.

⁴² Ello está bastante claro para H.-L. GÜNTHER, SK, 6ª edic., n° marg. 47 y ss. previos al § 32. Para GÜNTHER, en efecto, debe considerarse, por un lado, el caso de las causas de justificación. Éstas se pueden integrar en tres grandes grupos: a) deberes jurídicos (n° marg. 47); b) derechos fundamentales (n° marg. 48); y c) derechos de intervención (*Eingriffsrechte*) (n° marg. 49). Todos ellos generan deberes de tolerancia. Al margen de las causas de justificación en sentido estricto se hallarían los “*schlichte Handlungsbefugnisse*” (meras permisiones), que no darían lugar a deberes de tolerancia, pero que no serían causas de justificación sino “causas de exclusión del injusto penal”.

⁴³ Cuestión problemática en sí, a la que se dedican las páginas que siguen.

⁴⁴ Cfr. por ejemplo RIGGI, *Interpretación y ley penal*. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley, Barcelona 2010, pp. 194 y ss., y nota 52, con referencias. Creo que en el caso que nos ocupa no

jurídico, entonces el Estado y sus agentes no pueden impedirla. Por tanto, la expresión “*la conducta del sujeto A está permitida*” implica, al menos pragmáticamente, otra con el siguiente contenido: “*está prohibido que las autoridades la impidan*”. Por tanto, los agentes y funcionarios públicos tienen el deber de tolerar la conducta que realice un sujeto en estado de necesidad justificante, tanto cuando ésta recaiga sobre la esfera jurídico-pública como si lo hace sobre la esfera (jurídico-privada) de otro.

Ejemplo: un sujeto A, que ha sufrido la picadura de una serpiente, en ausencia de cualquier otra solución, acude a un hospital en el que le consta que hay antídotos. Sin embargo, éste está cerrado, de modo que fuerza la cerradura, accede a la farmacia hospitalaria y, valiéndose de sus conocimientos sanitarios, pretende identificar el suero correspondiente e inyectárselo. Unos policías, que circulan por las cercanías, acceden al lugar y, pese a sus explicaciones, le detienen, impidiéndole seguir buscando el producto y aplicárselo. Si el sujeto fallece, los policías son responsables de homicidio. Ello, tanto si el hospital era de titularidad pública (caso en el que los policías actuarían en calidad de I) como privada (caso en el que los policías actuarían en calidad de C).

6. La formulación dogmática de la estructura de imputación es la siguiente: como ya sabemos, los policías han interrumpido un curso causal salvador (de autosalvación) ajeno. Ello permite fundamentar que se les dirija la imputación típica del resultado de muerte. Por lo demás, los policías no pueden esgrimir en su favor la causa de justificación de cumplimiento de un deber, pues no existe un deber jurídico público de impedir la realización de una conducta no prohibida. Tampoco la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho, pues un funcionario público no tiene derecho a impedir lo no prohibido. Por tanto, la conducta de los policías constituye un homicidio no sólo típico sino también antijurídico. En conclusión: puede afirmarse que la permisión (no prohibición) de una conducta sí genera en el sujeto un derecho (ejercitable frente al Estado) a realizarla; de dicho derecho se deriva un deber de tolerancia jurídico-público (deber de abstención)⁴⁵.

7. Independientemente de esta conclusión de fondo, sin embargo, interesa subrayar el *iter* metodológico que se ha seguido para fundamentarla. A saber: (a) en las

serían de aplicación las observaciones críticas de RIGGI sobre el carácter de prohibiciones veladas o encubiertas que muestran algunas limitaciones de las permisiones, pues el problema que a él le interesa es otro muy distinto del que tienen por objeto estas páginas.

⁴⁵ Del que se derivaría la existencia de un deber, para cualesquiera terceros, de no ayudar a las autoridades públicas en tales circunstancias. Y un deber, para cualesquiera terceros, de no impedir el hecho en sí.

soluciones conflictivas que nos ocupan, se trata básicamente de si el comportamiento de I o C es punible y en qué medida; por tanto, (b) el enfoque de esta cuestión desde la perspectiva de si N o A tienen un derecho (o incluso un deber) de necesidad y, en consecuencia, I o C tienen un deber de tolerancia no deja de ser innecesariamente complejo; así pues, (c) resulta más correcto dilucidar si I o C, habiendo realizado una conducta típica, obran, por su parte, de modo permitido. En cualquier caso, dado que la doctrina tradicional ha seguido frecuentemente el camino reseñado en la letra (b), tampoco podremos dejarlo completamente de lado.

5. Materiales para la reconstrucción del problema: (4) el deber de tolerancia

1. Aunque lo señalado *supra* (párrafo 5. del apartado 4.) supone establecer un matiz, a mi juicio de cierta entidad, en la tesis que sostiene que las permisiones carecen de ulterior trascendencia, lo cierto es que donde el problema adquiere especial importancia es en el ámbito de las relaciones entre particulares. En este ámbito alguien podría afirmar: las permisiones, en tanto que delimitación del alcance de las prohibiciones, afectan a la relación entre individuo y Estado, sin que de ellas se deriven inmediatamente efectos reflejos para otros individuos. En particular, sin que se generen derechos subjetivos en quienes obran justificadamente que redunden en deberes de tolerancia para los demás. Sin embargo, es cierto que en el caso de algunas causas de justificación (por ejemplo, legítima defensa, ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber) no tendría por qué suscitarse dificultad alguna para afirmar que el deber de tolerancia del afectado es el correlato necesario del reconocimiento del carácter justificado de la actuación del sujeto⁴⁶. Así las cosas, parece preciso reconocer que el problema surge, fundamentalmente, a propósito del estado de necesidad justificante⁴⁷.

⁴⁶ Así, por ejemplo, parece claro que el ejercicio de un derecho requiere, para su propia viabilidad, la existencia de un deber de tolerancia (piénsese, sin más, en el derecho a la libertad de información o expresión; o en el derecho de defensa). Lo mismo sucede a propósito del cumplimiento de un deber (el delincuente que se enfrenta a la autoridad comete el delito de desobediencia o resistencia, o bien alguna de las modalidades del delito de quebrantamiento de condena o medidas cautelares).

⁴⁷ KÜHL, Freiheit und Solidarität bei den Notrechten, en su *Freiheitliche Rechtsphilosophie*, Baden-Baden 2008, pp. 359 y ss., 363, 373-374, reconoce la existencia de un deber moral (y jurídico) de tolerancia, pero sin indicar nada sobre las consecuencias de su infracción.

Con todo, de lo señalado en el apartado anterior se deriva: (a) que el afectado por una conducta realizada en estado de necesidad justificante no puede recabar el auxilio del Estado para sustraerse a ella; (b) que terceros sujetos no tienen deber alguno de ayudarlo a sustraerse de la acción justificada; y (c) que la pregunta abierta sería si tales terceros pueden tener derecho a ayudarlo, es decir, si la participación en la conducta de interrupción podría estar justificada.

2. El deber de tolerancia del afectado por una conducta en estado de necesidad justificante se sostiene, al menos⁴⁸, desde dos perspectivas distintas⁴⁹. La primera toma como punto de partida la afirmación, ya comentada, de que el necesitado tiene un derecho subjetivo, correlato del cual es el referido deber de tolerancia del afectado. La segunda considera que tal deber tiene una naturaleza jurídico-pública, independiente del reconocimiento de un derecho subjetivo al necesitado. Esta segunda perspectiva identifica el deber de tolerancia con el deber general de socorro (o, en su caso, con deberes de garante de mayor entidad). Lo que significa que la infracción del deber de tolerancia sólo puede dar lugar a una sanción por infracción del correspondiente deber, que sería un deber positivo. Expresado de otro modo: la infracción del deber de tolerancia sería un caso de “omisión” de socorro “por comisión”⁵⁰. Nada más. 3. Ahora bien, como se ha señalado reiteradamente, con esta base sólo se puede castigar por vulneración del deber de tolerancia en los ordenamientos jurídicos en los que se ha tipificado la omisión del deber de socorro y en la medida en que lo haya sido. En concreto, si se trata de una situación en la que N obra en estado de necesidad justificante, pero no es posible fundamentar un deber de socorro de I, éste no sería sancionado. Sin embargo, conviene insistir en que cabe que tal deber de socorro no esté

⁴⁸ JOERDEN, Das System der Rechte und Pflichten in Notsituationen und seine Umsetzung im polnischen und im deutschen Recht, en Wolf (Hrsg.), Kriminalität im Grenzgebiet (Band 5/6), Heidelberg 2002, pp. 33 y ss., 55, parte de que un sistema de *deberes de acción* en situaciones de necesidad requiere que exista también un sistema de *derechos de intervención/ deberes de tolerancia*. Añadiendo que, para evitar contradicciones valorativas no se puede exigir más en cuanto a deberes de acción de lo que se exige en cuanto a deberes de soportar.

⁴⁹ HAAS, Kausalität, pp. 234 y ss., 236 y ss., 260 y ss.

⁵⁰ En este sentido, explícitamente HAAS, Kausalität, pp. 260 y ss., 263, quien, del paralelismo entre el § 323 c y el § 34 StGB, deriva la imposibilidad de que la vulneración del deber de tolerancia de la acción salvadora en situaciones de necesidad pueda dar lugar a una imputación del resultado. Esto concordaría con una visión relativamente difundida en la doctrina y que establece un paralelismo entre ambas instituciones, dentro del contexto general de los deberes de solidaridad: NEUMANN, NK, § 34, n° marg. 9 y ss. Ahora bien, lo cierto es que, como es sabido, el estado de necesidad justificante existe en múltiples ordenamientos con independencia de la existencia del delito de omisión del deber de socorro. E incluso allí donde ambos existen, las situaciones de peligro que consideran son distintas: para el caso de los §§ 34 y 323 c StGB, KÜHL, Freiheit, p. 366; JOERDEN, Das System, p. 57. Aunque esto no impide que KÜHL, como otros autores, argumente poniendo en relación ambas figuras (p. 373).

legalmente previsto o bien en que, aunque lo esté, su alcance no coincida con el del estado de necesidad justificante. En efecto, el círculo de situaciones al que se ciñe el deber de socorro es, en general, el de las situaciones de peligro para bienes personales. En cambio, cabe estado de necesidad justificante para la salvaguarda del patrimonio. Así, de acoger la tesis que ahora criticamos, si I o C interrumpen el curso causal salvador de A o N consistente en utilizar agua de la cisterna de I para apagar las llamas que amenazan con destruir la casa y todos los bienes de N, la conducta de aquellos no se podría sancionar de ninguna manera. Ello, a pesar de que ha interrumpido un curso causal salvador permitido por el ordenamiento jurídico.

3. Como puede observarse, las preguntas decisivas siguen siendo las del inicio: ¿está permitido de modo general interrumpir cursos causales salvadores de terceros? ¿es el deber de socorro -allí donde esté tipificado- la única excepción a esa permisón general? ¿está permitido, entonces, interrumpir cursos causales salvadores de terceros que, a su vez, están permitidos? ¿es el deber de socorro -allí donde está tipificado- la única excepción a esta regla general? La doctrina que comentamos críticamente debe responder lo siguiente, para ser coherente. En general, interrumpir cursos causales ajenos (aun atípicos) es atípico: no crea ningún riesgo jurídicamente desaprobado al que quepa imputar un resultado lesivo. Ello vale de modo especial para los cursos salvadores que se injieren en la propia esfera de organización, aunque tales cursos estén permitidos por el ordenamiento jurídico. Tal interrupción sólo puede devenir típica en dos casos: a) en el caso de que así se prevea tipificándola como omisión del deber (positivo) de socorro, lo que, allí donde ha tenido lugar, se circunscribe a situaciones de peligro para bienes personales; y b) o en los casos de concurrencia de deberes (positivos) especiales. En suma, no socorrer e impedir que otro socorra, de modo atípico o permitido, son conductas idénticas.

4. Ahora bien, la conclusión de que la interrupción de cursos causales salvadores ajenos es, en general, atípica, resulta de difícil fundamentación. En mi opinión, quienes afirman que debe reconducirse -salvo deberes positivos especiales- al ámbito general del deber de socorro, han perdido de vista, por un lado, que hay cursos salvadores que están destinados a proteger bienes respecto de los cuales no cabe afirmar la existencia de un deber de socorro (solidaridad interpersonal general). Bienes que, sin embargo, tienen entidad y que, además, pueden efectivamente ser protegidos en estado de necesidad justificante. La interrupción de estos cursos sería, de seguir el criterio

doctrinal criticado, atípica. Pero es que, además, resulta bastante claro que quien impide que otro socorra hace algo más que el que se limita a no socorrer: éste no mejora la situación del bien jurídico; aquél neutraliza una posibilidad existente de mejora, ya incorporada al *statu quo* del bien jurídico: esto es, empeora la situación del bien jurídico.

5. Por lo demás, la interrupción típicamente relevante -incremento del riesgo para el bien jurídico- requiere que el sujeto interruptor lleve a cabo una adaptación de su propia esfera de organización que empeore de modo jurídicamente desaprobado el *statu quo* existente para el bien jurídico ajeno. Esto significa que en ella no se trata de un mero problema causal: de un movimiento corporal que altera, dentro del ámbito de actuación del sujeto, una situación fáctica favorable a la salvación del tercero. Si el movimiento corporal no puede considerarse desvalorado, por ser conforme al modelo estandarizado de acción (deber) del sujeto “interruptor”, entonces no se da un título de imputación típica del resultado lesivo del bien al que no alcanzó el curso salvador.

Por ejemplo, si la puerta de un edificio público ha de estar abierta hasta las ocho de la tarde, debiendo obligatoriamente cerrarse a esa hora, el guarda que la cierra no interrumpe -de modo penalmente relevante- el curso causal salvador de quien pretendía entrar en el edificio a esa hora en punto, para protegerse de la mordedura de una fiera. En lo que habrá incurrido el guarda (¡ahora sí!) será en una omisión del deber de socorro, eventualmente calificada por su intervención causal en los hechos. Sólo si el guarda, que había de cerrar a las ocho, cierra a las ocho menos cinco para evitar la entrada del sujeto en peligro, tiene lugar la adaptación de su conducta a la interrupción del curso de autosalvación y nos hallamos ante una interrupción penalmente típica a la que cabe imputar el resultado lesivo.

Es cierto que en las esferas de organización privadas las posiciones de actuación estandarizada (rol) se hallan en ocasiones mucho menos definidas. De ahí que, en ellas, pueda ser difícil discernir si una actuación concreta interruptora de un curso causal salvador constituye una adaptación desaprobada de la propia conducta, objetivamente orientada a que el resultado se produzca (entonces, imputación típica de éste), o una conducta estandarizada (entonces, mera infracción de deberes positivos, en su caso). Pero las dificultades de determinación en el caso concreto (dificultades de prueba, en última instancia), no obstan a la virtualidad de la estructura.

6. Conclusiones

1. El sujeto I que interrumpe dolosamente un curso causal salvador ajeno realiza, en general, una conducta típica en cuya virtud le es imputable el resultado lesivo derivado de tal interrupción. Pero eso no significa todavía que su conducta típica sea antijurídica.

2. El problema de la interrupción de un curso causal salvador ajeno por parte de un sujeto I en el marco de su esfera jurídica de libertad no tiene una solución única.

3. La conducta de un sujeto N o A, constitutiva de un curso causal salvador ajeno que se injiere en la esfera de libertad de un sujeto I, es típica.

4. Si tal conducta no puede ampararse en ninguna causa de justificación y, por tanto, es antijurídica, su interrupción por parte de I o C, aunque típica, puede estar justificada.

5. Cabe que el curso causal salvador ajeno llevado a cabo por N o por A y que se injiere en la esfera de I esté justificado: por legítima defensa de tercero, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, estado de necesidad agresivo o defensivo.

6. Si el curso salvador ajeno está justificado, su interrupción no podrá, a su vez, justificarse. No cabe esgrimir un estado de necesidad ni frente a la conducta que comporta una legítima defensa de la vida de un tercero, ni frente a la que cumple un deber. Tampoco frente a la conducta de salvaguarda de la vida de tercero justificada por estado de necesidad. Pues es imposible que el mal imputable a la reacción del afectado (la determinación de la producción del resultado lesivo de muerte en el necesitado) no supere al mal sufrido por el referido afectado.

7. En realidad, llamamos infracción del deber de tolerancia al hecho de que I o C, quienes –dentro de la esfera de organización de I- interrumpen el curso causal salvador llevado a cabo por N o por A, realizan una conducta típica (se les imputa el resultado lesivo que acontezca a N) y no justificada.

8. Podría afirmarse que la ausencia de la infracción de un deber de tolerancia es un requisito de la justificación de las interrupciones de cursos causales ajenos. Para afirmarlo no hay por qué entrar en la cuestión de si, en caso de necesidad, existe un

derecho subjetivo a servirse de la esfera jurídica de terceros para la conducción de cursos salvadores⁵¹.

⁵¹ El modelo alternativo, aquí criticado, debería aceptar todos los elementos del siguiente razonamiento. En particular, es importante subrayar que debería acoger la premisa 1, sin la que las conclusiones 3 y 4 caen en la incoherencia:

1. El sujeto I que interrumpe dolosamente un curso causal salvador ajeno realiza, en general, una conducta atípica. En cualquier caso, no le es imputable el resultado lesivo sufrido por el sujeto N, a quien se trataba de salvar mediante el curso interrumpido.

2. Su conducta sólo es típica en la medida en que el ordenamiento jurídico de que se trate haya tipificado un delito de omisión del deber de socorro y para los casos en que éste haya sido previsto.

3. Tipificado el delito de omisión del deber de socorro, en principio no hay diferencia entre la interrupción de cursos salvadores ajenos que tiene lugar dentro o fuera de la propia esfera de organización. En ambos casos, el sujeto responde por omisión del deber de socorro.

4. Cabe que en el caso de interrupción de cursos salvadores ajenos (conductas ajenas en situación de necesidad) dentro de la propia esfera de organización no se den los presupuestos de la omisión de socorro: por ejemplo porque el sacrificio que se le exige al interruptor sea desproporcionado. En tal caso el curso salvador no estaría permitido (no habría, pues, un estado de necesidad justificante). La interrupción de cursos causales salvadores antijurídicos (no permitidos) es atípica, incluso en sistemas que cuentan con el delito de omisión del deber de socorro.

5. La expresión deber de tolerancia no es sino una forma de aludir al deber de socorro en términos de “omisión por comisión”.

6. Una excepción a este planteamiento viene dada sólo por los casos en que quien interrumpe el curso salvador es un garante o por aquéllos en los que el curso interrumpido lo llevaba a cabo un garante. En estos, la responsabilidad se rige por las reglas específicas de las omisiones de garante.

EL TRATAMIENTO PENAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO: ARTS. 109 A 122 CÓDIGO PENAL ESPAÑOL*

María A. Trapero Barreales

Profesora Titular (acr. Catedrática) de Derecho Penal

Isabel Durán Seco

Profesora Contratada Doctora (acr. Profesora Titular) de Derecho Penal

Universidad de León

Resumen: Se abordan los aspectos más controvertidos de la calificada legalmente como responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito, atendiendo principal pero no exclusivamente a la regulación penal. Así, se abordan temas relacionados con la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, su presupuesto y fines, su contenido, las personas que han de asumir esta responsabilidad, de manera directa y de manera subsidiaria, la persona beneficiaria y los efectos que el cumplimiento de esta clase de responsabilidad puede producir en el establecimiento y fijación de la responsabilidad penal.

Palabras clave: resarcimiento del daño causado por un hecho injusto; evitación del enriquecimiento injusto; reparación; restitución; indemnización; responsabilidad por hechos propios; responsabilidad por hechos ajenos; culpa in vigilando; responsabilidad objetiva; responsabilidad directa; responsabilidad solidaria; responsabilidad subsidiaria; perjudicado; efectos penales del cumplimiento de la responsabilidad civil.

Abstract: This paper analyzes the most controversial aspects of the legally called as civil liability arising from crime, and it is based, mainly but not exclusively, on the

* El presente trabajo se inscribe en los proyectos de investigación LE017A08 (Junta de Castilla y León) y DER 2010-16558 (Ministerio de Ciencia e Innovación, financiado con fondos FEDER), de los que el Prof. Dr. D. Miguel Díaz y García Conlledo es el investigador principal, y de cuyo equipo de investigación formamos parte ambas autoras. Indirectamente este trabajo también se inscribe en los Proyectos “Problemas que plantea la aplicación de la normativa reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Propuestas de solución. Especial referencia a Navarra”, financiado por el Gobierno Foral de Navarra, proyecto dirigido por la Profa. Dra. Dña. Inés Olaizola Nogales, y en LE066A11-1 “Tratamiento jurídico del menor. Especial atención al Derecho penal actual (complejidad, seguridad y garantías) y a la situación en Castilla y León”, dirigido por el Prof. Dr. D. Miguel Díaz y García Conlledo, de cuyos equipos de investigación también formamos parte. Con la presente aportación se pretende exponer de manera generalista la regulación penal de la responsabilidad civil derivada del delito, sin ánimo de desarrollar todas y cada una de las cuestiones controvertidas que se suscitan en esta materia, ya que en tal caso se excedería con mucho el objetivo global de este comentario. Por este mismo motivo, el comentario se centra en los arts. 109 a 122 Código Penal español (en adelante CP), no haciendo mención alguna a los problemas relativos al cumplimiento de la responsabilidad civil (este cumplimiento, y el de las demás responsabilidades pecuniarias, se regula en los arts. 125 a 129 CP).

criminal law. It tackles topics related to the legal nature of this responsibility, requirements, purposes, content, people who assume this responsibility (directly and secondarily), the beneficiary and the effects that the fulfillment of this kind of liability can produce in the establishment of the criminal liability.

Keywords: Compensatory damages as a result of the unlawful conduct of another; prevention of unjust enrichment; reparation; restitution; compensation; liability for one's own acts; liability for acts of others or vicarious liability; culpa in vigilando; absolute/strict liability; direct liability; joint and several liability; subsidiary liability; injured; criminal effects of the fulfillment of civil liability.

Sumario: 1. Introducción.- 2. Presupuesto para la apreciación de la responsabilidad civil.- 3. Contenido de la responsabilidad civil derivada del delito.- 4. Las personas responsables civilmente.- 4.1. Responsables civiles directos.- 4.1.1. La responsabilidad civil de los sujetos con responsabilidad penal.- 4.1.2. La responsabilidad civil del asegurador.- 4.1.3. Responsables civiles directos en supuestos en los que el causante del daño está exento de responsabilidad criminal.- 4.1.4. La participación a título lucrativo.- 4.1.5. La responsabilidad civil cuando el responsable penal es mayor de 14 años y menor de 18 años.- 4.2. Los responsables civiles subsidiarios.- 4.2.1. Responsabilidad civil subsidiaria de padres y tutores.- 4.2.2. Responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de medios de difusión.- 4.2.3. Responsabilidad civil subsidiaria, de personas físicas o jurídicas, por hechos sucedidos en sus establecimientos.- 4.2.4. Responsabilidad civil subsidiaria del empresario por hechos cometidos por sus empleados.- 4.2.5. Responsabilidad civil subsidiaria de las personas titulares de vehículos.- 4.2.6. La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas.- 5. Efectos de la reparación del daño en la responsabilidad penal.

1. Introducción

Como es de sobra conocido, la comisión de un delito o falta puede generar, en su caso¹, una doble responsabilidad: la responsabilidad penal o criminal por un lado y la

¹ Se hace la matización desde una doble perspectiva: en primer lugar, porque no siempre que se comete un delito o falta surge la responsabilidad penal. No sucede así si el sujeto no es culpable (y se entiende que la culpabilidad no es un elemento perteneciente a la teoría jurídica del delito). En segundo lugar, porque no siempre que se comete un delito o falta surge la responsabilidad civil. No sucede así si con el delito o falta cometido no se han causado daños o perjuicios: el art. 109.1 CP dispone expresamente que “la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados”. Para el caso de que de un

responsabilidad civil por otro². Así se reconoce de manera expresa en los arts. 109.1 y 116 CP, siendo en este cuerpo legal donde se establecen de manera relativamente detallada las reglas para la determinación de esta última³, aunque existe (prácticamente) unanimidad en que la naturaleza de esta responsabilidad es civil⁴, y en su misma denominación así se reconoce. Derivado de su auténtica naturaleza, habrá que recurrir a la legislación civil (de manera principal, a los arts. 1902 a 1910 CC) para completar las lagunas que presenta el CP en esta materia⁵.

mismo hecho surjan ambas responsabilidades, civil y penal, en los arts. 109.2 y 119 CP se reconoce de manera expresa que las dos acciones para exigir cada una de las responsabilidades pueden ser ejercidas ante la jurisdicción penal a no ser que el perjudicado reserve la acción civil para reclamar por los daños y perjuicios sufridos ante la jurisdicción civil. La posibilidad de que la responsabilidad civil derivada del delito sea reclamable ante dos jurisdicciones diferentes, la penal y la civil, ha originado graves problemas interpretativos, generando un diferente tratamiento de la responsabilidad civil dependiendo de ante qué orden jurisdiccional se ejerce la acción reclamatoria. Sobre todo ello v., ampliamente, por todos, YZQUIERDO TOLSADA, 2008-I: 1068 ss., 1116 ss.

² Para que surja la responsabilidad civil derivada del delito será preciso que se demuestren los tres elementos siguientes: en primer lugar, que el sujeto ha cometido un delito o falta; en segundo lugar, ha de probarse la existencia de unos daños y la cuantía de los mismos; en tercer lugar, habrá de probarse la relación causal entre el delito o la falta cometida y el daño o perjuicio sufrido. En relación con este último elemento, de especial trascendencia es la determinación de la teoría causal que ha de ser utilizada para que quede constatada la relación entre el comportamiento y el daño objeto de responsabilidad civil. También en esta materia se pretende establecer la diferenciación entre la relación de causalidad entre la acción y el daño, planteada desde la teoría de la condición o equivalencia de las condiciones, y la imputación objetiva del hecho dañoso a la acción, como criterios de imputación normativos o valorativos. V., para más detalles sobre el elemento de la causalidad, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, 1998: 78; COBACHO GÓMEZ, 2000: 202 ss.; SERNA MEROÑO, 2000: 282 ss.; MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, 2004: 152 ss., 155 ss., con referencias jurisprudenciales sobre las condiciones de la relación de causalidad y la demostración del daño o perjuicio causado y su cuantía; FUSTER-FABRA, 2005: 35; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 609 s. n. 63, quien expone las teorías civilistas en relación con la teoría causal aplicable para demostrar la conexión causal entre el delito o falta y el daño causado objeto de indemnización; GONZÁLEZ ORVIZ, 2008: 9 ss. Con carácter general, sobre la relación causal entre la acción y el daño susceptible de ser resarcible a través de la responsabilidad civil, proceda o no de una acción constitutiva de delito, REGLERO CAMPOS/MEDINA ALCOZ, 2008-I: 721 ss., 733 ss., 740 ss., 765 ss., 771 ss. Estos autores también se ocupan del desarrollo de la teoría de la pérdida de la oportunidad para resolver los supuestos en los que existen dificultades de distinta índole para demostrar la relación causal (pp. 780 a 822).

³ Sobre la explicación histórica, y posteriormente la mera inercia -porque otras posibles explicaciones apoyadas en argumentos de la judicatura en ningún caso resultan atendibles-, en relación con la ubicación de la responsabilidad civil derivada del delito en el CP, y no en el Código Civil español (en adelante CC), como sería más acertado, v., por todos, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 17 ss., 22; 2008-I: 1070 ss., 1077 ss.

⁴ Para más detalles sobre la discusión doctrinal en torno a la naturaleza civil (tesis absolutamente mayoritaria), penal o mixta (tesis minoritarias), de la responsabilidad civil derivada del delito, v., por todos, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 29 ss.; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, 1998: 79 s.; SERNA MEROÑO, 2000: 272; DE LA FUENTE HONRUBIA, 2003: 228 n. 1; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 594 ss.; ASENSIO MELLADO, 2006: 52 s.; DAUNIS RODRÍGUEZ, 2006: 34 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 609 ss., quienes alegan distintos argumentos para llegar a aquella conclusión. Matiza esta opinión absolutamente mayoritaria QUINTERO OLIVARES, 2004: 24, al afirmar que la naturaleza ya no es puramente civil. Defiende la naturaleza penal de la responsabilidad civil derivada del delito, MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 147 s.

⁵ En el CP hay otros preceptos específicos sobre efectos civiles en relación con delitos en particular: así, descontando los preceptos que se mencionarán más adelante, al hacer referencia al contenido de la responsabilidad civil derivada del delito, en los delitos sexuales, hay un régimen adicional para proceder en orden a la filiación y la fijación de alimentos (art. 193 CP); en los delitos de injurias y

Ambas clases de responsabilidades, que pueden concurrir en un mismo supuesto, tienen un presupuesto y fines distintos, consecuencia también de su diferente naturaleza. Así, el presupuesto de la responsabilidad penal es la culpabilidad, y este es el criterio que se tiene en cuenta en la graduación de la pena aplicable al sujeto, mientras que el de la responsabilidad civil es la existencia de un daño resarcible causado con la comisión de un hecho antijurídico, y es la entidad del daño el criterio a tener en cuenta para determinar la cuantía de la reparación. En cuanto a los fines, aunque sobre este particular no hay consenso, sin entrar en mayores detalles se puede afirmar que la pena

calumnias, en relación con la publicación de la sentencia condenatoria a costa del condenado (art. 216 CP); en el delito de impago de la prestación económica a favor del cónyuge o hijos, en relación con el pago de las cantidades adeudadas (art. 227.3 CP); en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, incluyendo como particularidad la publicación de la sentencia condenatoria a costa del infractor (arts. 272 y 288 CP); en delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, en relación con el efecto atenuatorio de la pena si se repara el daño causado (art. 340 CP). Sobre estos supuestos especiales de responsabilidad civil, v., por todos, QUINTERO OLIVARES, 2002: 125 ss. Otros preceptos del CP también hacen referencia a la responsabilidad civil derivada del delito: por ejemplo, en el art. 382 CP, precepto que regula las relaciones concursales entre algunos delitos contra la seguridad vial y los delitos de resultado lesivo (de homicidio o de lesiones imprudentes), y en el que se establece expresamente que, con independencia de la infracción que resulte aplicable como consecuencia de la aplicación de esta regla concursal, los Jueces han de condenar, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado (sobre la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor -por tanto, no sólo la responsabilidad derivada de la comisión de un delito contra la seguridad vial-, v., ampliamente, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS/PÉREZ FERRER, 2006: *passim*); REGLERO CAMPOS, 2008-II: 54-406. O por ejemplo, en la regulación del comiso, cuando se trata de cosas de lícito comercio, se establece que estos objetos se venderán para aplicar este producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado, salvo que la ley disponga otra cosa (art. 127.5 CP). Por otro lado, la legislación complementaria de la regulación de la responsabilidad civil derivada del delito no se limita al CC, sino que habrá que atender a distintas leyes sectoriales que se ocupan también de estos aspectos: por ejemplo, entre otras, la ley de propiedad intelectual, la ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, la ley de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, la ley de contrabando, la ley sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos... Para más detalles sobre la normativa de complemento/y o de aplicación preferente en el establecimiento de la responsabilidad civil, QUINTERO OLIVARES/TAMARIT SUMALLA, 2008: 750. En otro orden de cosas, la existencia de una doble regulación sobre la responsabilidad civil derivada del delito, y el hecho de que la naturaleza de esta responsabilidad sea civil, ha generado la duda de cómo decidir en qué supuestos ha de ser aplicada la regulación del CP y en qué supuestos ha de aplicarse la regulación del CC (no de manera supletoria, sino directa). Sobre esta cuestión, v., por todos, CARRILLO VINADER, 2000: 396 ss.; COBACHO GÓMEZ, 2000: 172. También la doble dualidad codificadora ha generado disfunciones diversas, desde la discrepancia en cuanto al título de responsabilidad en que incurre el sujeto, si es directa o subsidiaria de la responsabilidad de otro, pasando porque en ocasiones los principios o fundamentos de la responsabilidad parecen diferentes, hasta llegar a las discrepancias o conflictos en aspectos como el de la prescripción de la acción para exigir la responsabilidad civil, al dudarse si el plazo ha de ser el específico y corto previsto para la reclamación de la responsabilidad por daños causados por culpa o negligencia (acción que prescribe al año, arts. 1902 y 1968.2 CC) o es el más amplio para las acciones personales que no tengan estipulado otro plazo de prescripción (acción que prescribe a los quince años, art. 1964 CC). Con carácter general, sobre las diferencias existentes entre el CC y el CP en torno a la regulación de la responsabilidad por el daño causado, v., ampliamente, YZQUIERDO TOLSADA, 2008-I: 1081 ss., 1090 ss., 1098 ss., 1101 ss. Sobre el plazo de prescripción de la acción, v., entre otros, COBACHO GÓMEZ, 2000: 179 ss., 189 ss., con amplias referencias doctrinales sobre el plazo de prescripción y sobre la controversia en torno al momento en que se ha de iniciar dicho plazo; REGLERO CAMPOS, 2008-I: 1209-1341, y en especial 1285-1341; YZQUIERDO TOLSADA, 2008-I: 1104 ss.

persigue fines preventivo generales y especiales (y, en su caso, retributivos), razón que lleva a plantear dicha responsabilidad como personalísima, y no asegurable, mientras que la responsabilidad civil derivada del delito trata de proteger intereses privados, se materializa en la reparación del daño causado, se atiende a los intereses del perjudicado y a remediar el mal que se le ha causado a él, razón que explica que tal responsabilidad no tenga el calificativo de personalísima, pudiendo ser satisfecha por un tercero, directa o subsidiariamente, o de manera solidaria con otros sujetos responsables civiles⁶.

2. Presupuesto para la apreciación de la responsabilidad civil

Este consiste en la existencia de un daño causado como consecuencia de la comisión de un hecho penalmente prohibido (o típicamente antijurídico) por parte del sujeto⁷. La responsabilidad civil va dirigida a la reparación del daño causado, por lo que si con el delito cometido por el sujeto no se causan daños o perjuicios, habrá surgido la responsabilidad penal, en caso de que el sujeto sea culpable (o habrá podido surgir la

⁶ Para más detalles sobre los presupuestos y fines de las responsabilidades, penal y civil, v., entre otros, COBACHO GÓMEZ, 2000, 159 s., 179; MÚRTULA LAFUENTE, 2000: 227; PANTALEÓN, 2001: 189 ss.; IZQUIERDO MARTÍN, 2004: 205 s.; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 599 ss. con amplias referencias doctrinales; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 609. En relación con las funciones que cumple la responsabilidad por daños, REGLERO CAMPOS, 2008-I: 64 ss., incluye, junto a la función reparadora o compensatoria, la función preventivo-punitiva. Por su parte, QUINTERO OLIVARES, 2002: 24 s.; 2004: 17 s., se desmarca de esta diferenciación en cuanto al fundamento y funciones de las responsabilidades penal y civil, al afirmar que todas las normas contenidas en el CP están destinadas a cumplir los objetivos del Derecho penal, por tanto, las normas reguladoras de la responsabilidad civil están incluidas en el CP por causas estrictamente vinculadas a la función y fin del Derecho penal; concluye este autor destacando que las normas sobre responsabilidad civil participan en alguna medida de la *función propia* de las leyes penales (cursiva original).

⁷ De la posibilidad de que alguien sea responsable civil sin ser responsable criminal, QUINTERO OLIVARES, 2004: 18, extrae como conclusión que esto evidencia que el fundamento de la responsabilidad civil no es la comisión de un delito, aunque sea su fuente; la misma idea relativa a que el fundamento de la responsabilidad civil no es la comisión del delito se repite en QUINTERO OLIVARES/TAMARIT SUMALLA, 2008: 747; y ASECIO MELLADO, 2006: 52, también advierte que el origen de la responsabilidad civil no es la comisión de un hecho delictivo, es la conducta que origina un daño civil previsto como tal en las normas de Derecho privado y que exige ser restituido, reparado o satisfechos los perjuicios que produzca. Concluye este autor afirmando que del delito no nace o deriva una responsabilidad civil, sólo deriva la responsabilidad penal, teniendo la primera su origen en un hecho considerado civilmente ilícito, sea o no delictivo. Esta matización ya ha sido puesta de relieve con anterioridad, entre otros, por MONTÉS PENADÉS, 1996: 572, 575, 584, quien afirma que la responsabilidad civil nace del daño, no del delito; YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 30, 32 s., cuando de manera tajante advierte que no es el delito como conducta típica la fuente de la responsabilidad civil, sino que es el hecho dañoso; CARRILLO VINADER, 2000: 391, 392 s.; COBACHO GÓMEZ, 2000: 167, 198 ss., con referencias doctrinales; MÚRTULA LAFUENTE, 2000: 226; PASTOR ÁLVAREZ, 2000: 506; MARTÍN RÍOS, 2004: 291; MIR PUIG, 2009: 34; RODRÍGUEZ RAMOS, 2010: 293; ROIG TORRES, 2010: 168, 355.

responsabilidad criminal en sentido amplio, si se descarta la imposición de una pena por falta de culpabilidad pero sí cabe imponer una medida de seguridad por la peligrosidad criminal que presenta el sujeto -o una medida de seguridad y una pena si el sujeto que ha cometido un delito es semiimputable y peligroso criminalmente-, pero no la responsabilidad civil⁸.

3. Contenido de la responsabilidad civil derivada del delito

Según lo dispuesto en el art. 110 CP, esta responsabilidad puede tener un triple contenido: la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales⁹.

A la restitución se refiere el art. 111 CP¹⁰: supone la entrega al legítimo poseedor o propietario de la cosa de la que ha sido privado en virtud de la infracción, entrega que

⁸ Destacan la independencia entre responsabilidad penal y civil, entre otros, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 612, desde una triple perspectiva: una, porque hay casos en que hay responsabilidad penal, pero no hay responsabilidad civil, como sucede en los delitos no consumados que no llegan a causar perjuicio, en delitos de peligro y en la mayoría de los delitos contra el Estado; dos, porque hay casos en que no hay responsabilidad penal pero sí hay responsabilidad civil, como sucede en los supuestos en los que al sujeto que ha cometido un delito se le aprecia una circunstancia eximente que excluye la responsabilidad penal; y tres, porque se regulan supuestos de responsabilidad civil subsidiaria en los que existe un responsable penal pero la responsabilidad civil recae sobre persona distinta. En cuanto a que los delitos que quedan en fase de tentativa no generan responsabilidad civil, entre otros, COBACHO GÓMEZ, 2000: 200 s.; QUINTERO OLIVARES, 2002: 42; 2004: 18 s.; MIR PUIG, 2009: 33 n. 16; y ROIG TORRES, 2010: 225 s., matizan tal opinión, poniendo como ejemplo la tentativa de homicidio o de lesiones, pues si se dispara a la víctima con dolo de matar o de causar lesiones, fallando el disparo, esta seguramente habrá sufrido una conmoción emocional gravísima y objetiva, un daño por tanto susceptible de reparación. ROIG TORRES cita como ejemplo de que en la tentativa de homicidio sí cabe establecer responsabilidad civil derivada del delito la STS 21-1-2009 (EDJ 2009/10490). Por su parte, MIR PUIG, 2009: 33, también advierte de que en los delitos de peligro sí puede establecerse la responsabilidad civil, porque puede que se haya causado un perjuicio, y a continuación niega que se pueda hacer la equiparación consistente en que sólo en los delitos de lesión y resultado habrá responsabilidad civil, pero no en los delitos de peligro.

⁹ ROIG TORRES, 2010: 100 ss., expone las dudas planteadas en la doctrina sobre la posibilidad de delimitar entre la reparación y la indemnización de perjuicios (dudas que también surgieron en la antigua regulación de la responsabilidad civil derivada del delito en el anterior CP, pp. 96 ss.), para llegar a la conclusión de que la reparación del daño ya no es una forma autónoma de responsabilidad civil, se ha convertido en una figura genérica que abraza las diversas vías de restauración del daño que con anterioridad se encontraban dispersas en el CP y en leyes especiales. Concluye esta autora afirmando que el legislador ha empleado el término reparación en un sentido genérico, abarcando todas las modalidades de subsanación del daño, tanto las específicas como la económica, lo que significa que la indemnización sería una vía concreta dentro del género reparación (pp. 106 ss., 111, con amplias referencias doctrinales sobre esta cuestión).

¹⁰ Sobre la restitución, v., ampliamente, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 82 ss.; RODRÍGUEZ GÓMEZ, 2000: 245 ss.; QUINTERO OLIVARES, 2002: 51 ss.; DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, 2004: 57 ss., 62

ha de referirse al mismo bien del que ha sido desposeído, no uno parecido o el equivalente en términos monetarios (si se recurre a estas otras entregas no estaremos ante la restitución, sino ante la reparación o la indemnización)¹¹. Incluido en el concepto de restitución, en este precepto se establece además la obligación de abonar los deterioros y menoscabos que determine el Juez o Tribunal, términos o expresiones que entran dentro del concepto de indemnización¹².

La restitución procede aunque el bien se halle en poder de un tercero y este lo haya adquirido legalmente y de buena fe (art. 111.1 segundo inciso CP). Como la

ss., 66 ss., distinguiendo entre los delitos contra el patrimonio que generan la obligación de restitución: en los delitos que implican la expropiación violenta o clandestina (robo, hurto), en los que se basan en el aprovechamiento de una relación jurídica existente (apropiación indebida) y en los que se basan en un negocio jurídico criminalizado (estafa); ROIG TORRES, 2010: 118 ss., 126 ss., añadiendo también que esta modalidad de responsabilidad civil se puede apreciar en el delito de malversación de caudales públicos y en el delito de alzamiento de bienes. En cuanto a la genérica definición de la restitución como entrega de la cosa al legítimo poseedor o propietario que se ha visto privado de la misma como consecuencia de la infracción penal, ROIG TORRES, matiza este concepto, ya que en el caso del delito de apropiación indebida el bien no se ha de entregar al que con anterioridad lo poseía, sino a la persona que ha sido despojada de la cosa como consecuencia del acto ilícito, en este caso la restitución consiste en el restablecimiento de la situación jurídica alterada por el hecho delictivo (pp. 118 s.). Sobre la obligación de restitución en los delitos patrimoniales de robo, hurto, estafa y apropiación indebida -salvo en algunas excepciones, como puede ser la estafa de un inmueble cuando el estafador inscribe su título en el registro de la propiedad y luego vende el inmueble a un tercero de buena fe-, con un análisis de las obligaciones civiles que genera, v., ampliamente, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 85 ss., 90 s., con amplias referencias a la doctrina civilista. Admiten la restitución en la estafa, apropiación indebida y el alzamiento de bienes, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, 1998: 86; RODRÍGUEZ GÓMEZ, 2000: 246. Descartan que en la estafa pueda aplicarse la restitución QUINTERO OLIVARES/TAMARIT SUMALLA, 2008: 759. Sobre la restitución en el delito de alzamiento de bienes, v., MONTÉS PENADÉS, 1996: 590 s.; MIR PUIG, 2009: 15-36.

¹¹ La restitución tiene carácter preferente sobre los otros conceptos objeto de la responsabilidad civil, tal como ha reconocido la doctrina. V., para más detalles, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, 1998: 84 s.; RODRÍGUEZ GÓMEZ, 2000: 246 s.; QUINTERO OLIVARES, 2002: 51; QUINTERO OLIVARES/TAMARIT SUMALLA, 2008: 757; DE LA FUENTE HONRUBIA, 2003: 230; FUSTER-FABRA, 2005: 34; DAUNIS RODRÍGUEZ, 2006: 38; GONZÁLEZ ORVIZ, 2008: 42; ROIG TORRES, 2010: 114, 115 ss., 121 s. Matiza esta preferencia MÚRTULA LAFUENTE, 2000: 230, al entender que cuando sea posible llevar a cabo cualquiera de las formas de resarcimiento o reparación del daño, la víctima no puede ser obligada a respetar la elección que pueda realizar el causante del daño, y a la inversa, tampoco se puede obligar al responsable a la reparación en forma específica cuando esta forma resulta excesivamente onerosa en relación con el daño causado.

¹² No entramos a valorar si el abono de los deterioros y menoscabos pertenecen estrictamente al concepto de restitución o al de indemnización. Sobre la primera interpretación, entre otros, MONTÉS PENADÉS, 1996: 592; y defiende la segunda interpretación, entre otros, ALASTUEY DOBÓN, 2006: 606. En cuanto a los conceptos de deterioro y menoscabo, ROIG TORRES, 2010: 137 s., ofrece dos definiciones, en una de ellas la definición amplia de ambos términos supone aplicar sólo la restitución como modalidad de responsabilidad civil derivada del delito, en la otra definición más restringida, para abarcar todos los daños y perjuicios causados, será necesario apreciar la restitución y la indemnización: primera definición (restringida), se limita a los desperfectos sufridos en el objeto sustraído, por lo que los perjuicios que cause la privación del bien se subsumirán en la indemnización; segunda definición (amplia), con estos términos se comprenden los desperfectos y los perjuicios derivados del despojo. Cuestión interesante en relación con esta modalidad de restitución es la relativa a la extensión de la declaración de responsabilidad civil por el juez penal, en concreto, si el juez penal puede o no extenderse a la declaración de nulidad de los títulos que acreditan la propiedad de la cosa objeto de restitución, o de las inscripciones registrales en relación con bienes inmuebles objeto del delito de alzamiento de bienes por ejemplo. Para más detalles sobre esta cuestión, por todos, MÚRTULA LAFUENTE, 2000: 235 ss.; MIR PUIG, 2009: 18 ss., 34 s.; RODRÍGUEZ RAMOS, 2010: 295; ROIG TORRES, 2010: 131 ss.

restitución abarca tanto la entrega del bien como el abono de los deterioros y menoscabos sufridos, surge la duda de si el tercero de buena fe deberá hacer frente o no a ambas responsabilidades¹³, cuestión que tiene consecuencias en cuanto al posterior ejercicio de acciones para restablecer sus derechos: así, si el tercero de buena fe estuviera obligado a restituir la cosa y a abonar los deterioros sufridos, con posterioridad tendría tanto el derecho de repetición¹⁴ como el derecho indemnizatorio para reclamar la cantidad abonada por los deterioros y adicionalmente por los perjuicios que él ha sufrido, frente al responsable civil, mientras que si el tercero de buena fe sólo estuviera obligado a restituir la cosa, en tal caso sólo tendría el derecho de repetición (y, para el caso de que haya sufrido daños y perjuicios por la obligación de restitución, éstos también serán indemnizables).

Esta duda en torno al alcance de la obligación de restitución del tercero de buena fe tiene aún otra manifestación. Porque si los deterioros en el bien han sido causados por una persona distinta del responsable civil y del poseedor/tercero de buena fe obligado a restituir, en tal caso será aquella la persona obligada a abonar los deterioros. Pero la controversia surge para el caso de que esta persona obligada a abonar el menoscabo que ha causado en la cosa no pueda cumplir con tal obligación, pues es objeto de discusión quien ha de asumir en este caso la obligación de abonar los

¹³ MONTÉS PENADÉS, 1996: 592 s., advierte que el tenor literal del art. 111.1 CP sugiere una interpretación no muy justa, y es que el tercero de buena fe ha de hacer frente a la restitución de la cosa y al abono de los deterioros y menoscabos; a la misma conclusión sobre las obligaciones restitutorias del tercero de buena fe llega ALASTUEY DOBÓN, 2006: 606. YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 83, se plantea las dos posibles interpretaciones en torno a si el tercero de buena fe tiene o no que abonar los deterioros y menoscabos sufridos por el bien restituido: a favor de que el tercero de buena fe está obligado a abonar los deterioros cabe alegar el tenor literal del art. 111 CP: “deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el Juez o Tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de un tercero y este lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta”; en contra de esta interpretación cabría argumentar que sólo en el primer inciso se está haciendo referencia al abono de los deterioros sufridos por el bien objeto de la restitución, mientras que en el segundo inciso se estaría mencionando la solución que ha de ofrecerse cuando la cosa ha sido adquirida por un tercero: en este caso el tercero tendrá que restituir, recurriendo a la normativa civil sobre la liquidación del estado posesorio (en concreto, al art. 457 CC: el poseedor de buena fe no responde del deterioro o pérdida de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo; el poseedor de mala fe responde del deterioro o pérdida en todo caso, incluso de los ocasionados por fuerza mayor cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa a su poseedor legítimo). Finalmente, es esta segunda interpretación la que acaba asumiendo este autor, a no ser que el poseedor de buena fe, una vez intimado por el legítimo propietario que demuestra su título y la improcedencia de la posesión, se negara a la devolución, ya que en este caso el cambio de la buena a la mala fe le obligaría a asumir el abono de los deterioros (p. 83 s.).

¹⁴ El derecho de repetición no ha de ejercerse necesariamente frente al responsable civil del delito o falta. También puede ejercerse frente a un tercero, por ejemplo, dirigiéndose contra la persona de quien recibió el bien reclamando la cantidad que ha pagado por la cosa. Así lo reconoce expresamente, ALASTUEY DOBÓN, 2006: 606.

deterioros sufridos por el bien, si ha de ser el responsable civil¹⁵ o ha de ser el poseedor/tercero de buena fe el obligado a la restitución¹⁶.

Si bien en el CP se hace alusión a los deterioros o menoscabos sufridos por el bien restituible, se silencia el tratamiento que ha de adoptarse para el caso de que el bien haya podido experimentar mejoras y/o haya generado frutos. En este caso habrá que recurrir a la normativa civil (arts. 451 a 456 CC) para decidir a quién pertenecen, diferenciando entre el supuesto en que sea el responsable civil o el tercero de buena fe el obligado a la restitución¹⁷.

La obligación de restitución no es ilimitada. Si el bien está en poder del tercero de buena fe, de manera expresa se dispone en el art. 111.2 CP que la obligación de restitución no procede si el tercero de buena fe ha adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos en las leyes para hacerlo irrevindicable¹⁸ (y, obvio es decirlo, en relación con el sujeto que ha sufrido un daño por haber sido desposeído del bien como consecuencia de la comisión de un delito o falta, habrá que recurrir a los otros conceptos de la responsabilidad civil, la reparación o la indemnización, recayendo la obligación en el responsable civil, no en el tercero de buena fe).

A la reparación del daño se refiere el art. 112 CP: podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer (respetándose la clasificación de las obligaciones

¹⁵ V., en este sentido, ALASTUEY DOBÓN, 2006: 607 n. 54.

¹⁶ Defiende esta opinión, CÓRDOBA RODA, 1972: 573, cuando afirma que “si los daños han sido ocasionados por un tercero, al obligado a restituir sólo se le podrá exigir el abono de los deterioros o menoscabos, en defecto de aquél”, y la persona obligada a restituir es también el tercero de buena fe, no sólo el responsable civil.

¹⁷ Si el obligado a la restitución es el responsable civil, no podrá invocar la buena fe y, por tanto, no tendrá derecho a quedarse con los frutos y mejoras que haya experimentado el bien. Pero si el obligado a la restitución es el tercero de buena fe, en este caso sí tiene derecho a hacer suyos los frutos y mejoras. Sobre esta materia, v., entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 84; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 607; ROIG TORRES, 2010: 141. Desde la admisión de que en la restitución también se engloba el dinero QUINTERO OLIVARES, 2002: 52; QUINTERO OLIVARES/TAMARIT SUMALLA, 2008: 758, se plantean si es objeto o no de restitución las ganancias que haya obtenido el autor con ese dinero, distinguiendo entre los intereses y otros beneficios obtenidos: los primeros sí serán objeto de responsabilidad civil, bien a través de la restitución, bien a través del concepto de indemnización, pero en el caso de las demás ganancias no cabe incluirse en el término “frutos” de la cosa, recurriendo estos autores en estos casos no a la responsabilidad civil, sino a la consecuencia accesoria del comiso para resolver este supuesto. Sobre si el dinero es o no susceptible de restitución, o en su caso ha de recurrirse a la indemnización, v., ampliamente, ROIG TORRES, 2010: 121 ss., así como en relación con las cuestiones relacionadas con el pago de intereses (cómputo del devengo de intereses, el recurso al interés legal para calcular los intereses en caso de responsabilidad civil por la comisión de delitos contra la Hacienda Pública, etc.) pp. 141 ss., 148 s.

¹⁸ V., para más detalles, por todos, MONTÉS PENADÉS, 1996: 594 ss.; RODRÍGUEZ GÓMEZ, 2000: 249 ss.; QUINTERO OLIVARES/TAMARIT SUMALLA, 2008: 759; ROIG TORRES, 2010: 152 ss.

recogida en el art. 1088 CC)¹⁹. La obligación de dar, al ser también una forma de resarcimiento de forma específica, puede consistir por ejemplo en la entrega de un bien (distinto de la restitución del bien sustraído), o la entrega de una cantidad de dinero (y que no quepa incluir en el concepto de resarcimiento por el equivalente, incluido en el concepto de indemnización en el art. 113 CP)²⁰. Como ejemplo de esta modalidad se ha citado el pago de las cuantías adeudadas en el delito de impago de prestaciones económicas a favor del cónyuge o hijos, expresamente regulada esta modalidad de reparación en el art. 227.3 CP español²¹. Como ejemplos de obligaciones de hacer específicamente reguladas en el CP, en estos casos obligaciones a costa del responsable civil, cabe citar la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria por la comisión de un delito de injurias y calumnias según lo dispuesto en el art. 216 CP²², o en el art. 272.2 CP para los delitos relativos a la propiedad intelectual²³ o en el art. 288.1

¹⁹ Para más detalles sobre la reparación del daño, v., por todos, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 97 ss.; PACHECO GUEVARA, 2000: 257 ss.; CAVANILLAS MÚGICA, 2002: 55 ss., quien analiza con cierto detalle de qué forma se ha de dar cumplimiento a la reparación del daño en la responsabilidad civil derivada del delito, si ha de recurrirse a la reparación “in natura” de la cosa o si ha de optarse por la reparación por el equivalente; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 607 ss.; ROIG TORRES, 2010: 174 ss., 178 ss., quien, entre otros aspectos, analiza la cuestión relativa a los destinatarios de la reparación, si son todos los perjudicados o sólo los sujetos pasivos del delito. La duda surge porque en el art. 111 CP se omite cualquier referencia a este tema, mientras que en el art. 112 CP, al ocuparse de la indemnización, sí se hace mención de las personas que han de ser indemnizadas, incluyendo a todos los perjudicados, no sólo al sujeto pasivo del delito. Inicialmente esta autora propone que si en la reparación sólo se incluye al sujeto pasivo, en tal caso el resto de perjudicados serán indemnizados, pero finalmente concluye que en la reparación se incluirán a todos los perjudicados. Por su parte, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 613, se limitan a formular que la reparación del daño puede consistir en obligaciones de hacer o de no hacer.

²⁰ Una cuestión teóricamente controvertida pero que en la práctica carece de trascendencia es la relativa a la calificación que ha de darse al caso en el que el bien del que ha sido desposeído el sujeto pasivo del delito no pueda ser restituido, procediendo en su lugar a la entrega de una cantidad de dinero que equivalga al valor del mercado de ese bien, incrementado en su caso atendiendo a la función que el bien cumplía en poder de su propietario: se engloben todos los conceptos en el concepto de reparación o en los conceptos de reparación e indemnización, en cualquier caso el responsable civil habrá de hacer frente a todos los daños derivados del hecho delictivo cometido. V., para más detalles, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 105 ss., quien incluye el valor de afección de la cosa en el concepto de indemnización; DAUNIS RODRÍGUEZ, 2006: 38, refiriéndose a la entrega de dinero cuando la cosa no se puede restituir como modalidad de reparación del daño; QUINTERO OLIVARES/TAMARIT SUMALLA, 2008: 762 s., quienes también incluyen en la reparación del daño la entrega del valor de la cosa cuando esta no se puede restituir, incluyendo en este concepto no sólo el precio de mercado de la cosa, sino también la función que cumplía el bien en poder del propietario. En otro orden de cosas, ROIG TORRES, 2010: 179 s., advierte que la reparación no siempre será dineraria, pues como ahora se dispone en el art. 112 CP, podrá consistir en obligaciones de dar, hacer y no hacer.

²¹ V., en este sentido, ALASTUEY DOBÓN, 2006: 608; ROIG TORRES, 2010: 179.

²² Citan este ejemplo, entre otros, ALASTUEY DOBÓN, 2006: 608; QUINTERO OLIVARES/TAMARIT SUMALLA, 2008: 761, 763. Sobre el régimen de la responsabilidad civil en los delitos de calumnia e injurias, ampliamente, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 354 ss. Y con carácter general, sobre el régimen de la responsabilidad civil por daños al honor (y a otros derechos personales como la intimidad y la propia imagen), v., por todos, YZQUIERDO TOLSADA, 2008-III: 314 ss., 319 ss., 327 ss., 343 ss., 352 ss., 359 ss., 364 ss. 380 ss.

²³ Mencionan este precepto como ejemplo de obligaciones de hacer, entre otros, ALASTUEY DOBÓN, 2006: 608; QUINTERO OLIVARES/TAMARIT SUMALLA, 2008: 761. Sobre la responsabilidad civil

CP para los delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores²⁴; también se han citado como obligaciones de hacer englobadas en el concepto de reparación las obligaciones de demolición de la obra, o de reconstrucción o restauración de la obra, o de restauración del equilibrio ecológico, en los delitos de ordenación del territorio y urbanismo, patrimonio histórico y medio ambiente (arts. 319.3, 321.2, 323.2 y 339 CP)²⁵. En cuanto a las obligaciones de no hacer, se ha reconocido de forma unánime que no resulta fácil pensar en esta modalidad de reparación, ya que, en todo caso, imponiendo una obligación de estas características lo que puede lograrse es evitar que se sigan ocasionando daños o que se ocasionen en el futuro. Esta idea se pone de manifiesto, por ejemplo, en el art. 9 Ley Orgánica (en adelante LO) 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pues las medidas que se pueden adoptar en aplicación de este precepto para hacer cesar las intromisiones que se están produciendo y prevenir intromisiones en el futuro realmente son medidas cautelares, no pertenecen por tanto a la reparación del daño como contenido de la responsabilidad civil derivada del delito²⁶.

en los delitos contra la propiedad intelectual, v., ampliamente, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 360 ss. Y con carácter general, sobre el régimen de responsabilidad por los daños causados en los derechos de propiedad intelectual, v., por todos, YZQUIERDO TOLSADA/ARIAS MÁIZ-III, 2008, 530 ss., 540 ss., 589 ss.

²⁴ Pone este ejemplo, ALASTUEY DOBÓN, 2006: 608. Con carácter general, sobre la responsabilidad civil por daños en los derechos de propiedad industrial, v., por todos, REGLERO CAMPOS, 2008-III: 655 ss., 673 ss., 688 ss., 696 ss., 798 ss., 749 ss., 763 ss. Entre los delitos contra el mercado y los consumidores se engloban conductas de muy diversa índole, desde el delito de secreto de empresa hasta el delito de desabastecimiento de los mercados (por citar solo algunos ejemplos) no pudiendo encontrar un campo genérico al que aludir para explicar la responsabilidad civil por los daños causados. Si acaso el campo más genérico podría ser la responsabilidad civil por productos defectuosos. Para más detalles sobre esta cuestión, v., por todos, PARRA LUCÁN, 2008-II: 423 ss., 434 ss., 434 ss., 474, 558-688.

²⁵ Ejemplos planteados por ALASTUEY DOBÓN, 2006: 608, en relación con la obligación de reconstrucción o restauración de la obra impuesta expresamente en el art. 321.2 CP; QUINTERO OLIVARES/TAMARIT SUMALLA, 2008: 761, en relación con todas las obligaciones mencionadas en el texto. ALASTUEY DOBÓN, 2006: 608, cita aún un ejemplo más de obligación de hacer específicamente previsto en el CP: es la reparación del daño causado en el equilibrio ecológico, art. 340 CP. Ahora bien, nos hemos de plantear si en este precepto se está llevando a cabo una regulación específica de la reparación en su vertiente o contenido de la responsabilidad civil derivada del delito. La duda surge, por un lado, porque ha de tratarse de una reparación llevada a cabo de manera voluntaria por el sujeto, es decir, por su propia iniciativa, no porque se haya impuesto como obligación, y por otro lado, y principalmente, porque en el art. 340 CP se dispone expresamente que la reparación del daño tendrá un efecto atenuatorio de la responsabilidad penal del sujeto. De los efectos atenuatorios de la responsabilidad penal de la reparación del daño volveremos a ocuparnos en el último epígrafe de este trabajo.

²⁶ Reconocen que resulta difícil establecer como reparación del daño una obligación de no hacer, por todos, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 107, quien ha afirmado que “representa un esfuerzo de imaginación del legislador que no alcanzo a comprender”, pues la obligación de no hacer podrá servir para evitar daños futuros o que una conducta dañosa continuada persista, pero no puede servir para resarcir daños ya ocasionados; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 608; QUINTERO OLIVARES/TAMARIT SUMALLA, 2008: 763; ROIG TORRES, 2010: 180, quien señala que mediante una obligación de no hacer no se “repara un daño causado, lo que se hace es “prevenir” un mal futuro (comillas original). En cuanto al posible

Tal como dispone el art. 112 CP, para elegir entre una de estas modalidades de reparación del daño se atenderá a la naturaleza del daño y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable (aunque el uso de este término no es correcto, ya que, como veremos más adelante, el responsable civil no siempre va a coincidir con el culpable del delito o falta)²⁷. No establece el CP español ningún criterio para la fijación del *quantum* de la reparación, lo que ha sido valorado como un acierto²⁸, ya que si se trata de una reparación/resarcimiento en forma específica no hay que determinar cuantía alguna de la reparación, aunque sí habrá que efectuar una valoración del daño. Y será el Juez o Tribunal el que determine si es el responsable civil mismo el que debe cumplir la obligación en que consista la reparación del daño o si puede ser ejecutada dicha reparación a su costa²⁹.

A la indemnización de daños y perjuicios se refiere el art. 113 CP, disponiendo expresamente este precepto (y ya anteriormente en el art. 110.3º CP) que el objeto de la indemnización serán los perjuicios materiales y morales. Esta terminología no concuerda con la que de manera simplificada se utiliza en la doctrina, si bien se puede aventurar que con el término perjuicio material se estará aludiendo a los daños patrimoniales, genéricamente definidos como los que producen un daño o menoscabo

ejemplo de obligación de no hacer citado en el texto, el art. 9 LO 1/1982 dispone que, con el objetivo de poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate, restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, y para prevenir o impedir intromisiones ulteriores en los derechos a los que se refiere la ley, se podrán adoptar medidas cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima. Según VÁZQUEZ GONZÁLEZ, 1998: 87 s., nos encontramos ante una medida de seguridad, no una obligación de no hacer que pueda englobarse en la reparación del daño; para ALASTUEY DOBÓN, 2006: 609, si bien inicialmente afirma que estamos ante una obligación de no hacer, finalmente reconoce que se trata de una medida cautelar, lo que no es lo mismo que la condena a indemnizar los perjuicios causados, a la que también se refiere este precepto; ROIG TORRES, 2010: 181, también reconoce que las medidas previstas en el art. 9 LO 1/1982 son medidas cautelares, por tanto, son distintas a las obligaciones decretadas por el juez en la sentencia.

²⁷ Advierten de lo erróneo de utilizar el término culpable en este ámbito, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 104; MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 150; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 609 n. 61; ROIG TORRES, 2010: 176 s. Desde otra perspectiva, también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 613, advierten sobre la utilización de este término en lugar del responsable civil, “lo que resulta una poco tranquilizadora confusión entre responsabilidad penal y civil, sobre todo si se establece que el juez puede obligar al culpable a que las cumpla por él mismo y no a su costa; con ello se proporciona un cierto contenido punitivo a la responsabilidad civil, antes que restaurador de la situación anterior”.

²⁸ V., en este sentido, ALASTUEY DOBÓN, 2006: 609.

²⁹ Advierte YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 98 s., de la falta de coordinación entre la regulación penal y la regulación civil en relación con las obligaciones de hacer y de no hacer, pues en el art. 1098 CC se establece que si el obligado a hacer una cosa no la hiciera, se mandará ejecutar a su costa, mientras que en el art. 112 CP se determina que será el Juez el que decida si la obligación será cumplida por el sujeto o se ejecutará a su costa. Sobre esta cuestión, ROIG TORRES, 2010: 182, advierte de todas formas que los trabajos forzosos están desterrados del ordenamiento jurídico español, por tanto nunca cabrá constreñir al responsable a hacer esas prestaciones en contra de su voluntad; habrá que aplicar la normativa civil sobre el cumplimiento de obligaciones: si el obligado no cumple, lo hará un tercero a su costa o se resarcirá económicamente al perjudicado (p. 185).

valuable en dinero sobre intereses patrimoniales del perjudicado, abarcando tanto el daño emergente como el lucro cesante³⁰, mientras que con el término daños morales se estaría haciendo referencia a los daños también catalogados como extrapatrimoniales, esto es, daños que afectan a bienes o derechos cuya naturaleza no es patrimonial, mencionándose a veces en esta categoría una subdivisión según si los daños repercuten mediatamente o no sobre el patrimonio³¹: a los segundos se les denomina daños morales puros, y como ejemplos se pueden citar el dolor por la pérdida de un ser querido, el sufrimiento físico, la disminución de condiciones o aptitudes físicas como la salud, estética, sexualidad, aptitud para el deporte, el sentimiento de la dignidad lastimada o vejada, el deshonor, el desprestigio, la deshonra, el descrédito³². Un supuesto que ha podido llegar a alcanzar el grado de categoría autónoma es el de los daños corporales, pues atendiendo a los conceptos que en ella se engloban, por un lado se estaría ante daños que repercuten en el patrimonio del sujeto, mientras que por otro nos encontramos ante daños que afectan a un bien inmaterial como es la integridad física y

³⁰ Para más detalles sobre el daño o perjuicio material, su concepto, determinación, etc., v., por todos, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 111 ss.; SERNA MEROÑO, 2000: 280 ss.; CAVANILLAS MÚGICA, 2002: 76 ss.; VICENTE DOMINGO, 2008-I: 326 ss., 330 ss.; ROIG TORRES, 2010: 195 ss.

³¹ Así, MONTÉS PENADÉS, 1996: 602, diferencia entre daño moral indirectamente económico, aquel que aminora la actividad personal y debilita la capacidad para obtener riqueza, abarcando la disminución de la clientela como consecuencia del descrédito consecutivo a la imputación o a la acción lesiva o la disminución de la potencialidad de la víctima para el trabajo y, en consecuencia, de su rendimiento económico, y el daño moral en sentido estricto, que no tiene repercusión económica, incluyendo en este término el simple dolor moral, el ansia, la inquietud, la preocupación, el deshonor, la tristeza, la melancolía; SERNA MEROÑO, 2000: 288 s., haciendo referencia a esta diferenciación desde la perspectiva jurisprudencial; CAVANILLAS MÚGICA, 2002: 89 ss., planteando esta subdivisión desde la perspectiva de los daños causados al honor y la intimidad, entre otros bienes jurídicos personales. Con carácter general sobre esta subdivisión, ALASTUEY DOBÓN, 2006: 610; ROIG TORRES, 2010: 190 ss., 211 ss., quien hace alusión a la antigua doctrina y jurisprudencia sobre esta materia. Para más detalles sobre los daños extrapatrimoniales o morales, v., ampliamente, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 118 ss.; SERNA MEROÑO, 2000: 285 ss.; CAVANILLAS MÚGICA, 2002: 87 ss., haciendo un estudio de tal concepto indemnizatorio en relación con los delitos contra el honor, la intimidad, la libertad, la libertad sexual, en otros delitos que protegen bienes jurídicos eminentemente personales y en delitos patrimoniales; MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, 2004: 156 ss., 175 ss., 179 s., con amplias referencias jurisprudenciales; DAUNIS RODRÍGUEZ, 2006: 42, relacionando la obligación de indemnizar desde la perspectiva de (alguno de) los delitos que protegen bienes jurídicos eminentemente personales; QUINTERO OLIVARES/TAMARIT SUMALLA, 2008: 766 s.; VICENTE DOMINGO, 2008-I: 336 ss.; ROIG TORRES, 2010: 211 ss., 223 ss., quien enumera además los delitos en los que se ha establecido jurisprudencialmente la indemnización por daños morales, no sólo en aquellos delitos que protegen bienes jurídicos eminentemente personales, sino también en delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico y en delitos de falsedades. En relación con el surgimiento o no del derecho a indemnización por daños morales en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, hemos de citar el siguiente Acuerdo no jurisdiccional del pleno de la Sala 2ª Tribunal Supremo (en adelante TS) 20-12-2006: "Por regla general no se excluye la indemnización por daños morales en los delitos patrimoniales y es compatible con el art. 350.1.6 CP" (en la fecha del acuerdo, este artículo tipificaba la estafa agravada por revestir especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia).

³² Sobre los conceptos englobados bajo el término de daños morales puros, v., entre otros, CAVANILLAS MÚGICA, 2002: 89 ss.; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 610; ROIG TORRES, 2010: 212.

la salud (además de que algunos conceptos incluidos en los genéricamente denominados daños corporales hacen referencia a los que anteriormente han sido denominados daños morales puros)³³. Si bien en un principio puede parecernos irrelevante la inclusión en una categoría u otra de los daños y perjuicios objeto de indemnización, ya que, como se ha advertido con anterioridad, los arts. 110 y 113 CP extienden de manera expresa la indemnización a los daños morales, de lo que hemos de deducir que con este término también están incluidos la subcategoría citada con anterioridad relativa a los daños morales puros, habiéndose así superado la antigua doctrina que descartaba la posibilidad de que se indemnizara con una suma pecuniaria por estos daños morales³⁴, la cuestión sí tiene relevancia, vista desde una perspectiva práctica (y sobre la que volveremos al final de este apartado), en concreto en relación con la prueba de los daños y perjuicios causados susceptibles de ser indemnizados: de relativa fácil prueba en el caso de daños con repercusión patrimonial, de imposible prueba en el caso de daños morales puros.

En el art. 113 CP también se mencionan los destinatarios de la indemnización: el agraviado, sus familiares (del agraviado) y terceros. Se trata de una enumeración innecesaria y poco aclaratoria, pues si bien inicialmente con el término agraviado se estaría aludiendo al sujeto pasivo del delito, esto es, la persona titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito³⁵ (y, desde esta perspectiva, el sujeto que ha

³³ Para la doctrina resulta dudosa la caracterización de los daños físicos o corporales, si pertenecen al ámbito de los perjuicios materiales o al de los morales. Sobre esta cuestión, ampliamente, ROIG TORRES, 2010: 191 ss. Incluyen los daños corporales entre los perjuicios materiales, entre otros, MOLINA BLÁZQUEZ, 2002, 151; DAUNIS RODRÍGUEZ, 2006, 40. De otra opinión, VICENTE DOMINGO, 2008-I: 326, quien incluye a los daños corporales dentro de la genérica categoría de los daños extrapatrimoniales. Por su parte, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 110, califica los daños corporales como categoría “fenomenológicamente autónoma”, porque los daños corporales pueden tener consecuencias pecuniarias (gastos médicos, de farmacia, rehabilitación, pérdida de ganancias, etc.) y no pecuniarias (dolor físico, perjuicio estético, perjuicio sexual, pérdida de agrado, etc.), si bien posteriormente reconduce la cuestión al punto de vista de las consecuencias, que distingue entre daños materiales y daños morales. Para más detalles sobre los daños corporales, y los conceptos que se engloban en esta categoría, v., ampliamente, SERNA MEROÑO, 2000: 289 ss.; CAVANILLAS MÚGICA, 2002: 80 ss.; VICENTE RODRÍGUEZ, 2008-I: 347 ss., 352 a 372; ROIG TORRES, 2010: 205 ss., quien enumera tales conceptos desde una perspectiva jurisprudencial: gastos hospitalarios, quirúrgicos, médico-farmacéuticos, imposibilidad de dedicarse al trabajo u ocupación habitual durante los días necesarios para la curación, sufrimientos padecidos, físicos y morales, secuelas resultantes -gran invalidez, imposibilidad, total o parcial, temporal o permanente, para el trabajo, pérdida de miembros u órganos, deformidades, prótesis...-, gastos de curación, asistencia médica, tratamiento farmacéutico, atención hospitalaria, intervenciones quirúrgicas, ambulancia y otros medios de transporte.

³⁴ Sobre la antigua doctrina y jurisprudencia que descartaba la indemnización de los daños morales puros, v., entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 118 ss.; ROIG TORRES, 2010, 213 s.

³⁵ Esta es la definición de agraviado ofrecida, entre otros, por SERNA MEROÑO, 2000: 300 s.; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 610 s.; QUINTERO OLIVARES/TAMARIT SUMALLA, 2008: 769. YZQUIERDO TOLSADA, 1997, 135, define agraviado como el sujeto pasivo de la infracción penal cuya acción u omisión ha desembocado en el perjuicio resarcible. Resulta más correcta jurídicopenalmente la primera de las definiciones mencionadas, ya que, en ocasiones, en las infracciones penales se puede diferenciar

sufrido los daños indemnizables), con el consecuente problema de establecer quién puede reclamar los perjuicios materiales y morales causados con la comisión de un delito que tiene como sujeto pasivo del delito (agraviado) a una pluralidad de personas (son los delitos que protegen bienes jurídicos supraindividuales, o colectivos)³⁶ resulta evidente que este no es el único sujeto que puede sufrir daños y perjuicios como consecuencia de la comisión de una infracción penal, o, incluso, también puede darse el caso de que el sujeto pasivo del delito no sea el destinatario de la indemnización por daños y perjuicios³⁷, motivo que ha llevado al legislador a mencionar como posibles destinatarios de la misma a los familiares y, sobre todo, de los terceros. Quizás hubiera resultado suficiente con que se hubiera recurrido al concepto genérico de perjudicado³⁸

entre sujeto pasivo de la acción, persona sobre la que recae la acción típica -y porque sea la persona sobre la que recae la acción típica no necesariamente ha de sufrir un perjuicio material o moral por ello-, y el sujeto pasivo del delito, el titular del bien jurídico protegido. Con carácter general, en relación con las personas legitimadas para ejercitar la acción indemnizatoria de los daños y perjuicios, GÓMEZ CALLE, 2008-I: 932 s., diferencia entre víctima y perjudicado, el primer término haría referencia a quien padece el daño de manera directa, y el segundo término comprendería a todo el que padece un perjuicio a resultas del hecho dañoso, sea de forma directa (en este caso habría coincidencia entre víctima y perjudicado), sea de manera mediata o como efecto indirecto del daño o mal causado de manera directa a otro.

³⁶ QUINTERO OLIVARES/TAMARIT SUMALLA, 2008: 754, ponen de relieve la dificultad de determinar quién puede ejercitar la acción civil como perjudicado por el delito en aquellos tipos penales que protegen bienes jurídicos de carácter social o colectivo, como por ejemplo el medio ambiente, el mercado, el urbanismo, pues el reconocimiento del ejercicio de la acción civil a todos los ciudadanos (ya que a todos los ciudadanos perjudican este tipo de actuaciones que dañan el medio ambiente, o el mercado...) puede resultar abusivo, pero también resulta insatisfactorio limitar el ejercicio de la acción civil a algunas personas que hayan soportado de manera directa los efectos del daño.

³⁷ Esto es lo que sucederá en relación con el delito de homicidio, si atendemos a la explicación que suele ofrecerse en la doctrina en el sentido de que la indemnización a los familiares o a terceras personas perjudicadas por la muerte de una persona (el sujeto pasivo del delito) no surge por ser los herederos del fallecido, sino que el derecho a la indemnización surge de manera directa, por ser los perjudicados directamente por la muerte de esa persona. Sobre esta cuestión, v., entre otros, MONTÉS PENADÉS, 1996: 604 ss., haciendo referencia a la evolución jurisprudencial que se ha producido en esta materia; YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 137 ss.; CAVANILLAS MÚGICA, 2002: 102 ss., 113 ss., con análisis de los conceptos que se suelen incluir en la indemnización a los perjudicados en caso de muerte (gastos sanitarios y funerarios, desamparo económico y daño moral); MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, 2004: 181 ss., con amplias referencias jurisprudenciales, citando a continuación grupos de casos de perjudicados directos en caso de fallecimiento del sujeto pasivo; GÓMEZ CALLE, 2008-I: 934 ss., 938 ss., con mención de las personas que están legitimadas por derecho propio a reclamar la indemnización en caso de fallecimiento de la víctima; QUINTERO OLIVARES/TAMARIT SUMALLA, 2008: 768; ROIG TORRES, 2010: 224 s., 251 ss., 262 ss. (también haciendo referencia a los distintos conceptos indemnizatorios en caso de muerte).

³⁸ YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 135, define el perjudicado como “el sujeto pasivo del daño civil indemnizable o el titular del interés directa o inmediateamente lesionado por el ilícito civil generador de obligaciones que, además es delito” (definición extraída de la Sentencia TS 18-1-1980, RJ 104); SERNA MEROÑO, 2000: 273; y MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 612, definen el concepto de perjudicado (que no siempre coincide con la víctima del delito ni con el sujeto pasivo del delito -este último es el titular del bien jurídico protegido-) como la persona a quien se extienden los efectos del delito y está legitimado para ejercer la acción civil correspondiente. Sobre los sujetos que pueden tener la consideración de perjudicados por el delito, por haber sufrido daños o perjuicios, materiales o morales, v., ampliamente, YZQUIERDO TOLSADA, 1997, 135 ss.; SERNA MEROÑO, 2000: 300 ss., 307 ss.; GÓMEZ CALLE, 2008-I: 933 ss., 948 ss., centrandó su análisis en relación con los perjudicados para el caso de que la víctima muera o sufra lesiones; ROIG TORRES, 2010: 167 ss., 170 ss., hace una amplia exposición sobre

para hacer referencia a que todo el que sufra un perjuicio material y/o moral tendrá derecho a ser indemnizado. Pues si bien se reconoce que con este término perjudicado no se está concretando quién tiene derecho a la indemnización, tampoco con la técnica utilizada en el art. 113 CP se resuelve satisfactoriamente esta cuestión, al reconocer tal derecho tanto al agraviado como a los familiares (que resulten perjudicados)³⁹ como a cualquier tercero⁴⁰, y, sobre todo, porque para determinar cuándo los familiares⁴¹ o un

el concepto de perjudicado, diferenciándolo del sujeto pasivo del delito, incluyendo a la compañía aseguradora del perjudicado -sobre la legitimación de la compañía aseguradora del perjudicado para ejercitar la acción civil de reclamación de daños y perjuicios en el proceso penal cuando aquella haya satisfecho las cantidades derivadas del seguro, véase el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2ª TS 30-1-2007-, analizando supuestos diversos, en particular sobre la posibilidad de que lo sea también la Administración cuando la víctima es un funcionario (pp. 246 ss.). Sobre la consideración de perjudicados a los testigos del delito, CAVANILLAS MÚGICA, 2002: 101 s.

³⁹ El art. 113 CP se está refiriendo a los familiares del agraviado que hayan sufrido algún perjuicio material o moral directamente como consecuencia de la comisión de un delito. Cuestión diferente es la relativa a la transmisibilidad de la acción para reclamar los daños y perjuicios cuando la persona agraviada ha fallecido y no puede ejercitar tal acción; en este caso el derecho pasa a sus familiares o, más propiamente, a sus herederos, para reclamar los daños y perjuicios sufridos por el agraviado. V., para más detalles, por todos, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 135 s.; SERNA MEROÑO, 2000: 301 s.; GÓMEZ CALLE, 2008-I: 954 ss.; ROIG TORRES, 2010: 262 ss.

⁴⁰ Que se definirá como el sujeto que, no siendo agraviado ni familiar del agraviado, haya sufrido de manera directa un perjuicio como consecuencia de la comisión de un delito. Esta es la definición propuesta por ALASTUEY DOBÓN, 2006: 612. DAUNIS RODRÍGUEZ, 2006: 40, ofrece otro concepto de tercero que no resulta del todo satisfactorio: sujeto que convive, depende o tiene lazos afectivos con la víctima. Sobre distintos supuestos que pueden ser englobados en el concepto de terceros perjudicados, v., ampliamente, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 141 ss.; SERNA MEROÑO, 2000: 307 ss.; ROIG TORRES, 2010: 247 ss.

⁴¹ La referencia a los familiares del agraviado como posibles sujetos con derecho a reclamar los perjuicios materiales y morales no es muy clarificadora, pues la principal cuestión que puede surgir, a qué familiares se estaría reconociendo tal derecho, queda totalmente abierta. Para resolver esta duda no se podrá recurrir al posible concepto de familia que pueda derivarse del propio CP, por ejemplo, recurriendo a las relaciones de parentesco mencionadas en la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP. En este sentido, ALASTUEY DOBÓN, 2006: 611, descarta el recurso a la circunstancia mixta de parentesco para establecer el círculo de los familiares con derecho a la indemnización, ya que aunque así se hiciera, en cualquier caso otros familiares ajenos a las relaciones parentales mencionadas en el citado precepto penal pueden tener derecho a la indemnización en caso de haber sufrido un perjuicio directo, recurriendo para ello al concepto de tercero perjudicado. Tampoco de esta simple referencia a los familiares del agraviado se deduce sin más que se exija alguna condición o circunstancia de la que poder deducir el derecho a reclamar posibles indemnizaciones, como por ejemplo, que se condicione a que haya convivencia entre el agraviado y los familiares, o a que se mantengan relaciones afectivas, o a que haya una situación de dependencia (si bien se reconoce que estos elementos pueden servir para facilitar la prueba del perjuicio sufrido). En resumidas cuentas, en la delimitación de los familiares que tendrán derecho a reclamar por daños y perjuicios habrá que recurrir al concepto de perjudicado. Para una exposición sobre los familiares con derecho a la indemnización como perjudicados directos, v., por todos, CAVANILLAS MÚGICA, 2002: 117 ss.; SERNA MEROÑO, 2002: 303 ss.; MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, 2004: 181 ss., con amplias referencias jurisprudenciales en caso de familiares perjudicados por la muerte de la víctima, así como los supuestos en los que concurren varios perjudicados; GÓMEZ CALLE, 2008-I: 938 ss., quien también se centra en el análisis de los familiares perjudicados cuando la víctima fallece; REGLERO CAMPOS, 2008-I: 598-636, desde la perspectiva de los familiares mencionados en el anexo relativo al sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, incluido en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor; ROIG TORRES, 2010: 270 ss., quien analiza las relaciones familiares y si se hace depender o no el reconocimiento de este derecho de

tercero tienen derecho a reclamar la indemnización habrá que recurrir necesariamente a su condición de perjudicado por el hecho delictivo.

Tal condición de perjudicado, así como la existencia misma de los perjuicios materiales y morales sufridos, habrán de ser probados en el correspondiente procedimiento en el que se ejercite la acción civil para su reclamación (sea en el procedimiento penal, sea en el posterior procedimiento civil). No resulta fácil determinar la cuantía de los perjuicios sufridos por la acción dañosa, en particular cuando se trata de los perjuicios morales, y muy especialmente en el caso de los denominados perjuicios morales puros. El CP ofrece poca información sobre los criterios a tener en cuenta para la fijación de esta cuantía, y sobre los posibles conceptos que pueden englobarse en los genéricamente calificados perjuicios materiales y morales, pues el art. 114 CP dispone sólo que el importe de la indemnización deberá moderarse si la víctima ha contribuido con su conducta a la producción del daño. En este precepto se está regulando la institución de la compensación por culpas, de importancia en Derecho privado para llevar a cabo un reparto equitativo del daño y con un criterio exclusivamente de equilibrio patrimonial⁴², pero que no tiene aplicación en el establecimiento de la responsabilidad penal, donde entran en juego intereses públicos⁴³. Tampoco en el art. 115 CP se establecen parámetros para la determinación de la cuantía de la indemnización, sólo se prevé la obligación del Juez o Tribunal de razonar las bases en que fundamenta la cuantía de los daños y la indemnización de los mismos, indicando

que se mantengan relaciones afectivas, no siendo necesaria la convivencia, así como el problema relativo a la posible concurrencia entre varios parientes en el derecho a la indemnización.

⁴² Sobre la usualmente denominada concurrencia de culpas en el Derecho privado, v., ampliamente, MONTÉS PENADÉS, 1996: 609 ss.; YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 149 ss., 156 ss.; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, 1998: 89 ss.; ALGARRA PRATS, 2000: 333 ss., 339 ss., con referencias jurisprudenciales (y sobre la interpretación del art. 114 CP, pp. 345 ss.); QUINTERO OLIVARES, 2002: 137 ss.; QUINTERO OLIVARES/TAMARIT SUMALLA, 2008: 769 ss.; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 612; REGLERO CAMPOS/MEDINA ALCOZ, 2008-I: 908 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 613 s.; ROIG TORRES, 2010: 339 ss., analizando el art. 114 CP desde la perspectiva jurisprudencial, en particular en relación con las infracciones en las que se ha aplicado -delitos imprudentes y delitos dolosos-.

⁴³ No podemos ocuparnos en este lugar de la controvertida cuestión relativa a la posible relevancia penal de la conducta de la víctima en la posible atenuación o, en su caso, exclusión de la responsabilidad penal del sujeto que ha cometido un delito. Tan sólo nos limitaremos a indicar que este problema está relacionado con el tratamiento de los distintos supuestos englobados bajo los términos de autopuesta y heteropuesta en peligro de la propia víctima, de muy diferente respuesta doctrinal, desde planteamientos más extremos que recurren a consideraciones de victimodogmática hasta propuestas que tratan de resolver las distintas situaciones imaginables desde los criterios de la imputación objetiva, como problemas de tipicidad objetiva por tanto. Para más detalles sobre las distintas opiniones doctrinales, v., ampliamente, LUZÓN PEÑA, 2012: 220 ss. En otro orden de cosas, en relación con la operatividad del art. 114 CP en la fijación/moderación de la cuantía indemnizatoria, IZQUIERDO MARTÍN, 2004: 207 s., recurre al art. 114 Código Penal español para moderar la responsabilidad civil en el supuesto de que el sujeto haya actuado amparado por una causa de justificación incompleta, citando al respecto el caso resuelto por la STS 2-10-2002 (RJ 8686) relativo a un supuesto de exceso intensivo en la legítima defensa.

que la cuantía puede ser fijada en la misma resolución o en el momento de la ejecución⁴⁴. Como la fijación de la cuantía pertenece al ámbito de la apreciación subjetiva, no se podrá revisar en casación la cifra que haya estipulado el Juez, pero sí se podrán revisar las bases en las que se haya apoyado para determinarla⁴⁵. La ausencia de pautas interpretativas para la fijación de los conceptos indemnizatorios y su cuantía se ve compensada con la existencia de legislación civil complementaria reguladora de determinadas actividades de riesgo en las que se contienen normas, a veces muy detalladas, sobre la cuantificación de los daños y perjuicios causados a las personas, incluidos los daños morales, normativa que si bien en principio tendrá un ámbito de aplicación delimitado, para una determinada actividad de riesgo, puede ser utilizada como método auxiliar en la fijación de indemnizaciones derivadas de otras actividades dañosas. Así, por ejemplo, en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, se incluye un anexo con un sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación; se trata de varias tablas actualizadas anualmente en las que se especifican las indemnizaciones que corresponden a los perjudicados por muerte, lesiones permanentes e incapacidades temporales⁴⁶.

⁴⁴ Sobre la interpretación del art. 115 CP, v., ampliamente, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 163 ss.; LARROSA AMANTE, 2000: 358 ss., 379 ss.; GONZÁLEZ ORVIZ, 2008: 44 s.; ROIG TORRES, 2010: 288 ss., 302 ss., con amplias referencias jurisprudenciales.

⁴⁵ Así lo reconocen, entre otros, ALASTUEY DOBÓN, 2006: 612 s.; QUINTERO OLIVARES/TAMARIT SUMALLA, 2008: 765. Sobre el control casacional de la indemnización de daños y perjuicios, v., ampliamente, CAVANILLAS MÚGICA, 2002: 68 ss., quien recoge el planteamiento general en esta materia: sólo es revisable en casación las bases que han servido para fijar la indemnización, pero no la cuantía indemnizatoria establecida, si bien a continuación hace referencia este autor a varios pronunciamientos judiciales del TS que desvirtúan esta afirmación; ROIG TORRES, 2010: 283 ss., 302 ss., quien advierte que la suma se puede impugnar cuando ha habido error en su cuantificación o la cifra rebasa lo pedido por las partes, y recoge la tesis del TS en torno a la posibilidad de revisar el monto concedido atendiendo al principio de razonabilidad y a la interdicción de arbitrariedad cuando no se enmarque dentro de los márgenes en que la indemnización resulta razonable.

⁴⁶ Sobre los distintos problemas suscitados doctrinal y jurisprudencialmente en torno a la aplicación de estos baremos, en particular sobre su obligatoriedad, y las dudas sobre su posible inconstitucionalidad resueltas por la Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, de 29 de junio, v., ampliamente, SERNA MEROÑO, 2000: 295 ss.; CAVANILLAS MÚGICA, 2002: 72 ss.; MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 153 s.; MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, 2004: 165 ss.; REGLERO CAMPOS, 2008-I: 449 ss., 468 ss., 490 ss. Este autor lleva a cabo un análisis exhaustivo sobre las tablas recogidas en el anexo relativo al sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados en accidentes de circulación incluidos en el Real Decreto Legislativo 8/2004; VICENTE DOMINGO, 2008-I: 406 ss., 414 ss., 417 ss.; ROIG TORRES, 2010: 305 ss. Esta autora confirma que los baremos se han utilizado por los Tribunales como criterios orientativos para fijar la cuantía de la indemnización, también al margen de los casos de circulación de vehículos a motor, pp. 221 ss., 297 ss., 329 ss.

4. Las personas responsables civilmente

Una de las consecuencias que se derivan de la diferente naturaleza y fundamento de las responsabilidades, penal y civil, se manifiesta en las personas que pueden ser obligadas a asumir tales responsabilidades. Que coincidan ambas en la misma persona es sólo una de las posibilidades que pueden plantearse en el caso concreto.

Como se indicó en otro momento, la responsabilidad civil no es personalísima, ni recae exclusivamente en la persona que sea responsable penalmente, en su caso. En los arts. 116 a 122 CP⁴⁷ se recogen las reglas que sirven para determinar quién es el que responde civilmente, de manera directa o subsidiaria, por los daños causados con la comisión de un delito o falta.

4.1. Responsables civiles directos

4.1.1. La responsabilidad civil de los sujetos con responsabilidad penal

El primer supuesto de responsabilidad civil directa se halla regulado en el art. 116 CP: la persona criminalmente responsable de un delito o falta también lo será civilmente si de tal hecho se derivan daños y perjuicios (entendiendo estos conceptos en el sentido descrito en el art. 110 CP: abarcando por tanto la restitución, la reparación y la indemnización de perjuicios materiales y morales).

A este respecto pueden plantearse diversas situaciones: en primer lugar, el hecho delictivo del que se derivan daños y perjuicios es cometido por una sola persona. Se trata del caso más sencillo en el establecimiento de los sujetos responsables: este sujeto habrá de responder penalmente del delito cometido y, a la vez, responderá civilmente de

⁴⁷ Los arts. 116 a 122 CP se ubican sistemáticamente en el Capítulo II, dedicado a las personas civilmente responsables, del Título V, relativo a la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y las costas procesales, del Libro I CP. Pareciera que los únicos responsables civiles, directos y subsidiarios, son los que se deducen de la enumeración realizada en aquellos preceptos. También podría recibir el calificativo de responsable civil directo, aunque sea un responsable *sui generis*, el tercero de buena fe que ha adquirido legalmente el bien susceptible de restitución: desde la perspectiva del sujeto que ha sido desposeído del bien como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo, el tercero de buena fe tiene la obligación de restituir, una obligación directa y personal, aunque con posterioridad él pueda ejercer las acciones pertinentes derivadas del derecho de repetición y de indemnización por daños y perjuicios contra quien corresponda (la persona de la que ha recibido legalmente el bien restituido y/o el responsable civil); este supuesto no se menciona en los preceptos citados anteriormente, sino que aparece en la regulación de la restitución, en el art. 111 CP.

la totalidad de los daños y perjuicios causados (y con obligación de restitución y/o de reparación en su caso). En segundo lugar, el hecho delictivo causante de los daños y perjuicios es cometido por varias personas, pudiendo añadirse un elemento diferenciador más, atendiendo al grado de participación en el hecho delictivo: se puede estar ante un caso de coautoría o de (co)autoría y participación, y entre las formas de participación, de uno o varios sujetos, pueden concurrir el inductor, el cooperador necesario y/o el cómplice. En este segundo supuesto habrá que establecer, por un lado, la distribución o reparto cuantitativo de la responsabilidad civil entre los distintos intervinientes y, por otro lado, las relaciones que habrán de establecerse entre los distintos sujetos responsables penalmente para el caso de que alguno de ellos no cumpla con la obligación civil impuesta.

En relación con el primer aspecto, en el art. 116.1 CP se establece que, para el caso de que sean dos o más los responsables del delito o falta, los Jueces habrán de señalar la cuota de que deba responder cada uno de ellos. En esta regla no se discrimina entre las distintas formas de intervención en el hecho delictivo, si se trata de un autor y uno o varios partícipes y, en este caso, de qué modalidades de participación se trata, pero esta diferenciación podría ser tenida en cuenta por el Juez en el ejercicio de su libre arbitrio a la hora de fijar la cuota de la que deba responder cada uno de los sujetos intervinientes en el hecho delictivo⁴⁸. Esta regla de distribución cuantitativa de la responsabilidad civil entre dos o más responsables penales resulta de (relativa) fácil aplicación cuando la responsabilidad consiste en la indemnización por perjuicios materiales y morales⁴⁹, pero resulta complicada en casos de restitución y, en ocasiones,

⁴⁸ La distinción entre las diferentes formas de intervención en el hecho delictivo del que se derivan los daños y perjuicios podrá estar justificada desde la consideración de que a diferente forma de intervención (generalmente) le corresponde una mayor o menor responsabilidad en los daños causados. Sobre esta cuestión, GONZÁLEZ ORVIZ, 2008: 12; y RODRÍGUEZ RAMOS, 2010, 298, señala que la fijación de la cuota de responsabilidad civil se realizará atendiendo al daño que la conducta de cada uno de los sujetos haya producido, y no tanto en la incidencia del hecho delictivo; ROIG TORRES, 2010: 360, advierte que, al tratarse de una obligación de naturaleza civil, la cuota de cada partícipe habrá de ser proporcional a su contribución al daño, “aportación que puede no ser igual a la que haya tenido en la infracción penal”, pues la responsabilidad civil depende de la importancia de cada conducta para la producción de daños y perjuicios.

⁴⁹ YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 179 ss., analiza distintas situaciones problemáticas que pueden surgir en la aplicación de este precepto, desde el supuesto en que el Tribunal no haya fijado en la sentencia la cuota que corresponde a cada uno de los intervinientes hasta el supuesto en que la calificación jurídica del hecho generador de la responsabilidad civil sea diferente para cada uno de los sujetos. Sobre estas cuestiones también CARRILLO VINADER, 2000: 408 ss., 413 s.; MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 55 s. haciendo referencia al primero de los problemas, cuando el Juez no fija la cuota de la que ha de responder cada responsable civil; ROIG TORRES, 2010: 360 ss., con amplias referencias jurisprudenciales.

de reparación, atendido el contenido de las obligaciones que pueden incluirse en ella⁵⁰. La fijación de la cuota de la que ha de responder cada responsable penal tiene relevancia, no tanto desde la perspectiva del beneficiario de la indemnización como desde la perspectiva del ejercicio del derecho de repetición, a la vista de las relaciones internas que se pueden establecer entre los obligados civiles, como veremos a continuación⁵¹.

En cuanto al segundo aspecto, las relaciones entre los diversos responsables civiles, el art. 116.2 CP establece una norma de difícil entendimiento: porque por una parte diferencia entre autores y cómplices⁵² para disponer, a continuación, que “cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables” añadiéndose en un segundo párrafo que “la responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores y, después, en los de los cómplices”⁵³. De esta confusa redacción se han llegado a plantear tres posibles interpretaciones: una, desde la

⁵⁰ Hacen esta advertencia, entre otros, CÓRDOBA RODA, 1972: 597; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 615 n. 73; RODRÍGUEZ RAMOS, 2010: 298.

⁵¹ Así lo destacan, entre otros, MONTÉS PENADÉS, 1996: 618 s.; GONZÁLEZ ORVIZ, 2008: 12.

⁵² Sobre la interpretación de los términos autores y cómplices, recurriendo para ello a los arts. 28 y 29 CP (por tanto, en el concepto de autor se incluye a los que lo son en sentido propio -autor unipersonal, autor mediato y coautores- y los que son asimilados a los autores a efectos de pena -inductor y cooperador necesario-, v., por todos, QUINTERO OLIVARES, 2002: 147 s.; MIR PUIG, 2009: 36; ROIG TORRES, 2010: 374.

⁵³ Críticamente sobre la regulación contenida en el art. 116.2 párrafo primero CP, v., por todos, MONTÉS PENADÉS, 1996: 619, quien afirma que “la expresión es imperfecta y francamente mejorable”, añadiendo que el régimen de la solidaridad ha de ser extraído del CC, y en esta materia el CP no pretende introducir un sistema ni un elemento nuevo. Si en el establecimiento de la responsabilidad civil derivada del delito lo relevante no es la forma de intervención en el delito del que se derivan los daños y perjuicios, sino la entidad o relevancia de la conducta realizada por cada sujeto en relación con el daño indemnizable, entonces no se explica que se siga manteniendo la diferenciación en las relaciones, de solidaridad y subsidiariedad, de autores y cómplices entre sí y de autores respecto de cómplices y viceversa; si el fin último es ofrecer la máxima protección al sujeto perjudicado (como reconoce, por todos, MONTÉS PENADÉS, 1996: 619), debería haberse optado por el establecimiento de la relación de solidaridad entre todos los responsables civiles (aunque es una cuestión discutida, esta parece ser la interpretación que se ha extendido con carácter general en relación con el régimen aplicable para el caso de que sean varias las personas responsables civilmente en los daños extracontractuales -a falta de una regulación expresa en otro sentido-. Sobre esta cuestión, v., ampliamente, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 188 ss., muy crítico con esta extensión del régimen de la solidaridad entre responsables civiles; 2008: 1101 ss.; GÓMEZ CALLE, 2008-I: 966 ss., 971 ss.), fijando la cuota que corresponda a cada uno de los responsables para el posterior ejercicio de la acción de repetición en su caso. En cuanto al párrafo que establece que la responsabilidad subsidiaria se hará efectiva, primero en los bienes de los autores y luego en los de los cómplices, no acaba de entenderse el mantenimiento de esta regla que se explicaba cuando los responsables penales se clasificaban en tres categorías, autores, cómplices y encubridores, pero que, como han señalado, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, 1997, 185; y MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 155, resulta absurda cuando los responsables penales son de dos clases, autores y cómplices, ya que sólo pueden responder subsidiariamente unos por otros; ROIG TORRES, 2010: 373, quien afirma que ya no tiene sentido la precisión de este párrafo, resultando difícil de conciliar con la solidaridad prevista en este mismo artículo 116 CP.

literalidad del mencionado segundo párrafo, frente al perjudicado han de responder de manera principal y directa los autores, en caso de que éstos no hagan frente a esta obligación responderán los cómplices (responsables subsidiarios)⁵⁴; dos, las relaciones de solidaridad y subsidiariedad mencionadas en el art. 116.2 CP son aplicables a las relaciones internas entre los distintos obligados civilmente a reparar los daños y perjuicios, mientras que desde la perspectiva de la persona perjudicada todos los sujetos obligados han de responder de manera solidaria, sea cual sea el título de participación que hayan tenido en el hecho delictivo, esto es, la persona perjudicada podrá dirigirse contra uno, varios o todos los obligados de manera indistinta en la reclamación de la totalidad de los daños y perjuicios⁵⁵; y tres, y esta parece la tesis más acertada, la solidaridad y subsidiariedad van referidas a las relaciones internas y externas con el perjudicado: los autores son responsables solidarios entre sí, por lo que el perjudicado podrá reclamar a cualquiera de ellos por la totalidad de la deuda asignada a los autores, y los cómplices son responsables solidarios entre sí, por lo que el perjudicado podrá reclamar a cualquiera de ellos por la totalidad de la deuda asignada a los cómplices. A su vez, los autores son obligados subsidiarios respecto de la cuantía indemnizatoria asignada a los cómplices, para el caso de que estos no cumplan, y a la inversa, los cómplices son obligados subsidiarios respecto de la cuantía asignada a los autores⁵⁶.

Sea cual sea la forma como hayan de entenderse las relaciones entre los distintos obligados civilmente, en el art. 116.2 tercer párrafo CP se alude expresamente al

⁵⁴ Defiende esta tesis, entre otros, QUINTERO OLIVARES, 2008: 782, cuando afirma que “el perjudicado puede dirigirse indistintamente contra cualquiera de los autores, y ulteriormente contra los cómplices, a los que sólo se les puede obligar tras haber intentado la ejecución en los bienes de los autores”, añadiendo a continuación que las relaciones de solidaridad y subsidiariedad no afectan al derecho del perjudicado, sino a las acciones interiores de repetición entre los responsables civiles; RODRÍGUEZ RAMOS, 2010: 298, si bien se está refiriendo a la relación con las víctimas del delito, aclarando que en este caso la responsabilidad civil se ejercerá primero contra los autores y luego contra los cómplices, “pues para estos casos está prevista la subsidiariedad en el art. 116.2”. Por su parte, ROIG TORRES, 2010: 379 ss., alude a que esta es una de las líneas jurisprudenciales defendidas en la interpretación del art. 116 CP.

⁵⁵ V., en este sentido, CARRILLO VINADER, 2004: 404 ss., 418 ss., 421 s.; parece defender la misma interpretación GONZÁLEZ ORVIZ, 2008: 12. Sobre esta línea interpretativa defendida por la jurisprudencia, ROIG TORRES, 2010: 378 s.

⁵⁶ Defienden esta interpretación, MONTÉS PENADÉS, 1996: 620 s.; YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 185 s.; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, 1998: 93; MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 155; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 615 s.; DAUNIS RODRÍGUEZ, 2006: 44 s. ROIG TORRES, 2010: 372 ss., 377 s., quien añade que también esta ha sido otra de las líneas interpretativas defendidas jurisprudencialmente. La relación de subsidiariedad entre los obligados civilmente es entendida de manera diferente por QUINTERO OLIVARES, 2002: 148, ya que afirman que del incumplimiento de la cuota asignada a un autor responden los demás autores de manera subsidiaria, y lo mismo sucederá entre los cómplices, pero del incumplimiento de todos los autores no responden subsidiariamente los cómplices, y tampoco del incumplimiento de todos los cómplices van a responder subsidiariamente los autores.

derecho de repetición que tiene el responsable civil que haya pagado una cantidad mayor de la que le corresponde frente a los demás sujetos, derecho de repetición en relación con las cuotas pagadas por él y que habían sido fijadas por el Juez en relación con cada uno de los restantes responsables civiles.

El art. 116.3 CP, de nueva incorporación como consecuencia de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del CP, alude al régimen de responsabilidad civil para el caso de que se declare la responsabilidad penal de una persona jurídica: la persona jurídica que sea responsable penalmente de un hecho delictivo también será responsable civil de los daños y perjuicios causados de forma solidaria con las personas físicas que hayan sido condenadas por el mismo hecho delictivo. Se trata de una regla de fácil comprensión, al reconocer la responsabilidad solidaria de todos los responsables civiles⁵⁷, si bien habrá que entender que también en este caso el Juez deberá fijar la cuota que corresponde a cada uno de los responsables civiles, la/s persona/s física/s y la persona jurídica, con el consiguiente derecho de repetición a favor de la persona jurídica en el caso de que esta haya hecho frente a toda la cuota indemnizatoria.

No se menciona en el art. 116 CP qué régimen de responsabilidad se aplicará para el caso de que concurra algún sujeto responsable civil subsidiario de alguno de los autores y/o cómplices responsables civiles directos: el responsable civil subsidiario, ¿ha de asumir la cuota asignada por el Juez al sujeto responsable civil directo? ¿o ha de asumir toda la responsabilidad civil a la que está obligado el responsable civil directo caso de que sean varios los sujetos intervinientes en el hecho delictivo -resultando aplicables las reglas de la solidaridad y subsidiariedad mencionadas en el art. 116.2 CP-
¿⁵⁸

⁵⁷ No se puede descartar que en relación con las personas físicas condenadas por el hecho delictivo se pueda diferenciar entre autores y cómplices, en cuyo caso la regla específica prevista en el art. 116.3 CP tiene aplicación preferente frente a la regla contenida en el art. 116.2 CP: todas las personas físicas, sea cual sea su grado de intervención en el delito, y la persona jurídica responden de manera solidaria frente al perjudicado.

⁵⁸ A favor de recurrir a la segunda de las soluciones, por tanto, el responsable civil subsidiario se sitúa en la misma posición que el responsable civil directo, sometiéndose a las mismas relaciones de solidaridad y subsidiariedad que este cuando en el hecho delictivo causante de los daños intervienen varios sujetos, MONTÉS PENADÉS, 1996: 620; YZQUIERDO TOLSADA, 1997, 187; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 616; ROIG TORRES, 2010: 382 ss., con amplias referencias jurisprudenciales a favor de esta tesis.

4.1.2. La responsabilidad civil del asegurador

Siguiendo con el orden legal establecido, en el art. 117 CP se hace mención de la responsabilidad civil directa del asegurador hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o pactada contractualmente en los casos en que, como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo, se produzca el evento que determina el riesgo asegurado. Queda a salvo el derecho de repetición del asegurador contra quien corresponda⁵⁹. Esta previsión representa la extensión legal al ámbito de la responsabilidad civil derivada del delito de la acción directa del perjudicado frente al asegurador instaurada con carácter general en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro (arts. 73 ss.)⁶⁰.

En la fijación del alcance de la responsabilidad civil directa del asegurador, también a efectos de fijar la responsabilidad civil directa derivada de la comisión del delito causante del daño por parte del asegurado, ha de estarse a la normativa reguladora de los seguros voluntarios y de los distintos seguros obligatorios existentes en distintos ámbitos de la actividad. En relación con los primeros, es preciso tener en cuenta lo dispuesto en el art. 76 Ley contrato de seguro: el perjudicado podrá exigir directamente al asegurador el cumplimiento de la obligación de indemnizar el daño causado, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que el daño sea debido a conducta dolosa de este. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra este⁶¹. De esta regulación se desprende la diferenciación que ha de hacerse entre

⁵⁹ Sobre los posibles sujetos frente a los que el asegurador puede ejercitar el derecho de repetición, principalmente frente al asegurado, pero también frente a otras personas, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 232 ss., haciendo referencia especial a las personas frente a las que cabe ejercitar el derecho de repetición en los seguros en la circulación de vehículos a motor y en el de caza; BARCELÓ DOMÉNECH, 2000: 449 ss.

⁶⁰ Así lo reconocen, por todos, MONTÉS PENADÉS, 1996: 624; YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 199 s.; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 617; QUINTERO OLIVARES, 2008: 780; ROIG TORRES, 2010: 385 s.

⁶¹ Con carácter general, sobre el seguro de responsabilidad civil, v., ampliamente, REGLERO CAMPOS, 2008-I: 1349-1547. Especialmente interesantes resultan los problemas que pueden suscitarse en relación con la intervención de los aseguradores, voluntarios u obligatorios, en el procedimiento penal en el que se está dilucidando si el asegurado ha cometido o no el hecho delictivo susceptible de ser calificado como riesgo asegurado del que derivar la acción indemnizatoria frente a aquellos: problemas que van desde su propia personación en el procedimiento penal hasta las excepciones que los aseguradores pueden oponer frente a la reclamación del perjudicado (y que no se refieren solamente a las mencionadas expresamente en el art. 76 Ley contrato de seguro, sobre la culpa exclusiva del perjudicado). Para más detalles sobre estas y otras cuestiones, v., ampliamente, además del autor anteriormente mencionado, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 199 ss., 215 ss., 219 s., 220 s., 221 ss., quien analiza con cierto detalle las cláusulas limitativas de la cobertura del seguro más habituales, siguiendo la siguiente esquematización:

la relación asegurador-asegurado por un lado y asegurador-perjudicado por otro: como se ha indicado por la doctrina, el derecho del perjudicado a la acción directa contra el asegurador es autónomo en relación con el que tiene el asegurado frente al asegurador; aquel derecho tiene como presupuesto el contrato de seguro, pero no nace de dicho contrato, sino del hecho que causa el evento determinante de la obligación de indemnizar. El asegurador puede oponer al asegurado las excepciones que se deriven del contrato, pero no al perjudicado⁶². Que la obligación de indemnizar del asegurador abarca supuestos o situaciones no “cubiertas” por el seguro voluntario queda demostrado con la previsión contenida en el propio art. 117 CP en relación con el derecho de repetición a favor del asegurador, pues este derecho sólo tiene sentido cuando este ha tenido que hacer frente a la responsabilidad indemnizatoria más allá de lo pactado en el contrato de seguro, y el ejercicio del mismo podrá tener como sujeto reclamado al asegurado o a un tercero (el art. 117 CP se refiere al derecho de repetición “contra quien corresponda”).

En cuanto a la responsabilidad civil directa del asegurador en relación con seguros obligatorios, merece una mención especial, por la generalización del mismo, el seguro de suscripción obligatoria para la conducción de vehículos a motor y ciclomotores, regulado en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la

extensión objetiva, extensión subjetiva, extensión espacial y extensión cuantitativa; BARCELÓ DOMÉNECH, 2000: 432 ss., 436 ss.; QUINTERO OLIVARES, 2002: 159 ss.; ROIG TORRES, 2010: 284 ss., 393 ss., con cita jurisprudencial sobre la responsabilidad directa de las compañías de seguros así como sobre las excepciones oponibles.

⁶² Con carácter general sobre el art. 76 Ley de contrato de seguro, v., por todos, REGLERO CAMPOS, 2008-I: 1473 ss. Defienden la aplicación de este precepto en la delimitación del alcance de la responsabilidad civil directa del asegurador, entre otros, MONTÉS PENADÉS, 1996: 624 ss.; YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 207 ss.; BARCELÓ DOMÉNECH, 2000: 437 ss., 441 ss., con cita jurisprudencial a favor de esta interpretación; CAVANILLAS MÚGICA, 2002: 159 ss.; DE LA FUENTE HONRUBIA, 2003: 237; ALASTUEY DOBÓN, 2006, 618 s.; GONZÁLEZ ORVIZ, 2008: 14 ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, 2010: 299, quien advierte que el asegurador no está obligado a indemnizar al asegurado por un siniestro causado por la mala fe de este, pero sí responderá frente a los perjudicados en el caso del daño debido a una conducta dolosa del asegurado; ROIG TORRES, 2010: 397 ss., 405 ss., con amplias referencias jurisprudenciales sobre esta cuestión, así como en relación con la interpretación de estas cláusulas como limitativas de derechos para que se acepten de manera específica por escrito. De otra opinión DAUNIS RODRÍGUEZ, 2006: 46 s., aunque considera que la solución propuesta es muy progresista y defensora de los intereses del perjudicado, pero puede resultar una interpretación bastante extensiva del art. 117 CP. Por su parte, MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 157, es de la opinión que, gramaticalmente, el art. 117 CP no hace responder de manera directa al asegurador frente al perjudicado en todos los casos, sino sólo cuando el delito cause el evento concreto que se aseguró, pudiendo el asegurador oponer al perjudicado las excepciones objetivas que podría oponer frente al asegurado. En opinión de esta autora, esta interpretación hace que la acción que reconoce el art. 117 CP sea de contenido más limitado que la que concede el art. 76 Ley contrato de seguro. Concluye afirmando que parece más adecuado interpretar el precepto penal desde una perspectiva ajena a la problemática del seguro.

circulación de vehículos a motor. La interpretación del art. 117 CP habrá de plantearse en consonancia con lo dispuesto en los arts. 5 a 8 de esta ley, lo que significa que, en relación con el perjudicado, el asegurador habrá de hacer frente de manera directa a la responsabilidad civil derivada de la conducción del vehículo por parte de una persona que carece del permiso de conducir, o por un sujeto que utiliza de manera ilegítima el vehículo (salvo el supuesto en que el vehículo haya sido robado), o cuando el conductor del vehículo se encuentra bajo los efectos del alcohol o drogas⁶³. Además, el asegurador deberá asumir la responsabilidad civil directa en la misma medida en que resulte responsable el conductor del vehículo, para lo que cual habrá de recurrirse a lo dispuesto en el art. 1 Real Decreto Legislativo 8/2004, según el cual el conductor será responsable de los daños causados a las personas o bienes con motivo de la circulación. En el apartado 4º de este precepto se especifica que no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes. Estamos ante una redacción que no resulta ajena a la discusión interpretativa, ya que puede suscitarse la duda de si quedan fuera de la responsabilidad civil los delitos contra la seguridad vial, por tratarse de delitos dolosos (aunque el resultado lesivo derivado de su comisión generalmente se imputará a imprudencia), o si lo que se pretende excluir de la responsabilidad civil son los daños derivados de la comisión de delitos dolosos cuando el sujeto actúa con dolo directo de primer grado. Sobre este particular merece destacarse el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2ª TS 24-4-2007 en el siguiente sentido: “No responderá la aseguradora, con quien se tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil, cuando el vehículo de motor sea el instrumento directamente buscado para causar daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor”⁶⁴.

⁶³ Para más detalles sobre la responsabilidad civil y seguro obligatorio en la circulación de vehículos a motor, y en particular sobre los riesgos cubiertos y excluidos, v., por todos, SAINZ-CANTERO CAPARROS/PÉREZ FERRER, 2006: 147-213, preferentemente 177 ss.; REGLERO CAMPOS, 2008-II: 54-406, y en especial 96 ss., 139 ss., 170 ss., 202 ss.

⁶⁴ V., para más detalles sobre la forma de interpretar los daños causados con motivo de la circulación y la exclusión cuando el vehículo se utiliza como instrumento para la comisión de un hecho delictivo doloso contra personas y bienes, entre otros, MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 158 s.; ALASTUEY DOBÓN, 2006, 620 s. n. 84; ROIG TORRES, 2010: 409 ss., quien expone la evolución sufrida en la interpretación jurisprudencial hasta llegar al Acuerdo citado en el texto. En el nacimiento de la responsabilidad civil de la aseguradora se han discriminado entre los delitos dolosos contra la seguridad vial, que sí dan lugar a dicha responsabilidad, y los delitos de homicidio y lesiones cometidos con dolo directo, en cuyo caso no habrá responsabilidad civil de la aseguradora porque el vehículo se usa como arma para atacar a personas y cosas.

4.1.3. Responsables civiles directos en supuestos en los que el causante del daño está exento de responsabilidad criminal

Como ya se advirtiera anteriormente, de la distinta naturaleza y fundamento de las responsabilidades, civiles y penales, se derivan las dos consecuencias recogidas en el art. 118 CP: la posibilidad de que responda civilmente un sujeto que no ha cometido el hecho delictivo así como la posibilidad de que se establezca tal responsabilidad civil aunque el autor del hecho causante de los daños no sea declarado responsable penalmente⁶⁵.

En efecto, en el art. 118 CP se disponen las reglas que han de regir para el establecimiento de la responsabilidad civil en los casos en los que se aprecie alguna de las causas de exención de la responsabilidad criminal previstas en el art. 20 CP⁶⁶:

⁶⁵ Lo dispuesto en este precepto debe completarse con el art. 119 CP, que establece que en los supuestos previstos en el artículo anterior, el Juez o Tribunal que dicte sentencia absolutoria porque haya estimado que concurre alguna de las eximentes mencionadas, procederá a fijar las responsabilidades civiles salvo que se haya hecho reserva de las acciones para reclamarlas en la vía que corresponda. La previsión del art. 119 CP no está exenta de dificultades de tipo procedimental, sobre todo para el caso de que la apreciación de una de las causas de exclusión de la responsabilidad penal se haga antes de la celebración del juicio oral, pues en tal caso el procedimiento se finalizará con auto de sobreseimiento, sin llegar a la sentencia, en este caso absolutoria de la responsabilidad penal pero declarando la responsabilidad civil, caso de que se hayan ejercitado conjuntamente ambas acciones. Sobre estos y otros problemas que pueden surgir para la operatividad del art. 119 CP, v., entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 257 ss., 260 ss.; 2008-I: 1126 ss., 1130 ss.; DOMINGO MARTÍNEZ, 2000: 545 ss.

⁶⁶ En el art. 118 CP se enumeran las distintas causas de exclusión de la responsabilidad criminal que, sin embargo, no implican la exclusión de la responsabilidad civil. De esta enumeración resulta que las tradicionalmente denominadas causas de exclusión de la culpabilidad (anomalía psíquica, trastorno mental transitorio, intoxicación plena por consumo de alcohol o drogas, síndrome de abstinencia, alteración grave de la conciencia de la realidad, miedo insuperable) tienen como único efecto la exclusión de la responsabilidad penal, pero no la responsabilidad civil, lo que se justifica en el hecho de que el sujeto amparado por una de estas eximentes sí ha cometido un hecho injusto, aunque no sea culpable "penalmente" del mismo. En la enumeración de eximentes de la responsabilidad penal pero no de la civil se incluye también al estado de necesidad, una eximente que ya no afecta a la culpabilidad del sujeto, sino a la antijuridicidad de su conducta, y que excepcionalmente, como veremos posteriormente en el texto, no produce los efectos de todas las causas de justificación, a saber, la exclusión de toda responsabilidad jurídica. Del tenor literal del art. 118 CP se deduce que sí queda excluida la responsabilidad civil cuando el sujeto actúa amparado por una causa de justificación. Y así lo reconoce la doctrina unánimemente. V., entre otros, QUINTERO OLIVARES, 2002: 150; 2008: 784; 2008: 784; IZQUIERDO MARTÍN, 2004: 208 ss.; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 621 n. 85; DAUNIS RODRÍGUEZ, 2006: 46; GONZÁLEZ ORVIZ, 2008: 22 s., en relación con la legítima defensa y el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (con cita jurisprudencial en el mismo sentido). Quedaría aún por mencionar una categoría más en relación con las causas de exclusión de la responsabilidad penal y, en su caso, de la responsabilidad civil, las causas de atipicidad penal. De manera más amplia, en relación con las genéricamente denominadas causas de atipicidad y las causas de justificación, y desde la primera categoría, sobre las eximentes que excluyen todo tipo de responsabilidad, penal y extrapenal, y las que sólo excluyen la responsabilidad penal, pero no la responsabilidad extrapenal -habiendo, por tanto, responsabilidad civil-, LUZÓN PEÑA, 2002: 111 ss., 118 s., 120 s., 122 ss., y en relación con la segunda categoría, ampliamente LUZÓN PEÑA, 1996: 574 ss., 577; 2012: 340 ss.

Apreciación de las eximentes de anomalía o alteración psíquica permanente, trastorno mental transitorio y alteración grave de la conciencia de la realidad por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia

Según lo dispuesto en el art. 118.1.1ª CP, son también responsables ... quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho⁶⁷, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte, y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables⁶⁸. Tan solo el fundamento de esta norma resulta claro, al hacer depender la responsabilidad civil de los sujetos que ejercen la potestad o guarda del inimputable de la culpa o negligencia, entendidas en su significado civil, que el sujeto haya podido cometer en el ejercicio de estas obligaciones⁶⁹. Pero el resto de la regla resulta de difícil comprensión, primero, porque no se sabe a ciencia cierta con qué sujetos comparten esta responsabilidad civil, ya que literalmente se establece que estos sujetos *también* serán responsables civiles (¿acaso son responsables también los inimputables?), segundo, porque se reconoce de manera expresa que su responsabilidad civil se establecerá sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pueda

⁶⁷ Resulta preciso advertir que las causas de inimputabilidad mencionadas en el art. 118.1.1ª CP no siempre van a suponer que el sujeto afectado esté bajo la guarda o custodia de un tercero, derivándose de esta manera la posibilidad de exigir a este la responsabilidad civil por los daños causados por el sometido a su guarda o custodia. De entrada, porque el concepto de inimputabilidad penal no implica necesariamente que el sujeto tenga que ser incapacitado civilmente. En otro orden de cosas, la posibilidad de extender la responsabilidad civil al guardador de hecho es una de las novedades del CP 1995, en comparación con la regulación contenida en el CP anterior. V., más ampliamente sobre la responsabilidad civil del guardador de hecho, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 246 ss. Sobre la interpretación de los conceptos de Derecho Civil, los titulares de la patria potestad, tutela, guarda, v., por todos, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2000: 461 s., 462 ss., quien además analiza la posibilidad de que otras personas puedan ser responsables civiles subsidiarias: los legitimados para instar la incapacitación y no lo hacen, los que han podido solicitar el internamiento en un centro psiquiátrico, los hospitales donde ingresan los incapacitados y los médicos que tratan al inimputable (pp. 466 ss., 471 ss., 474 ss., 476 ss.).

⁶⁸ La doctrina civilista destaca la falta de coordinación entre este supuesto de responsabilidad civil directa y el similar regulado en el art. 1903 CC (los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda, y los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía): porque en el caso de que se aplique la regulación penal, en principio las personas que tienen bajo su potestad o guarda al inimputable sólo serán responsables si se demuestra su negligencia o falta de diligencia, mientras que si se aprecia la regulación civil se partirá de que tales personas son responsables civiles salvo que demuestren que no ha habido negligencia por su parte: en el primer caso el perjudicado tiene que demostrar la negligencia del guardador, en el segundo caso se presume que el guardador ha sido negligente y él será el encargado de demostrar lo contrario. V., para más detalles de esta diferente regulación sobre la misma institución, la responsabilidad civil por hechos dañosos causados por un inimputable, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 244 s.; COBACHO GÓMEZ, 2000: 174, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2000: 478 s.; GÓMEZ CALLE, 2008-I: 1014 ss.; ROIG TORRES, 2010: 425 ss.

⁶⁹ Reconocen que el fundamento de la responsabilidad civil de los padres o guardadores del inimputable se basa en la culpa o negligencia, descartando la responsabilidad civil si aquellos han actuado con la diligencia debida, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 244 s.; CAVANILLAS MÚGICA, 2004: 119; ASENSIO MELLADO, 2006: 65. En otro orden de cosas, sobre los criterios para la valoración de la culpa o negligencia que fundamenta la responsabilidad civil de los padres o guardadores en este supuesto, v., ampliamente, IZQUIERDO MARTÍN, 2004: 214 ss., 224 ss., con referencias jurisprudenciales al respecto.

corresponder a los *imputables*, surgiendo la duda de quién puede ser este sujeto imputable que tiene obligación de indemnizar daños y perjuicios, y tercero, porque en el establecimiento de la responsabilidad civil, del que ejerce la guarda y custodia y de los demás sujetos, de dudosa delimitación de quién o quienes pueden ser, los Jueces o Tribunales han de graduar de forma equitativa la medida en que deba responder cada uno con sus bienes. De entre las distintas interpretaciones posibles⁷⁰, quizás la más acertada sea la siguiente: de la utilización del adverbio “también” son responsables civiles se deduce que esta responsabilidad es exigible tanto al inimputable como al sujeto que ejerce las potestades de guarda y custodia para el caso de que este haya cometido una negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones; la afirmación de que el inimputable es responsable civil se confirma atendiendo a dos argumentos: por un lado, porque ha realizado un hecho injusto, que causa daños a tercero, teniendo que asumir las obligaciones indemnizatorias porque su inimputabilidad no afecta a su capacidad jurídica. Por otro lado, la naturaleza civil de esta responsabilidad permite que la misma sea atribuida con independencia de que el sujeto sea o no culpable, pues su fundamento o presupuesto es la causación de un daño injusto que el tercero no está

⁷⁰ Doctrinalmente se han planteado varias interpretaciones a esta conflictiva regla de determinación de la responsabilidad civil prevista en el art. 118.1.1ª CP: en primer lugar, teniendo en cuenta sobre todo la mención a la posible responsabilidad civil directa del imputable, se ha entendido que en esta regla se estaría diferenciando entre la inimputabilidad penal y civil, desde la consideración de que una no presupone la otra. Desde esta perspectiva habrá supuestos en los que el inimputable penalmente sí sea declarado imputable a efectos civiles, y es a este sujeto al que se estaría aludiendo con la expresión “sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que corresponda a los imputables”. Esta tesis interpretativa lleva a la conclusión de que el sujeto que ejerce la guarda o custodia del inimputable penalmente será responsable, él sólo o conjuntamente con el inimputable penal pero imputable civilmente. En segundo lugar, se ha entendido que en esta regla de determinación de la responsabilidad civil se estaría reflejando situaciones de codelincuencia, cuando en el hecho delictivo intervienen imputables e inimputables penalmente. Desde esta perspectiva, el imputable penalmente sería responsable civil directo y además lo sería el sujeto que ejerce la guarda y custodia del inimputable penalmente (si ha actuado con negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de guarda), -y, en su caso, también sería responsable civil el inimputable penalmente, si la responsabilidad del guardador no sustituye o suple la de este-. En tercer lugar, la mención de la responsabilidad civil directa que pueda corresponder al imputable se ha atribuido a un error del legislador, ya que en realidad esta cláusula debería referirse a la responsabilidad directa del inimputable penalmente. Desde esta tesis interpretativa, el sujeto que ejerce las potestades de guarda y custodia y el inimputable penalmente serían los sujetos obligados a indemnizar por daños y perjuicios. En cuarto lugar (y esta interpretación podría ser compatible con cualquiera de las mencionadas anteriormente), el guardador del sujeto inimputable, si incurre en negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de guarda y custodia, será responsable civil. Pero en ocasiones el incumplimiento de estas obligaciones puede originar un injusto penal propio, generalmente por un delito imprudente; la comisión de un injusto penal propio originador de daños y perjuicios hará que surja una responsabilidad civil directa “propia”: es a este supuesto al que se estaría aludiendo con la mención del último párrafo del art. 118.1.1ª CP. Para más detalles sobre estas tesis interpretativas, v., entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 242 s.; GARCÍA-RIPOLL MONTIJO, 2000: 455, 457, 458; QUINTERO OLIVARES, 2002: 152; IZQUIERDO MARTÍN, 2004: 226 s.; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 623; ASENCIO MELLADO, 2006: 64 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 614 s.; ROIG TORRES, 2010: 428 s., quien cita la Sentencia TS 22-4-2004 (RJ 3922) a favor de la tercera de las tesis mencionadas.

obligado a soportar⁷¹. Una vez hecha esta afirmación, habrá que decidir qué relaciones existen entre ambos responsables, decantándonos por el reconocimiento de que se trata de una responsabilidad directa y solidaria⁷². La regla descrita en el art. 118.1.1ª *in fine* CP hace un recordatorio innecesario: en el hecho cometido por el sujeto inimputable puede haber intervenido un sujeto imputable/responsable penalmente, con la consiguiente responsabilidad civil directa que ha de asumir en virtud de lo dispuesto en el art. 116 CP⁷³. Así entendida la mencionada regla, resulta que en el hecho cometido por el sujeto inimputable pueden ser declarados responsables civiles dos o tres personas, en su caso, el inimputable penal, el guardador del inimputable penal y el responsable penalmente, y uno de ellos no por haber intervenido en el delito causante del daño, sino por haber infringido negligentemente sus obligaciones sobre la guarda y custodia del inimputable: como dispone el art. 118.1.1ª segundo párrafo CP, los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder “cada uno de dichos

⁷¹ IZQUIERDO MARTÍN, 2004: 204, pone en cuestión que se exija responsabilidad civil a la persona que está afectada de manera permanente por una anomalía o alteración psíquica, afirmando a continuación que resulta necesario acudir a razones de política criminal de protección del perjudicado en la línea del Derecho de daños moderno (y este Derecho de daños centra su atención en la búsqueda de soluciones jurídicas para satisfacer efectivamente a la víctima cuando no existan razones que justifiquen que ella sea la que soporte el daño). Sí reconocen que el inimputable responde civilmente, entre otros, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2000: 457 s.; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 622; GARCÍA ORVIZ, 2008: 21; ROIG TORRES, 2010: 428 s.

⁷² De esta opinión, MONTÉS PENADÉS, 1996: 630 s., 632; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, 1998: 96; DE DOMINGO MARTÍNEZ, 2000: 536 s.; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2000: 457 s., 480 s.; QUINTERO OLIVARES, 2002: 150 ss.; 2008: 785; CAVANILLAS MÚGICA, 2004: 119; IZQUIERDO MARTÍN, 2004: 213; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 622 y n. 86; ASENCIO MELLADO, 2006: 65; GONZÁLEZ ORVIZ, 2008: 21; GALLEGO DOMÍNGUEZ, 2009: 39; ROIG TORRES, 2010: 429. Defiende una opinión en parte diferente MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 161, ya que, desde la perspectiva de que el sujeto inimputable y el guardador de hecho o de derecho son responsables civiles, a continuación defiende que el régimen aplicable es el de la mancomunidad. Parecen defender que del art. 118.1.1ª CP sólo surge responsabilidad civil, en su caso, en el sujeto que asume las potestades de guarda o custodia del inimputable, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 614; RODRÍGUEZ RAMOS, 2010: 299, pues si bien este autor inicialmente afirma que el inimputable sí es responsable civil directo, a continuación matiza su opinión señalando “pero serán declarados responsables” los guardadores.

⁷³ Para el caso de que nos encontremos ante un supuesto de codelincuencia en el que uno de los sujetos intervinientes es inimputable penalmente, resumidamente pueden plantearse las siguientes situaciones: en primer lugar, el sujeto inimputable interviene como partícipe en el hecho cometido por el autor responsable penalmente. En segundo lugar, el sujeto inimputable es el autor del hecho injusto, pero está exento de responsabilidad penal, y el sujeto responsable penalmente interviene como partícipe. Para el establecimiento de las relaciones entre autores y partícipes y la fijación de la cuantía económica por la responsabilidad civil que ha de asumir cada uno se estará a lo dispuesto en el art. 116 CP. Tercera posibilidad, se trata de un supuesto de autoría mediata por utilización de un instrumento inimputable penalmente: en este caso, el instrumento comete un hecho típico y antijurídico, pero está exento de responsabilidad por su inimputabilidad penal. Su consideración como un instrumento en manos del autor mediato, ¿influye en una posible exención de la eventual responsabilidad civil que pueda surgir por el delito cometido? Sobre esta última cuestión, QUINTERO OLIVARES, 2002: 152, es de la opinión de que sólo tendrá responsabilidad civil el autor mediato que se sirve de un inimputable como instrumento para cometer el delito.

sujetos”, párrafo que habrá de entenderse se refiere a las relaciones internas entre el guardador y el inimputable ante el posible ejercicio del derecho de repetición⁷⁴.

Apreciación de la eximente de intoxicación por consumo de alcohol o drogas tóxicas

A este supuesto se refiere el art. 118.1.2ª CP, disponiendo que son “igualmente” responsables civiles el ebrio y el intoxicado. Aunque podría inducir a entender otra cosa⁷⁵, este adverbio ha de ser interpretado en coordinación con la regla de establecimiento de la responsabilidad civil del inimputable penal anteriormente mencionada. Es decir, si el inimputable penal tiene responsabilidad civil directa por el hecho injusto cometido, también el ebrio y el intoxicado han de responder civilmente de

⁷⁴ Es decir, para el caso de que en el hecho delictivo causante de los daños y perjuicios intervengan varios sujetos, y uno de ellos sea declarado inimputable penalmente, los arts. 116 y 118.1.1ª CP habrán de ser aplicados de manera coordinada, distinguiendo entre autores y cómplices y valorando en qué categoría interviene el inimputable penal para establecer la posible responsabilidad civil, directa y solidaria con él, de su guardador de hecho o de derecho; para la fijación de las relaciones internas entre autores y partícipes se estará a lo dispuesto en el art. 116 CP, para las relaciones internas entre inimputable-autor o cómplice- y guardador, al art. 118 CP. En otro orden de cosas, como han advertido ALASTUEY DOBÓN, 2006: 623; y MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 614 s., el guardador de hecho o de derecho del sujeto inimputable puede incurrir en responsabilidad penal propia como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones de guarda y custodia. En este caso, los últimos autores citados afirman expresamente que ambas responsabilidades civiles son compatibles: una se derivará por el incumplimiento negligente de las obligaciones de guarda y custodia, la otra se derivará por la comisión del delito causante de un “daño propio”. Si esto es así, en la graduación equitativa de la forma como han de responder con sus bienes ambos sujetos, en relación con el guardador del inimputable, el Juez o Tribunal tendrá que atender a esta doble imputación de la responsabilidad civil.

⁷⁵ La otra conclusión que podría extraerse de la utilización del adverbio “igualmente” sería entender que se está haciendo una remisión en bloque a lo dispuesto en el art. 118.1.1ª CP, con la consecuencia de que también será responsable civil el guardador de hecho o de derecho del ebrio o del intoxicado que haya incurrido en culpa o negligencia. Así lo entiende, entre otros, ASENSIO MELLADO, 2006: 65, si bien añade que la responsabilidad civil del guardador se planteará cuando el ebrio o el intoxicado hayan sido incapacitados de modo permanente y no puedan gobernarse por sí mismos. Sobre este particular, advierte de manera acertada GALLEGO DOMÍNGUEZ, 2009: 40, que en este caso parece razonable que no se haya contemplado la responsabilidad civil de los guardadores, ya que, *per se*, la embriaguez o la toxicomanía no es una causa de incapacidad ni hace suponer que el sujeto embriagado o intoxicado ha de estar bajo la guarda de nadie. En el mismo sentido, IZQUIERDO MARTÍN, 2004: 228; y MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 615, reconocen que no suele existir en estos casos una situación de incapacidad del ebrio o toxicómano que permita atribuir la responsabilidad civil por culpa o negligencia al sujeto encargado de su guarda o tutela. Esta es la misma conclusión a la que ha llegado con anterioridad MONTÉS PENADÉS, 1996: 634, cuando afirma que la expresión “igualmente” puede tener sentido porque el ebrio y el toxicómano pueden hallarse incapacitados ante una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que no les permite gobernarse por sí mismos, en cuyo caso esta regla del art. 118.1.2ª CP remite a la 1ª (pues de esta afirmación se deduce que no nos encontramos en realidad ante la eximente de embriaguez o de intoxicación, sino ante la eximente de anomalía o alteración psíquica grave, y para el establecimiento de las reglas de la responsabilidad civil hay que estar al art. 118.1.1ª CP).

las consecuencias civiles derivadas del hecho delictivo cometido por ellos⁷⁶. Partiendo de la regulación positiva, parece acertada la previsión autónoma de esta regla, diferenciada de la relativa al sujeto que padece anomalías o alteraciones psíquicas, presumiendo que la generalidad de las personas que cometen el delito en estado de intoxicación plena no están bajo la guarda o custodia de un tercero que eventualmente podría ser obligado a asumir la responsabilidad civil por el hecho causado por aquel⁷⁷.

Nos encontramos ante una regla que no presenta ninguna dificultad interpretativa, si acaso llama la atención la falta de coordinación entre la regulación genérica de la eximente en el art. 20.2 CP y este precepto sobre la responsabilidad civil. Porque en la causa de exclusión de la responsabilidad criminal se menciona al sujeto que se halla en estado de intoxicación plena por consumo de alcohol o drogas y al sujeto que se halla bajo la influencia del síndrome de abstinencia, mientras que en el art. 118.1.2ª CP no hay ninguna mención a esta última eximente. La naturaleza civil de la responsabilidad que estamos analizando ha de ser el criterio principal a la hora de resolver la duda de si el sujeto que actúa bajo el síndrome de abstinencia, exento de responsabilidad penal, deberá o no hacer frente a sus responsabilidades civiles. Esto nos lleva a poder admitir la analogía como fuente de interpretación/creación del Derecho sin que ello suponga una vulneración del principio de legalidad, de vigencia en materia penal, pero no sucede lo mismo cuando de normas de naturaleza civil se trata⁷⁸.

⁷⁶ De esta opinión, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 248 s.; DE DOMINGO MARTÍNEZ, 2000: 539; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2000: 488; QUINTERO OLIVARES, 2002: 152 s.; 2008: 785; IZQUIERDO MARTÍN, 2004: 228; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 623.

⁷⁷ Evidentemente, la regulación positiva podría haber sido otra, sucintamente, introduciendo una sola regla en la que se estableciera expresamente la responsabilidad civil del sujeto inimputable en el que concurre alguna de las eximentes del art. 20.1ª, 2ª o 3ª CP, añadiendo a continuación que, para el caso de que exista un guardador de hecho o de derecho del inimputable, aquel sería responsable civil de haber incurrido en culpa o negligencia. El legislador ha preferido la otra opción regulativa, disponiendo que el sujeto que actúa en estado de intoxicación plena no está exento de la responsabilidad civil derivada de su hecho injusto. De esta opción legislativa podría derivarse una laguna legal para el caso de que el sujeto que sufre una de estas adicciones estuviera incapacitado civilmente, estando sometido a la guarda o custodia de un tercero, si este hubiera incumplido negligentemente sus obligaciones de guarda. Sobre esta cuestión, advierte GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2000: 488, que, para cuando esto suceda, no se ha previsto la responsabilidad civil de los padres, tutores o guardadores, si bien a continuación añade que este silencio se puede solucionar a través de la aplicación de la regla de la responsabilidad subsidiaria prevista en el art. 120.1 CP (que recae en padres y tutores por los daños causados por los mayores de 18 años sometidos a su potestad o tutela). A la solución planteada por este autor habría que añadir la posibilidad de recurrir a la regulación del CC sobre responsabilidad civil extracontractual, teniendo en cuenta que toda la regulación sobre esta materia tiene naturaleza civil, no penal.

⁷⁸ V., de esta opinión, ALASTUEY DOBÓN, 2006: 623 s. Parece defender la misma idea de esta autora VÁZQUEZ GONZÁLEZ, 1998: 97 n. 88. Con carácter general, sobre la admisibilidad de la analogía en la interpretación de las normas que regulan la responsabilidad civil, entre otros, CAVANILLAS MÚGICA, 2004: 141; RODRÍGUEZ RAMOS, 2010: 293.

Apreciación de la eximente de estado de necesidad

Para el caso de que se aprecie esta eximente, en el art. 118.1.3ª CP se establece que la responsabilidad civil directa recaerá sobre la persona en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable, o en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio.

Nos encontramos ante una eximente que presenta no pocas peculiaridades, comenzando por la falta de acuerdo en cuanto a su naturaleza jurídica, si es la de causa de justificación o, como un sector de la doctrina defiende, en ocasiones también es una causa de exculpación⁷⁹. La particularidad radica en que nos encontramos ante la apreciación de una causa de justificación que no supone necesariamente la exclusión de la (de momento denominémosla así) responsabilidad civil (ya no derivada de una acción o conducta prohibida). Ahora bien, como se indica en la propia regla que se comenta, la responsabilidad civil no va dirigida a la persona que actúa amparada por esta causa de justificación, sino que atiende a la persona en cuyo favor se ha precavido o evitado el mal. Por tanto, en la fijación de esta regla de determinación de la responsabilidad civil habrá que tener en cuenta si el sujeto que actúa amparado en estado de necesidad lo hace en beneficio propio, entonces él será responsable civil, en su caso, o actúa en

⁷⁹ Sobre la discusión doctrinal en torno a la naturaleza del estado de necesidad, diferenciándose entre la tesis monista (que, considerándola como la más acertada, defiende que el estado de necesidad es siempre causa de justificación) y la tesis dualista (admitiendo la doble naturaleza, de causa de justificación y de exculpación, de esta eximente), v., por todos, LUZÓN PEÑA, 1996: 621 s.; 2012: 420 ss. Precisamente la regulación sobre la responsabilidad civil en el caso de que se aprecie el estado de necesidad (en el art. 118.1.3ª CP), en que el responsable civil no es el sujeto que actúa amparado por esta eximente, sino en todo caso el necesitado, es uno de los argumentos esgrimidos por este autor para concluir a favor de la tesis monista en la naturaleza jurídica del estado de necesidad. En principio la discusión en torno a la naturaleza jurídica de una eximente tiene cierta relevancia práctica en el tema que nos ocupa, el del reconocimiento de la responsabilidad civil y los sujetos responsables, pero en este caso, por las particularidades del estado de necesidad, tal discusión no tendrá consecuencias, pues, como se expondrá en el texto, aun cuando se aplique como causa de justificación (de la acción), no se excluirá necesariamente la responsabilidad civil. El propio DEL RIQUELME HERRERO, 2000: 494 s., que parece admitir la distinción entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad exculpante, reconoce que en el art. 118.1.3ª CP no se ha introducido ninguna diferenciación, por lo que ha de entenderse que en cualquier caso, sea cual sea la modalidad de la eximente que se aprecie, habrá que fijar la responsabilidad civil en su caso. No se considera correcta, por tanto, la diferenciación que propone ROIG TORRES, 2010: 430, en relación con el surgimiento de la responsabilidad civil derivada del delito dependiendo de si se está ante el estado de necesidad justificante, en cuyo caso no habría responsabilidad civil, o el estado de necesidad exculpante, en que sí habrá responsabilidad civil tal como dispone la regla del art. 118.1.3ª CP. Además la opinión defendida por esta autora no se ajusta a lo dispuesto en este precepto, ya que en el mismo se establece sin matices la responsabilidad civil para el caso de que se aprecie el estado de necesidad, sin distinguir situaciones derivadas de una posible doble naturaleza de la eximente, y como veremos a continuación, tampoco se hace una diferenciación sobre posibles personas responsables civiles dependiendo de cuál sea la naturaleza jurídica del estado de necesidad (como parecería más acertado si, efectivamente, esta eximente tuviera diferente naturaleza, de causa de justificación y de causa de exculpación), sino que la referencia al sujeto responsable civil es única -y no referida necesariamente al sujeto que actúa amparado por estado de necesidad-.

beneficio de un tercero (sean una o varias personas), actuando técnicamente en auxilio necesario, en tal supuesto será esta persona la que tendrá que asumir la responsabilidad civil directa⁸⁰.

La excepcionalidad de que de la apreciación de una causa de justificación no se deduzca la exclusión tanto de la responsabilidad penal como de la civil nos ha de llevar a una nueva peculiaridad de esta regla prevista para el estado de necesidad. Desde la perspectiva que aquí se defiende de que esta eximente es una causa de justificación de la acción, no del resultado⁸¹, lo que significa que la conducta del sujeto sí es legítima, pero la lesión o peligro para el bien jurídico afectado por la acción sigue estando desvalorado, nos parece más convincente la tesis de la doctrina civilista que afirma que en esta regla del art. 118.1.3ª CP no nos encontramos propiamente ante un supuesto de responsabilidad civil (derivada del delito), sino ante un caso de compensación de equidad⁸². Esta conclusión se apoya en la propia redacción de la regla contenida en el art. 118.1.3ª CP, ya que introduce una matización en relación con el contenido que ha de tener en este caso la calificada legalmente como responsabilidad civil: si el contenido de esta responsabilidad en sentido propio consiste en la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de daños y perjuicios (art. 110 CP), ahora la “responsabilidad” consiste en otra cosa diferente, a saber, si es posible la estimación, el

⁸⁰ V., en este sentido, por todos, DEL RIQUELME HERRERO, 2000: 495; QUINTERO OLIVARES, 2002: 154; 2008: 786; IZQUIERDO MARTÍN, 2004: 232; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 624; GONZÁLEZ ORVIZ, 2008: 22. Desde la consideración de que el beneficiado puede ser tanto el sujeto que actúa amparado por el estado de necesidad como un tercero, ha de leerse la tesis de ASENCIO MELLADO, 2006: 65, cuando afirma que la responsabilidad civil, en este caso, “sin excluir en modo alguno la del exento, se extiende a aquellos sujetos a favor de los cuales se haya precavido el mal”, aunque ya no se comparta la, al parecer, interpretación defendida por este autor en torno a la naturaleza del estado de necesidad como causa de exclusión de la imputabilidad (p. 66).

⁸¹ Se sigue el planteamiento de LUZÓN PEÑA, 1996: 575 ss.; 2012: 346 ss., en torno a la diferenciación entre causas de justificación de la acción (a esta categoría pertenecería el estado de necesidad) y del resultado y los efectos que se derivan de la misma.

⁸² Para más detalles sobre la explicación del art. 118.1.3ª CP desde la teoría de la compensación de equidad, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 249 s. Desde otro planteamiento diferente, QUINTERO OLIVARES, 2002: 153 s., quien, en primer lugar, en relación con la naturaleza jurídica del estado de necesidad, partiendo de la tesis de que nos encontramos ante un supuesto de imposibilidad de aplicación de los valores ordinarios reconocidos por el derecho, sitúa esta eximente al margen de las categorías de la antijuridicidad y de la culpabilidad, y, en segundo lugar, afirma a continuación que el sistema penal parte de un principio justo: quien soporta el sacrificio de un bien jurídico por aplicación y consecuencia del principio de necesidad, “no podrá pretender que castiguen a quien ha lesionado su bien, pero tampoco tiene por qué también soportar impotente y resignado el daño sufrido (...), pues eso equivaldría a declarar intrínsecamente justo para el derecho lo que le ha sucedido”. Y concluye que en la aplicación del estado de necesidad sucede la situación siguiente: no es injusto que alguien tome una decisión destructiva para un bien jurídico ajeno como modo único de vencer esa situación, pero la destrucción de ese bien es *objetivamente injusta* (cursiva en el original).

sujeto habrá de entregar una cantidad proporcional al perjuicio que se le ha evitado, en otro caso el Juez o Tribunal la establecerá según su prudente arbitrio⁸³.

Como acaba de mencionarse, el quantum indemnizatorio en que consiste esta compensación se ha de estimar en proporción al perjuicio evitado, si este fuera estimable, o, en otro caso, en la cantidad que establezca el Juez o Tribunal según su prudente arbitrio⁸⁴. Esta fórmula de concreción se completa con un segundo párrafo en el que se diferencian varias situaciones en las que se hace una remisión a lo que se establezca en las leyes y reglamentos especiales para la fijación de la indemnización: cuando las cuotas de que deba responder “el interesado” no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o sus agentes⁸⁵.

Nada dispone esta regla del régimen aplicable cuando los obligados a indemnizar sean varios y uno de ellos no satisface la cuota que le ha sido asignada por el Juez o Tribunal, atendiendo al perjuicio que se le ha evitado o en ejercicio del arbitrio judicial o, finalmente, en aplicación de las leyes y reglamentos especiales. Ante este silencio legal varias han sido las propuestas doctrinales defendidas, desde la tesis que recurre a la responsabilidad subsidiaria de los demás sujetos responsables, la que es partidaria de la responsabilidad solidaria entre todos los responsables civiles y, finalmente, la tesis que defiende que nos encontramos ante una responsabilidad

⁸³ Partiendo de la consideración de que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad civil, se ha reconocido que el fundamento de esta responsabilidad no puede descansar en la realización de un acto ilícito concreto. Así, DEL RIQUELME HERRERO, 2000: 501; IZQUIERDO MARTÍN, 2004: 232; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 615, aluden al principio de evitación del enriquecimiento injusto de quien se beneficia de la resolución favorable de la situación de necesidad como fundamento de la responsabilidad civil. Y ALASTUEY DOBÓN, 2006: 624, recurre a un doble fundamento dependiendo de la modalidad de estado de necesidad que se plantee: si nos encontramos ante el estado de necesidad propio, el principio aplicable sería el de evitación del enriquecimiento injusto, y para el auxilio necesario, el principio aplicable sería el de la gestión de negocios ajenos.

⁸⁴ QUINTERO OLIVARES, 2002: 154, pone de relieve alguno de los problemas que pueden surgir en la aplicación de esta regla de concreción de la indemnización a través de la ejemplificación de varios supuestos, distinguiendo entre el caso en que sean varios los beneficiados por la actuación en estado de necesidad, el caso en que la acción salvadora evita la producción de muertes o lesiones de una pluralidad de personas y el caso en que la acción salvadora produce un beneficio para una comunidad al evitarse un riesgo concreto.

⁸⁵ Sobre la interpretación de este segundo párrafo del art. 118.1.3ª CP, v., por todos, DE DOMINGO MARTÍNEZ, 2000: 540 s.; DEL RIQUELME HERRERO, 2000: 497 ss.; QUINTERO OLIVARES, 2002: 155.

individualizada de cada uno de los sujetos⁸⁶. Esta última posición es la que parece ajustarse mejor a las peculiaridades de la regla de compensación en equidad que nos ocupa, pues no debemos perder de vista que la indemnización que ha de asumir cada sujeto es fijada proporcionalmente en relación con el perjuicio que se le haya evitado, y este reequilibrio conseguido con la fijación de las indemnizaciones tras la apreciación de la causa de justificación se vería seriamente afectado si ahora los responsables civiles tuvieran que asumir las cuotas asignadas a otro u otros responsables que no han satisfecho la cantidad a ellos atribuida: con la asunción de estas cuotas impagadas no estaría haciendo frente a la indemnización según el perjuicio que se le haya evitado, sino que la indemnización superaría este concepto.

Apreciación de la eximente de miedo insuperable

El art. 118.1.4ª CP establece quién será responsable civil para el caso de que se aprecie la eximente de miedo insuperable, una causa de exclusión de la culpabilidad: responderán principalmente los que hayan causado el miedo; en defecto de ellos, responderán los que hayan ejecutado el hecho (hay que entender y que se encuentran amparados por la eximente de miedo insuperable).

En esta regla se parte de la situación en que el miedo insuperable tiene su origen en la actuación de una persona, diferenciándose de este modo entre dos sujetos: uno, el que actúa amparado por la eximente de miedo insuperable, que será responsable civil subsidiario, y dos, el sujeto que causa o provoca el miedo en el primero, que será el responsable civil directo (el término principal ha de ser entendido de esta forma)⁸⁷. Puede suceder que el sujeto causante o provocador del miedo insuperable en otro llegue a ser considerado autor mediato o partícipe en el hecho cometido por el sujeto amparado por esta eximente. Ha de entenderse que la regla contenida en el art. 118.1.4ª CP tiene

⁸⁶ Exponen las diferentes propuestas interpretativas mencionadas en el texto, DEL RIQUELME HERRERO, 2000: 496 s.; IZQUIERDO MARTÍN, 2004: 232, sin que ellos se decanten por ninguna de ellas. A favor de aplicar el régimen de la solidaridad entre los sujetos responsables, entre otros, MONTÉS PENADÉS, 1996: 634; ASECIO MELLADO, 2006: 65. Son partidarios de establecer una responsabilidad individualizada de cada uno de los responsables, entre otros, DE DOMINGO MARTÍNEZ, 2000: 541; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 625 s. Por su parte, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 252, descarta el régimen de la solidaridad porque no se ha establecido expresamente la regla de la solidaridad y como esta resulta ser una excepción, ya que la regla general es que se recurra a la subsidiariedad en el establecimiento de las relaciones entre varios sujetos responsables civiles, no cabe recurrir a interpretaciones extensivas o analógicas sobre los supuestos en los que debe apreciarse la solidaridad en el cumplimiento de obligaciones entre varias personas.

⁸⁷ Para más detalles, v., entre otros, DE DOMINGO MARTÍNEZ, 2000: 542; DEL RIQUELME HERRERO, 2000: 502; QUINTERO OLIVARES, 2002: 155.

carácter preferente, no siendo aplicable en consecuencia lo dispuesto en el art. 116 CP en relación con la responsabilidad civil de los autores y cómplices del hecho delictivo del que se derivan los daños y perjuicios. Porque si en aquella regla se ha querido declarar la responsabilidad civil principal del sujeto que ha causado o provocado el miedo, ha de entenderse que la misma abarcará todas las situaciones posibles, incluidas aquellas en las que el provocador del miedo pueda tener responsabilidad penal en el hecho injusto cometido por el sujeto que actúa impulsado por el miedo insuperable⁸⁸.

Del tenor literal del art. 118.1.4ª CP se deriva que el sujeto que provoca el miedo insuperable será responsable civil principal o directo de los daños y perjuicios que se deriven de la comisión del hecho injusto por parte del sujeto que actúa impulsado por miedo. Pero no puede descartarse que el miedo sea provocado por un sujeto de manera fortuita, o que la actuación de este sujeto esté justificada, originando a pesar de esto miedo en el agente, o incluso que sea la propia víctima-perjudicada la que haya originado o provocado el miedo en el agente que con su conducta causa daños y perjuicios indemnizables. En situaciones como estas, ¿también el sujeto que provoca o causa el miedo en otro es responsable civil directo o principal?

Para la resolución de estas dudas quizás haya de tenerse en cuenta, tanto el fundamento o presupuestos que originan la responsabilidad civil como el sentido o significado de la relación de subsidiariedad entre los distintos responsables civiles, en caso de que se aprecie aquí la eximente de miedo insuperable. La responsabilidad civil

⁸⁸ Sobre este particular, QUINTERO OLIVARES, 2002: 155; 2008: 787, entiende que en los casos en los que el miedo haya sido producido por una persona, “prescindiendo de que esa persona sea tenida como partícipe en el delito en calidad de inductora, lo cual puede suceder o no, la responsabilidad civil correrá a cargo de ella”, y el autor del hecho delictivo que actúa impulsado por el miedo insuperable será responsable civil subsidiario; de la misma opinión ALASTUEY DOBÓN, 2006: 626, quien defiende que la persona que ejerce la coacción psíquica o la amenaza sobre el ejecutor del hecho es responsable civil directo, porque además su comportamiento también es delictivo y, en consecuencia, su responsabilidad civil se puede exigir acudiendo ya al art. 116 CP. De otra opinión, DE DOMINGO MARTÍNEZ, 2000: 542, quien afirma que no se puede obviar la posibilidad de que el causante del miedo sea también responsable penal a título de inductor, lo que alteraría la regla, de lo que hemos de entender que, en este caso, recurrirá al art. 116 CP para establecer las reglas y personas responsables civiles por los daños y perjuicios causados. No es muy clarificadora la tesis defendida por YZQUIERDO TOLSADA, 1997, 253, en relación con quien considera él que el tercero provocador del miedo puede ser considerado responsable civil, ya que al afirmar que no basta con que el tercero haya sido un mero factor causal del estado psíquico de miedo, “pues habrá casos en que la provocación no se habrá realizado con la intención de que el delito se cometa, que sólo pueden determinar la responsabilidad del autor del hecho dañoso”, parece desprenderse que el tercero provocador del miedo sólo será responsable civil cuando cause el miedo con la intención de que se cometa el delito, lo que lo convierte necesariamente, como mínimo, en partícipe -doloso- en el hecho cometido por el sujeto que actúa impulsado por miedo. Pero es esta una interpretación restrictiva sobre el sujeto que provoca el miedo en otro, pues supone restringir esta figura a la persona que, al mismo tiempo, tiene responsabilidad penal en el hecho injusto, y esto supone convertir la regla del art. 118.1.4ª CP en especial frente a la regla contenida en el art. 116 sobre el régimen de la responsabilidad civil de los que también son responsables penales.

surge desde el momento en que se comete un hecho injusto que causa daños y perjuicios en el patrimonio de un tercero. El sujeto que actúa impulsado por miedo insuperable ha cometido tal hecho injusto. Otra cosa diferente es quién debe asumir la obligación indemnizatoria, y es aquí donde tiene aplicación el régimen de la subsidiariedad tomando como criterio hermenéutico los principios que rigen en la responsabilidad civil extracontractual: para el caso de que proceda, será responsable civil directo el que causó el miedo, si en su actuación están presentes los títulos de imputación de la responsabilidad civil (a veces se recurrirá a la responsabilidad objetiva, otras veces a la responsabilidad por culpa o negligencia), y de manera subsidiaria se recurrirá a la responsabilidad civil del que actuó impulsado por miedo insuperable, porque en última instancia este sujeto sí ha cometido un hecho injusto del que se derivan los daños y perjuicios que el tercero afectado no tiene obligación de soportar⁸⁹. Mención especial merece el último de los supuestos destacados, cuando el causante del miedo es el posterior perjudicado-víctima del hecho injusto cometido por el sujeto que actúa impulsado por el miedo. En este caso que surja o no la responsabilidad civil, de entrada ya subsidiaria del que actúa impulsado por miedo, dependerá de si el que causa el miedo tiene o no la condición de tercero perjudicado⁹⁰.

También puede suceder que el sujeto que provoca o causa miedo en otro sea inimputable; en este caso, al tener el miedo origen en un sujeto, declarada su

⁸⁹ Desde esta perspectiva ha de entenderse la explicación ofrecida por DEL RIQUELME HERRERO, 2000: 503, cuando afirma que la responsabilidad subsidiaria del que actúa impulsado por miedo insuperable también entrará en juego en los supuestos en los que la conducta del causante del miedo viene amparada por el Derecho, “y fuere por tanto inobjetable desde el punto de vista jurídico”. Efectivamente, si el principio general de imputación de la responsabilidad civil descansa en la culpa o negligencia del sujeto, en este caso la actuación conforme a Derecho del que causa u origina el miedo impide que esté inmerso en el principio de imputación que rige en esta materia, de ahí que no pueda ser declarado responsable civil. Ahora bien, de manera excepcional en ocasiones el título de imputación se basa en la mera responsabilidad objetiva, lo que supone que el sujeto será responsable civil aunque su actuación sea conforme a Derecho. Por este motivo habrá que completar la exposición del autor civilista mencionado en esta nota con esta matización: con carácter general si el causante del miedo en otro actúa conforme a Derecho no será responsable civil, a no ser que su conducta se desarrolle en el marco de una actividad en la que se haya establecido la responsabilidad objetiva en la asunción de daños y perjuicios. Más simplifadamente, sin tener en cuenta previamente si el tercero causante del miedo puede incurrir o no en responsabilidad civil atendiendo al fundamento de esta clase de responsabilidad, ALASTUEY DOBÓN, 2006: 626, quien descarta que el sujeto que ha provocado el miedo sea responsable civil principal cuando lo haya hecho de manera fortuita y no con finalidad de que el sujeto al que se le aplica la exigente cometiera el delito.

⁹⁰ Para el caso de que el causante del miedo sea posteriormente la víctima/perjudicado, DEL RIQUELME HERRERO, 2000: 502, considera excluida la responsabilidad civil, al confundirse en una misma persona la condición de acreedor y de deudor; para este autor, se extingue la obligación del deudor principal y, en consecuencia, también la del deudor subsidiario (el sujeto que ha actuado impulsado por el miedo); defienden la misma interpretación IZQUIERDO MARTÍN, 2004: 234; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 626.

responsabilidad civil directa o principal, si este es inimputable, ¿apreciaremos la regla del art. 118.1.1ª CP para exigir también la responsabilidad civil directa del guardador, de hecho o de derecho, si ha mediado culpa o negligencia en el cumplimiento de las obligaciones de guarda y custodia? No parece que esta regla específica prevista para el caso de que venga en aplicación la eximente del miedo insuperable sea un obstáculo o impedimento para que también sean aplicables las demás disposiciones reguladoras de la responsabilidad civil, siempre y cuando se cumplan las condiciones para su apreciación⁹¹.

Para el caso de que no proceda la responsabilidad civil principal o directa del sujeto que provoca el miedo insuperable en otro vendrá en aplicación el régimen de la subsidiariedad: será responsable civil el sujeto que actuó impulsado por miedo insuperable. Tal responsabilidad civil subsidiaria también será apreciada cuando la causa del miedo no se pueda atribuir a una persona, o cuando tenga origen en una persona pero esta es desconocida, o cuando el sujeto que provoca el miedo sea insolvente⁹².

Apreciación de las reglas del error

En el art. 118.2 CP se establecen las pautas a seguir para el caso de que en la actuación del sujeto que ha causado daños y perjuicios se haya apreciado un error: en el caso del art. 14 CP (precepto en el que se regula el error en Derecho penal), los responsables civiles serán los autores del hecho.

Esta aparente sencilla regla encierra problemas interpretativos de especial calado. En primer lugar, se declara responsable civil al autor del hecho. Surge la duda de qué sucederá en el caso de que el hecho sea cometido por varias personas, en

⁹¹ Sobre esta cuestión, DE DOMINGO MARTÍNEZ, 2000: 542, descarta la tesis doctrinal que recurre en este caso a la responsabilidad objetiva en el ejecutor (el sujeto que actúa amparado por miedo insuperable), al considerar más acorde con el espíritu de la norma y del ordenamiento jurídico en su conjunto, que es contrario a la extensión del principio de responsabilidad civil objetiva, la postura que mantiene una doble subsidiariedad en el miedo insuperable. Es decir, que en primer lugar se aplicarían las reglas que regulan la responsabilidad civil en caso de la actuación llevada a cabo por un inimputable y con carácter subsidiario se aplicaría la norma sobre el miedo insuperable. De otra opinión, ALASTUEY DOBÓN, 2006: 626, quien defiende que si el sujeto causante del miedo en otro es inimputable queda excluida de la regla de la responsabilidad civil principal o directa, quedando existente sólo la responsabilidad civil del autor del hecho que está exento de responsabilidad penal por obrar impulsado por el miedo.

⁹² V., para más detalles, MONTÉS PENADÉS, 1996: 635; YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 253; DE DOMINGO MARTÍNEZ, 2000: 542; DEL RIQUELME HERRERO, 2000: 502 s.; QUINTERO OLIVARES, 2002: 155; IZQUIERDO MARTÍN, 2004: 234.

coautoría o diferenciando entre autores y partícipes, y sólo uno de los coautores o el autor en sentido estricto incurre en error: la regla del art. 118.2 CP ¿es norma de aplicación preferente frente a la regulación general de la responsabilidad civil en caso de codelinuencia del art. 116 CP?⁹³ Otro de los problemas que ha sido ignorado en esta regla que ahora se comenta es el de decidir el establecimiento de la responsabilidad civil cuando nos encontramos ante un autor mediato que utiliza o se aprovecha del instrumento-“autor” del hecho que actúa en error: si nos acogemos a la literalidad del art. 118.2 CP el responsable civil será el autor del hecho, pero ello no aclara si se trata del autor en sentido técnico-jurídico, por tanto el autor mediato, o se trata del autor directo que materialmente o de propia mano realiza la acción causante del daño. Esta duda se puede complicar aún más dependiendo de la modalidad de error en la que incurre el instrumento, si es un error vencible o invencible, de tipo o de prohibición, pues no siempre la apreciación de un error en el instrumento lleva a la consecuencia de que este quede exento de la propia responsabilidad penal (en el error vencible de prohibición será responsable penalmente por el hecho injusto cometido, y lo mismo puede suceder en el error de tipo vencible si se ha tipificado el delito imprudente), así que con mayor motivo ha de ser declarado responsable civil por los daños causados con su actuación, incluso aunque finalmente esté exento de responsabilidad penal por el hecho injusto cometido (en el error invencible de prohibición se excluirá la culpabilidad del autor directo-instrumento, y en el error vencible de tipo puede quedar exento de responsabilidad penal si no se ha incriminado el delito imprudente, pero la conducta del autor directo-instrumento sigue siendo imprudente).

⁹³ La interpretación del término “autor” utilizada en el art. 118.2 CP ha sido objeto de discusión en la doctrina, diferenciándose entre los que pretenden dar un significado amplio a dicho término, en el sentido de cualquier responsable del delito (v., en este sentido, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 255), y los partidarios de interpretar tal expresión en sentido técnico-jurídico, concluyendo así que en la regla que comentamos se está determinando la responsabilidad civil del autor en sentido estricto (defienden esta interpretación, entre otros, MONTÉS PENADÉS, 1996: 631; PASTOR ÁLVAREZ, 2000: 528 s.). Sobre esta cuestión, QUINTERO OLIVARES, 2002: 156, admite inicialmente que, literalmente interpretado, el art. 118.2 CP establece que en caso de error responden sólo los autores, dejando fuera a los cómplices. Pero a continuación este autor añade que “eso no ha de extrañar, puesto que si el autor obró bajo error invencible de prohibición o sin dolo ni culpa, es inviable la construcción accesoria de una participación típica”. La posibilidad de que se construya o no una participación en el hecho cometido por un autor que actúa en error dependerá del principio de accesoria (cualitativa) de la participación que se defiende, y desde la perspectiva del error, de cuál sea su naturaleza y ubicación sistemática. Desde la tesis que aquí se defiende, el principio de accesoria limitada de la participación, sí es posible admitir la participación -dolosa- en el hecho cometido por el autor que actúa en error de prohibición (vencible o invencible, pues en ambos casos se ve afectada o excluida la culpabilidad, pero no el hecho típicamente antijurídico realizado) así como en el hecho típicamente antijurídico imprudente que comete el autor que actúa en error de tipo vencible.

Quizás las dudas planteadas puedan resolverse reinterpremando la regla del art. 118.2 CP desde la perspectiva de que nos encontramos ante un precepto en el que se pretende diferenciar entre eximentes que dan lugar a la exención de responsabilidad penal y civil y eximentes que no tienen este doble efecto, y desde este planteamiento el principio que se deduciría tendría el siguiente sentido: si el sujeto que interviene en un hecho delictivo causante también de daños y perjuicios está incurrido en un error esta circunstancia no excluirá (necesariamente) su responsabilidad civil.

El segundo grupo de problemas que es silenciado en esta regla del art. 118.2 CP está conectado con las distintas modalidades de error que aparecen reguladas en el art. 14 CP: por un lado, diferenciándose entre error vencible e invencible, y por otro lado (aunque no es esta la terminología empleada en la ley), entre error de tipo y error de prohibición⁹⁴. De momento, los únicos supuestos en los que se excluye la responsabilidad criminal son en el error invencible, de tipo y de prohibición. A estos supuestos debe ir referida la regla contenida en el art. 118.2 CP sobre la responsabilidad civil, ya que en el resto de supuestos el hecho injusto cometido por el autor sigue existiendo, y este es el fundamento u origen de aquella responsabilidad: en el error de prohibición vencible, porque el error afecta, disminuyéndola, a su culpabilidad, pero la acción causante del daño sigue siendo típica y antijurídica, y en el error de tipo vencible, porque la conducta del sujeto es calificada como imprudente, llegando en ocasiones a generar también responsabilidad penal cuando se ha tipificado el delito imprudente; para el establecimiento de la responsabilidad civil en el error vencible de prohibición y, cuando esté tipificado el delito imprudente, en el error de tipo vencible, habrá de estarse a lo dispuesto en el genérico art. 116 CP, precepto que establece quién es el responsable civil cuando concurre también la responsabilidad penal⁹⁵.

Volviendo de nuevo al ámbito de aplicación del art. 118.2 CP, los supuestos de errores invencibles, no plantea ninguna duda de que en el caso de error de prohibición

⁹⁴ El otro supuesto de error regulado en el art. 14 CP, el error sobre un hecho que cualifique la infracción penal o sobre una circunstancia agravante, no generará en principio problema alguno en el establecimiento de la responsabilidad civil. Porque aunque haya incurrido en esta modalidad especial de error de tipo, el autor habrá cometido un hecho típicamente antijurídico doloso, el correspondiente tipo básico (cuando el error afecta a un elemento típico cualificante), por tanto no se descarta la responsabilidad penal por el hecho cometido en el autor; si en este caso el error no elimina el injusto originador de la responsabilidad penal, tampoco eliminará el injusto fundamentador de la responsabilidad civil.

⁹⁵ Defienden esta opinión, entre otros, MONTÉS PENADÉS, 1996: 631; YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 255; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, 1998: 98; DE DOMINGO MARTÍNEZ, 2000: 542; PASTOR ÁLVAREZ, 2000: 523 s.; QUINTERO OLIVARES, 2002: 156; 2008: 787; IZQUIERDO MARTÍN, 2004: 235; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 627; ROIG TORRES, 2010: 431.

invencible sí se excluye la responsabilidad penal, pero no sucede lo mismo con la responsabilidad civil. Esta conclusión se extrae atendiendo a la naturaleza jurídica de esta clase de error, una causa de exclusión de la culpabilidad, que no afecta al hecho (típicamente) injusto o antijurídico cometido por el autor, pudiendo de esta manera atribuirle la responsabilidad civil directa porque con su actuación injusta ha causado daños y perjuicios.

Más controvertida es la cuestión en relación con el error de tipo invencible, pues no sólo hay que atender a las discrepancias existentes en la doctrina en relación con su naturaleza y ubicación sistemática, sino que habrá que valorar la propia fundamentación y naturaleza de la responsabilidad civil extracontractual⁹⁶. Desde la primera perspectiva, la responsabilidad civil derivada del delito no podrá ser declarada cuando el autor del hecho actúa en error de tipo invencible, ya que, como mínimo (y sin entrar en mayores disquisiciones teóricas), su error excluye el dolo y la imprudencia, los dos elementos que conforman la tipicidad subjetiva: sin conducta penalmente típica previa no cabe afirmar si la misma es o no contraria a Derecho, y si falla la tipicidad penal en la conducta del autor no es posible determinar la responsabilidad civil derivada de un delito. Ahora bien, el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual puede estar basada en la responsabilidad objetiva, lo que supone la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados a un tercero aunque no haya mediado culpa ni negligencia⁹⁷; será desde esta perspectiva desde la que habrá que interpretar el art. 118.2

⁹⁶ Como hemos indicado en el texto, si en el error de tipo (objetivamente) invencible hay o no responsabilidad civil depende de cuestiones que aquí sólo podemos mencionar: por un lado, cuál sea la naturaleza jurídica del caso fortuito, ya que es esta la calificación unánimemente aceptada de esta modalidad de error; por otro lado, cuál sea el fundamento de la responsabilidad civil derivada del delito. Sobre estas cuestiones, ampliamente, por todos, LUZÓN PEÑA, 2009: 1189 ss., 1192 ss., 1197 ss., 1205 ss., quien llega a la conclusión de que el caso fortuito en ocasiones es una causa de justificación (en la clasificación que él defiende, causa de justificación de la acción, y al mismo tiempo de exclusión de la tipicidad) y en otras ocasiones es una causa de atipicidad penal, con las consecuencias que de esta diferenciación se derivan en relación con la responsabilidad civil derivada del delito (en el primer caso, si la conducta está justificada, no hay delito, en el segundo caso sólo se excluye la relevancia penal del hecho, pero no se descarta que la conducta pueda constituir un ilícito extrapenal, en este caso, un ilícito civil). En relación con la segunda condición, el fundamento de la responsabilidad civil, advierte este autor que puede haber responsabilidad civil aunque se aprecie una causa de justificación de la acción si aquella se fundamenta de manera objetiva, pero en este caso no estaremos ante la responsabilidad civil por un acto ilícito, pero no ante la responsabilidad civil derivada del delito, porque la conducta amparada por una causa de justificación -de la acción- no puede ser de ninguna de las maneras delictiva (p. 1205, n. 34). Sobre los principios que fundamentan la responsabilidad civil extracontractual, si se basa en la culpa o negligencia del sujeto o si se trata de una responsabilidad objetiva, v., por todos, PANTALEÓN PRIETO, 2001: 187-216, desde una perspectiva hipercrítica a la extensión de la responsabilidad civil de manera objetiva; REGLERO CAMPOS, 2008-I: 247-295.

⁹⁷ Así, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 615, afirman que en los casos en los que la inexistencia de dolo supone la ausencia de injusto son los únicos en que subsiste la responsabilidad civil, pese a no existir ilícito penal, lo que se explica a partir del carácter predominantemente objetivo de la

CP: se exigirá responsabilidad civil al autor que incurre en un error de prohibición invencible y, en su caso, en un error de tipo invencible, si la conducta realizada por el sujeto está relacionada con un sector de la actividad donde se haya recurrido a la responsabilidad objetiva para la fundamentación de la responsabilidad civil por daños y perjuicios causados a un tercero⁹⁸.

4.1.4. La participación a título lucrativo

El último supuesto de responsabilidad civil directa⁹⁹ se contempla en el art. 122 CP: el que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está

responsabilidad civil *ex delicto*, que permite mantenerla cuando sólo está ausente el componente subjetivo de la ilicitud penal. Estos autores advierten que, aunque no existiera el art. 118.2 CP, se podría exigir igualmente la responsabilidad civil en el error de tipo invencible que genere daños acudiendo a la regulación de la responsabilidad civil extracontractual del CC.

⁹⁸ Defienden la tesis de incluir el error de tipo invencible entre los supuestos de error que dan lugar a responsabilidad civil, sin matizaciones, desde la perspectiva de que en el art. 118.2 CP no se hace ningún tipo de especificación, y ello aunque la responsabilidad civil no se derive en puridad de la comisión de un delito, entre otros, QUINTERO OLIVARES, 2002: 156; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 627 s., quien reconoce además que, de no existir el art. 118.2 CP, ello no sería ningún obstáculo para seguir manteniendo que el error invencible de tipo no excluye la responsabilidad civil, si bien en este caso los daños causados como consecuencia de tal clase de error serían reclamados acudiendo a las reglas contenidas en el CC; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 615; ROIG TORRES, 2010: 431. Parece defender otra opinión, PASTOR ÁLVAREZ, 2000: 526 s. En el caso de MOLINA BLÁZQUEZ, 2002, 163, no queda claro cuál es su tesis, ya que inicialmente afirma que de la regulación del art. 118.2 CP se deduce que se hace responsable civil al que actúa en error de tipo invencible, pareciendo que la regulación del error sigue la teoría del dolo, pero en el art. 14 CP, precepto en el que realmente se ha regulado el tratamiento del error en Derecho penal, se ha seguido un planteamiento que se acerca más a la teoría de la culpabilidad; en resumen, nos encontramos ante una contradicción que se puede superar por dos vías: una, suprimiendo toda mención al error en el art. 118 CP; dos, considerando que en este precepto sólo se hace alusión al error de prohibición regulado en el art. 14.3 CP.

⁹⁹ Defienden que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad civil directa, entre otros, MONTÉS PENADÉS, 1996: 649; YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 335; ALGARRA PRATS, 2000: 897 s.; SEGRELLES DE ARENAZA, 2000: 878; MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 156; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 628; ROIG TORRES, 2010: 434 ss. La caracterización de este precepto como el reconocimiento de la responsabilidad civil directa en un tercero, el sujeto que participa por un título lucrativo de los efectos del delito, no es unánime en la doctrina. Así, QUINTERO OLIVARES, 2002: 43 s.; 2008: 795 s., niega que los sujetos mencionados en el art. 122 CP sean responsables civiles, aunque puedan ser compelidos a cumplir una obligación civil, porque si fueran responsables civiles, bien por serlo criminalmente, bien por ser responsables directos o subsidiarios, su obligación vendría determinada por imperativo de los otros preceptos penales que regulan la responsabilidad civil derivada del delito. Para este autor, nos encontramos ante la traslación del principio civil que declara la nulidad de los negocios con causa ilícita, en concreto cuando ha habido un delito que afecta a una de las partes (art. 1305 CC), en cuyo caso se obliga a la restitución de los efectos del mismo, ya que en caso contrario se estaría amparando el enriquecimiento injusto. Por su parte, RODRÍGUEZ RAMOS, 2010: 304, también descarta que estemos ante la responsabilidad civil *ex delicto*, pues en su opinión nos encontramos ante la aplicación al proceso penal de la nulidad de los contratos que, cuando tienen causa ilícita, producen unos determinados efectos respecto de las partes que intervienen en el negocio.

obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación¹⁰⁰.

Varias son las cuestiones que queremos destacar en esta modalidad de responsabilidad civil, fundamentada en la evitación del enriquecimiento injusto¹⁰¹. En primer lugar, la norma que nos ocupa establece la extensión o contenido de la responsabilidad civil: esta consistirá en la restitución de la cosa o en el resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación¹⁰².

En segundo lugar, el sujeto responsable civil ha de ser aquel que participe por un título lucrativo¹⁰³ en los efectos del delito o falta, pero que no haya intervenido en su comisión como autor o partícipe (cómplice), pues para este caso está previsto la aplicación del art. 116 CP¹⁰⁴, precepto que no discrimina entre sujetos responsables penalmente que participan o no participan de los efectos del delito previamente cometido por ellos y en el que, además, se fija otro contenido o extensión de la responsabilidad civil (en concordancia con lo dispuesto en el art. 110 CP).

Y en tercer lugar, y siguiendo con la delimitación del sujeto responsable civil, es cuestión indiscutida que el denominado receptor civil¹⁰⁵ es la persona a la que va

¹⁰⁰ Sobre la interpretación de este precepto, ampliamente, MONTÉS PENADÉS, 1996: 648; YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 341 ss.; ALGARRA PRATS, 2000: 897 ss.; SEGRELLES DE ARENAZA, 2000: 875 ss.

¹⁰¹ Tal como reconocen, por todos, ALGARRA PRATS, 2000: 898; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 630; ROIG TORRES, 2010: 434. La misma fundamentación reconoce QUINTERO OLIVARES, 2002: 44; 2008: 796 s., aunque descarte que el art. 122 CP sea un precepto regulador de la responsabilidad civil.

¹⁰² Para más detalles sobre el contenido o extensión de esta responsabilidad civil, v., por todos, MONTÉS PENADÉS, 1996: 649; YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 344 ss.; ALGARRA PRATS, 2000: 911 ss.; SEGRELLES DE ARENAZA, 2000: 879. MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 156, se limita a reconocer que la responsabilidad civil no alcanza a la totalidad del valor de las consecuencias patrimoniales.

¹⁰³ Sobre la interpretación de este término, v., entre otros, MONTÉS PENADÉS, 1996: 648 s.; YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 341 ss.; ALGARRA PRATS, 2000: 900 ss.; SEGRELLES DE ARENAZA, 2000: 876 s.

¹⁰⁴ De esta opinión, por todos, MONTÉS PENADÉS, 1996: 647; YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 341; ALGARRA PRATS, 2000: 898; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 629; QUINTERO OLIVARES, 2008: 796; ROIG TORRES, 2010: 434. No comparte esta opinión SEGRELLES DE ARENAZA, 2000: 889 ss., pues él sí admite que el autor o cómplice del delito o falta precedente puede ser el sujeto que posteriormente se aprovecha de los efectos de tal infracción penal. Ahora bien, a continuación propone este autor que la responsabilidad civil de este sujeto que interviene en la infracción penal y posteriormente se lucra con los efectos del delito se exigirá vía arts. 116 y 122 CP, un problema de concurso de leyes que habrá de ser resuelto aplicando el principio de subsidiariedad a favor del art. 116 CP como ley principal y art. 122 CP como ley subsidiaria.

¹⁰⁵ Históricamente, la responsabilidad civil del sujeto que participa por un título lucrativo de los efectos del delito o falta estaba dirigida precisamente al receptor civil, esto es, el sujeto que se aprovecha de los efectos del delito o falta cometido por otro sin saber la procedencia de los mismos, o dicho de otra manera, desconociendo que se había cometido un delito. Sobre la explicación histórica de esta figura de responsabilidad civil, limitada al receptor civil, v., por todos, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 336 s.; ALGARRA PRATS, 2000: 906. Defienden esta interpretación restrictiva del sujeto responsable en el art. 122 CP, entre otros, MONTÉS PENADÉS, 1996: 647 s.; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, 1998: 95, quien

dirigida la norma que nos ocupa, resultando discutible si, además, también será incluido en este precepto el receptor penal¹⁰⁶ y el encubridor¹⁰⁷. Si atendemos a la regulación en materia de autoría y participación, es claro que tanto el receptor penal como el encubridor no intervienen en el hecho delictivo previo, por tanto no habría en principio ningún obstáculo para recurrir al art. 122 CP para establecer su responsabilidad civil en caso de que se aprovechen a título lucrativo y posteriormente del delito o falta cometidos. El problema estriba en que tanto el encubrimiento como la receptación son constitutivos de sendos ilícitos penales autónomos, y que si el encubridor o el receptor con su conducta delictiva causa daños y perjuicios habrá de responder civilmente de tales daños aplicando el principio general de que el responsable penal también es responsable civil de los daños y perjuicios. Además, la responsabilidad civil surgiría aunque el encubridor o el receptor penales participen de los efectos del delito a título oneroso, y en el contenido de la responsabilidad civil no tendría que ceñirse estrictamente a la restitución y resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación.

4.1.5. La responsabilidad civil cuando el responsable penal es mayor de 14 y menor de 18 años

Para completar este comentario sobre la responsabilidad civil derivada del delito resulta obligado hacer una breve mención a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores de 18 años, porque en esta ley penal especial

incluye en este precepto al receptor civil, esto es, al sujeto que se beneficia de los efectos del delito o falta de manera gratuita y actuando de buena fe y con desconocimiento de la comisión del hecho delictivo, si bien reconoce con posterioridad que en la jurisprudencia reciente se está aplicando también en los delitos de encubrimiento y receptación; QUINTERO OLIVARES, 2002: 43; 2008: 796; GONZÁLEZ ORVIZ, 2008: 13; RODRÍGUEZ RAMOS, 2010: 304, pues para exigir la responsabilidad civil del receptor penal no es necesario recurrir al art. 122 CP, sino que bastará con que se apliquen las reglas generales en las que se reconoce que el responsable penal de un delito o falta que causa daños también es responsable civil de tales daños. Esta es también la interpretación defendida por la jurisprudencia. Para más detalles, v., por todos, ROIG TORRES, 2010: 435 ss.

¹⁰⁶ Extienden la aplicación del art. 122 CP al receptor penal, entre otros, CÓRDOBA RODA, 1972: 602, ya en relación con la regulación en el CP anterior; YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 339 s., 342 s.; ALGARRA PRATS, 2000, 902 s., 905 ss.; SEGRELLES DE ARENAZA, 2000: 882 ss.; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 629; DAUNIS RODRÍGUEZ, 2006, 48.

¹⁰⁷ ALASTUEY DOBÓN, 2006: 629 s., también es partidaria de aplicar el art. 122 CP al encubridor de los efectos del delito, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en este precepto.

también se ha previsto de manera sucinta los aspectos más relevantes en el establecimiento de aquella responsabilidad (en los arts. 61 a 64)¹⁰⁸.

Centrando nuestra atención en los aspectos materiales de esta regulación (a las cuestiones de procedimiento van referidos los arts. 61.1 y 2 y 64 LO 5/2000), la primera duda¹⁰⁹ que ha de ocuparnos es la relativa al origen de esta responsabilidad, esto es, si nos encontramos ante la responsabilidad civil derivada del delito o falta cometido por un menor con una edad entre 14 y 18 años o se trata del establecimiento de una responsabilidad por acciones que causan un daño¹¹⁰. La explicación ofrecida al comienzo de este trabajo sobre el presupuesto o fundamento de la responsabilidad civil, que la misma tiene su origen o trae su causa no en la comisión de un delito, sino en un hecho ilícito causante de daños y perjuicios a terceros, ha de ser trasladable también a la denominada responsabilidad civil derivada del delito cometido por un menor de 18 años y mayor de 14 años.

En cuanto a la extensión o contenido de la responsabilidad civil, el art. 62 LO 5/2000 remite a lo dispuesto en el CP en esta materia; por tanto, esta responsabilidad podrá consistir en la restitución de la cosa, en la reparación del daño y en la indemnización de daños y perjuicios, y habrá de valorarse si en el hecho ha mediado o

¹⁰⁸ Sobre la regulación de la responsabilidad civil en la LO 5/2000, v., por todos, CUESTA MERINO, 2002: 311-346; VAQUER ALOY, 2002: 131-152; GÓMEZ CALLE, 2006: 1259-1287; ALBERT PÉREZ, 2007: *passim*; MORENILLA ALLARD, 2007: 463-481; RODRÍGUEZ AMUNÁTEGUI, 2007: 13-61; GÓMEZ CALLE, 2008-III: 198-297; GUZMÁN FLUJA, 2008: 283-336; POZUELO PÉREZ, 2008: 547-564; BONILLA CORREA, 2009: *passim*, y especialmente 175-414; GONZÁLEZ MONTES, 2010: 547-582; ROIG TORRES, 2010: 432 s.

¹⁰⁹ Con carácter previo sería preciso plantearnos las relaciones existentes entre la regulación contenida en la LO 5/2000 y los preceptos sobre la responsabilidad civil contenidos en el CP. Porque nos puede surgir la duda de qué normativa ha de aplicarse para decidir sobre la responsabilidad civil del menor de 18 años que es inimputable, si la del CP, en cuyo caso será responsable civil la persona que tenga bajo su potestad o guarda al menor inimputable, y siempre y cuando haya mediado culpa o negligencia por su parte, o la LO 5/2000, siendo entonces responsables civiles solidarios, por este orden, los padres, tutores, acogedores, guardadores legales o de hecho, imponiendo además una responsabilidad civil objetiva. O en el caso de que el menor actúe amparado por la causa de justificación de estado de necesidad, ¿qué reglas han de aplicarse para decidir sobre quién recae la responsabilidad civil? ¿las del CP o las de la LO 5/2000? Y la misma duda surge cuando el menor actúa impulsado por miedo insuperable, o cuando el menor de 18 años incurre en un error de tipo o en un error de prohibición. En resumidas cuentas, se trata de decidir quién ha de responder civilmente del hecho del que se deriva un daño cometido por el menor cuando, de tratarse de una persona mayor de edad, aquella responsabilidad se asumiría de manera directa (y a veces exclusiva) por persona distinta de la que es responsable penal del hecho. Parece que la tesis interpretativa que ha de plantearse es la aplicación también de las reglas sobre responsabilidad civil contenidas en el CP, quizás con la matización de que en aquellas reglas que van referidas al responsable civil por haber sido responsable penal, en su caso, se ha de entender que el responsable civil será el menor solidariamente con las personas mencionadas en la regla del art. 61.3 LO 5/2000.

¹¹⁰ Para más detalles sobre esta discusión, GONZÁLEZ ORVIZ, 2008: 19 s.

no la culpa de la víctima a efectos de modular convenientemente la responsabilidad civil que ha de asumir el menor de 18 años (arts. 110-115 CP).

El tema más problemático es el relativo a los sujetos responsables civiles. En el art. 61.3 LO 5/2000 se prevé la responsabilidad solidaria del menor de 18 años¹¹¹ y de los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho¹¹², por este orden. En la declaración de la responsabilidad solidaria de los sujetos que ejercen determinadas funciones en relación con los menores de 18 años no se hace depender la misma de condiciones tales como que los padres ejerzan o no la patria potestad, o que los menores de 18 años convivan o no con los padres o tutores¹¹³. La falta de mención alguna a este

¹¹¹ Se plantea CAVANILLAS MÚGICA, 2004: 116 s, el tratamiento del menor emancipado. Para este autor, la parte penal de la LO 5/2000 sí vendrá en aplicación, pero es dudoso que se aplique la regulación de la responsabilidad civil, analizando distintas situaciones, dependiendo de qué fundamento se defiende en la responsabilidad civil de padres: en primer lugar, que la *ratio* de la regulación de la responsabilidad civil sea la culpa en el cuidado del menor, supuesto en el que no vendrá en aplicación tal normativa; en segundo lugar, que se fundamente en la culpa en la emancipación del menor, en cuyo caso podrían responder los padres; en tercer lugar, que la *ratio* sea una responsabilidad objetiva por el hecho de la paternidad, no en la patria potestad o en su ejercicio, en cuyo caso sí se podría mantener la responsabilidad civil de los progenitores. Concluye este autor que, desde el fundamento que él ha propuesto en relación con la regulación contenida en el art. 61 LO 5/2000, esto es, se trata de una pseudo responsabilidad con función penal, no añade nada traer al proceso a los padres que han permitido de manera legítima la emancipación del hijo. Para GÓMEZ CALLE, 2008-III: 207, si nos encontramos ante un menor emancipado no está justificado hacer responder civilmente a los padres.

¹¹² GONZÁLEZ MONTES, 2010: 560 ss., llama la atención sobre la falta de mención de los centros docentes, públicos y privados, como posibles responsables civiles de los daños causados por los menores de edad, poniendo de relieve la posible vía interpretativa apuntada para evitar esta “laguna” (pues no es tal laguna si, ante la imposibilidad de aplicar los preceptos contenidos en la LO 5/2000, hay que recurrir a la regulación de la responsabilidad civil extracontractual del CC): el recurso a la interpretación amplia del término guardador de hecho. Más ampliamente, con carácter general sobre la responsabilidad civil extracontractual de los centros, privados y públicos, por los daños cometidos por los menores, y particularmente sobre la responsabilidad civil cuando el menor cometa un delito o falta, GÓMEZ CALLE, 2008-III: 241 ss., 279 ss., 283 s., 287 ss., 294 ss. En el segundo caso, cuando se trata de centros privados, analiza las distintas vías interpretativas propuestas para resolver esta responsabilidad civil, a saber, recurriendo al término “guardadores de hecho” del art. 61.3 LO 5/2000, o a la regulación civil sobre la responsabilidad civil extracontractual, o al art. 120.3 CP sobre responsabilidad subsidiaria; y en el caso de centros públicos, exponiendo las vías interpretativas propuestas, bien la previsión del art. 61.4 LO 5/2000, bien la del art. 61.3 LO 5/2000 (si la Administración es tutora del menor), bien al régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

¹¹³ En relación con la responsabilidad de los padres, advierte CAVANILLAS MÚGICA, 2004: 117, que en la ley no se distingue si mantienen o no la patria potestad o están privados de ella, ni si están o no ejerciendo la guarda o custodia, cuestión que debe resolverse atendiendo a la forma como se haya fundamentado la responsabilidad civil de los padres: esto es, si se trata de una responsabilidad objetiva, no será necesario que los padres mantengan o no la patria potestad, o que ejerzan o no la guarda o custodia, pero esto sí será preciso si la responsabilidad es subjetiva, basada en la culpa *in vigilando*. Finalmente este autor reconoce que, desde el fundamento por él defendido (estamos ante una pseudo responsabilidad civil), en muchas ocasiones las causas del comportamiento grave del menor no se basarán exclusivamente en la culpa *in vigilando* del guardador, sino en el ejercicio, en su sentido más amplio, de la patria potestad. También GÓMEZ CALLE, 2008-III: 207, advierte que en el precepto que se comenta no se exige que los padres tengan bajo su potestad a los menores, o que los tengan bajo su guarda. En otro orden de cosas, GALLEGO DOMÍNGUEZ, 2009: 46 s., 49, señala que nos encontramos ante una responsabilidad solidaria de distintas personas en cascada: en primer lugar, los padres (restringiendo este

u otro tipo de consideraciones ¿puede hacer surgir a la vez la responsabilidad solidaria de varias de estas personas “encargadas” de los menores? Porque, por ejemplo, si los padres no tienen que ejercer la patria potestad puede suceder que el menor de 18 años tenga progenitores y, al mismo tiempo, esté bajo la tutela de otra persona, o el guardador legal o de hecho sea otra persona diferente al padre y/o la madre.

En parte en relación con lo anterior, no queda muy claro qué se quiere indicar con que la responsabilidad solidaria es de menores y padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, “por este orden”¹¹⁴, aunque parece indicar que la existencia de una de las personas del grupo anterior excluye la responsabilidad de las personas incluidas en los grupos siguientes. Pero esta interpretación lleva a resultados injustos, ya que si el menor de 18 años tiene padres y en ese momento está bajo la guarda de otra persona, quienes responderán civilmente serán los primeros, lo que no parece muy acertado, por esta razón parece necesario introducir un criterio corrector a la interpretación de esta enumeración de sujetos responsables, basado en quien tenga la guarda en el momento concreto en que el menor ha cometido el hecho delictivo causante de daños¹¹⁵.

Como los padres y tutores son guardadores legales, habrá que diferenciar estos términos, en el sentido de que dentro de la categoría de guardadores legales se incluyan personas que no tengan la condición de padres o tutores del menor de 18 años.

Mención especial merece la posibilidad de que las Administraciones Públicas competentes en protección de menores puedan ser consideradas guardadores legales del

autor a que además ejerzan la patria potestad); en segundo lugar, el tutor (y no parece exigirse convivencia); y, en tercer lugar, los acogedores o guardadores legales o de hecho.

¹¹⁴ CAVANILLAS MÚGICA, 2004: 117 s., conecta este problema con el fundamento de la responsabilidad civil de estas personas: así, si la responsabilidad es objetiva, en este orden hay que entenderlo en sentido estricto, esto es, que si hay padres serán ellos los que respondan y nadie más. Si el fundamento es la culpa o negligencia, en tal caso para decidir quién es responsable habrá que remitirse a la institución responsable de la guarda, y en este orden se entendería como una mera recomendación al juez para que siga esa prelación en la búsqueda del guardador y responsable. Para este autor, desde la fundamentación por él defendida, que se trata de una pseudo responsabilidad civil, en este orden ha de interpretarse en sentido lato, pudiendo condenarse a padres y guardadores en función de (y proporción a) su papel. GONZÁLEZ MONTES, 2010: 558 s., desde la perspectiva procesal sobre el ejercicio de la acción civil, se limita a destacar dos posibles interpretaciones, una, seleccionar la persona contra la que se dirige la acción civil, aportando como criterio el hecho de quien tenga al menor infractor bajo su guarda; dos, dirigir la acción civil frente a todos los responsables civiles de manera acumulativa (lo que supone obviar el requisito exigido en el art. 61.3 “por este orden”). GALLEGO DOMÍNGUEZ, 2009: 46 s., 49, sí reconoce que nos encontramos ante una responsabilidad solidaria de distintas personas en cascada.

¹¹⁵ Apunta esta interpretación ajustada a quien tenga la guarda del menor en el momento de cometer el delito, ROIG TORRES, 2010: 432. Para más detalles sobre las distintas interpretaciones defendidas en relación con el término “por este orden”, y las consecuencias, a todas luces injustas, que se derivarían de defender una interpretación literal, GÓMEZ CALLE, 2008-III: 207 ss., 211 ss.

menor de 18 años que ha delinquido, a efectos de exigir a estas la responsabilidad civil solidariamente con el menor. Esta interpretación parece avalada por el art. 61.4 LO 5/2000, cuando dispone que, en su caso, se aplicará lo dispuesto en el art. 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues este precepto se refiere a la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos. De la previsión expresa contenida en este art. 61.4 LO 5/2000 parece que se ha pretendido diferenciar, por un lado, la responsabilidad civil solidaria de las Administraciones Públicas con competencias tutelares de menores de 18 años y, por otro lado, la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos¹¹⁶.

De la literalidad del art. 61.3 LO 5/2000 se desprende que la responsabilidad solidaria de padres¹¹⁷, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden, es objetiva, ya que se ha dispuesto que cuando estos no hubieren favorecido¹¹⁸ la conducta del menor con dolo o negligencia grave (entendidos en su significado civil), su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos, pero no se opta por la exclusión de la responsabilidad civil, como hubiera sido lo oportuno si esta clase de responsabilidad se basara en la culpa o negligencia del guardador del menor¹¹⁹.

¹¹⁶ Plantea esta diferenciación, GONZÁLEZ MONTES, 2010: 560. Por otra parte, en el art. 61.4 LO 5/2000 también se dispone que, en su caso, se aplicará lo dispuesto en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y sus disposiciones complementarias.

¹¹⁷ GÓMEZ CALLE, 2008-III: 219 ss., se ocupa de analizar cómo ha de interpretarse este precepto que establece la responsabilidad solidaria de los padres (sin que literalmente se exijan requisitos adicionales, como la convivencia, o que los padres ejerzan la patria potestad) en caso de separación o divorcio de éstos, cuando se asigna la custodia a uno de los progenitores con derecho de visitas al otro.

¹¹⁸ GALLEGO DOMÍNGUEZ, 2009: 48, destaca los problemas interpretativos del requisito “no favorecimiento de la conducta del menor” a efectos de moderar la responsabilidad civil de sus guardadores. En otro orden de cosas, GÓMEZ CALLE, 2008-III: 201 ss., 205 ss., se ocupa de la cuestión relativa al requisito de la moderación de la responsabilidad civil en caso de que no haya concurrido dolo o culpa grave en los responsables solidarios, en particular, si se trata de una moderación que tiene consecuencias en las relaciones internas entre el menor y el responsable solidario o si, por el contrario, también tiene efectos para el perjudicado.

¹¹⁹ Reconocen que en el art. 61.3 LO 5/2000 se ha establecido la responsabilidad objetiva de padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, QUINTERO OLIVARES, 2002: 158; GÓMEZ CALLE, 2008-III: 199; GALLEGO DOMÍNGUEZ, 2009: 47; GONZÁLEZ MONTES, 2010: 557 s.; ROIG TORRES, 2010: 433 s. De otra opinión, CAVANILLAS MÚGICA, 2004: 113 ss., quien propone una fundamentación diferente, considerando que nos encontramos ante una pseudo responsabilidad civil, orientada a funciones propias de la justicia de menores, y debe regirse por principios sancionatorios.

Como última previsión expresa, el art. 63 LO 5/2000 se dedica a la responsabilidad civil de los aseguradores, en un sentido muy similar a la regulación de la responsabilidad civil directa de estas personas prevista en el CP¹²⁰.

4.2. Los responsables civiles subsidiarios

A establecer esta clase de responsabilidad civil y las personas que han de asumirla se dedican los arts. 120 y 121 CP. Según esta regulación, responderá civilmente una persona distinta a la que cometió el delito o la falta, siempre que concurren los siguientes requisitos: por un lado, que el responsable penal no pueda hacer efectiva la responsabilidad civil a cuyo cumplimiento está principalmente obligado, generalmente porque resulta insolvente. Por otro lado, ha de existir una determinada relación entre la persona que se halla obligada subsidiariamente y el delito cometido o el autor del delito. Como veremos a continuación, esta relación tiene naturaleza diversa en cada uno de los supuestos de responsabilidad civil subsidiaria que se contemplan en estos preceptos penales.

4.2.1. Responsabilidad civil subsidiaria de padres y tutores

Según dispone el art. 120.1º CP, los padres o tutores responden civilmente por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de 18 años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia¹²¹.

¹²⁰ Sobre la interpretación del art. 63 LO 5/2000, v., por todos, GONZÁLEZ MONTES, 2010: 565 s.

¹²¹ Estamos ante la tercera regla sobre la responsabilidad civil derivada del delito de los padres y tutores por hechos cometidos por sus hijos o pupilos: la primera es la prevista en el art. 118.1.1ª CP, una responsabilidad civil directa y solidaria en relación con los hechos cometidos por inimputables que están bajo su potestad o guarda, siempre y cuando haya mediado culpa o negligencia por su parte; la segunda es la prevista en el art. 61.3 LO 5/2000, una responsabilidad objetiva y solidaria en relación con los hechos cometidos por los menores de 18 años; y la tercera es la que ahora nos ocupa, la del art. 120.1º CP, una responsabilidad subsidiaria y basada en la culpa o negligencia de padres o tutores por los hechos cometidos por hijos o pupilos mayores de 18 años. A esta triple regulación penal habría que añadir lo dispuesto en el art. 1903 CC con carácter general sobre la responsabilidad civil extracontractual, un precepto que establece la responsabilidad civil directa basada en la culpa o negligencia (si bien se parte de la presunción de que ha habido culpa o negligencia por parte del responsable civil, salvo prueba en contrario) de los padres respecto de los hijos que se encuentran bajo su guarda o de los tutores respecto de los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Como se puede constatar a simple vista, no hay coincidencia entre las regulaciones penal y civil sobre esta materia, algo que ha sido objeto de críticas doctrinalmente. Para más detalles sobre la regulación civil, v., por todos,

La primera condición para la aplicación de esta regla es que el sujeto que ha cometido un delito o falta causante de daños y perjuicios sea mayor de 18 años sujeto a la patria potestad o tutela¹²². Para que una persona mayor de 18 años esté sometida al ejercicio de estos cargos tutelares es requisito necesario que haya sido incapacitada civilmente (arts. 171 y 122 CC)¹²³. Como dispone el art. 200 CC, la incapacitación civil procede cuando el sujeto padece una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impide gobernarse por sí mismo. Estamos, por tanto, ante un término que presenta ciertas similitudes con el de inimputable utilizado en el art. 20.1 y 3 CP (cuando el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica grave o cuando el sujeto no tiene conciencia de la realidad por un alteración de la percepción desde el nacimiento o desde la infancia).

Y esta es precisamente la cuestión central que se plantea en la interpretación del art. 120.1 CP: la incapacitación civil, ¿implica necesariamente que el sujeto sea inimputable penalmente? Porque de llegar a esta conclusión resultaría que el art. 120.1

GÓMEZ CALLE, 2008-III: 145 ss., 152 ss., 166 ss., 174 ss., ocupándose también, como hemos analizado con anterioridad, de la responsabilidad civil de los padres por los daños derivados de la comisión de un delito o falta por un menor de 18 años (pp. 190-241); GALLEGO DOMÍNGUEZ, 2009: 18 ss., 21 ss., y la forma de interpretar la presunción de culpa por parte de los Tribunales, llegando a convertirla en una responsabilidad objetiva. Se ocupa este autor de analizar quiénes son los obligados, los que han de ejercer las funciones protectoras de padres y tutores (pp. 26 ss.). También compara este autor la regulación civil con la regulación de la responsabilidad penal de los menores sometidos a la LO 5/2000 (pp. 48 s.).

¹²² CAVANILLAS MÚGICA, 2004: 119 ss., ofrece otras alternativas sobre el ámbito de aplicación de este precepto: en primer lugar, cabe la posibilidad de que se haya establecido para cubrir los daños causados por los mayores de 18 años con el vehículo a motor de sus padres. Ahora bien, si este supuesto era problemático en la antigua regulación del CP anterior en materia de responsabilidad civil derivada del delito, porque no había un precepto que se refiriera expresamente al mismo, ahora ya no plantea ningún problema para su tratamiento, al estar recogido en el art. 120.5 CP. En segundo lugar, señala este autor que el precepto que nos ocupa puede referirse a los hijos que permanecen bajo la patria potestad prorrogada, más allá de la mayoría de edad, pero desde esta perspectiva el precepto se superpone al art. 118 CP (aunque veremos en el texto que esto no es exactamente así). En tercer lugar, se podría pensar que impropia se refiere a los hijos mayores de 18 años que permanecen en el hogar paterno, tesis que finalmente descarta, optando por la segunda de las posibles interpretaciones. Con carácter previo, también YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 266 ss., ofrecía dos posibles interpretaciones de esta regla de responsabilidad civil subsidiaria: en primer lugar, y atendiendo al momento histórico en el que se estaba tramitando el actual CP (entre 1994-1995), la regla podría estar pensando en la responsabilidad civil subsidiaria de los padres y tutores respecto de los hechos delictivos cometidos por sus hijos y pupilos mayores de 16 años y menores de 18 años, porque en aquel momento la mayoría de edad penal y la civil no coincidían (la mayoría de edad civil se establece a los 18 años, mientras que la mayoría de edad penal, hasta que no fue aprobado el CP de 1995, se había establecido a los 16 años). La segunda interpretación sería entender que la responsabilidad civil subsidiaria se establece en relación con hijos mayores de edad que siguen dependiendo económicamente de sus padres, compartiendo vida y vivienda, utilizándose los términos patria potestad y tutela no en sentido técnico, sino en sentido coloquial. Este autor sigue mencionando estas dos interpretaciones en YZQUIERDO TOLSADA, 2008-I: 1087 s.

¹²³ V., en este sentido, entre otros, MONTÉS PENADÉS, 1996: 638; YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 266 s.; 2008-I: 1087, 1089; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, 1998: 99 s.; GARCÍA-RIPOLL MONTIJOANO, 2000: 555; MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 165; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 634; GALLEGO DOMÍNGUEZ, 2009: 42; RODRÍGUEZ RAMOS, 2010: 300; ROIG TORRES, 2010: 453.

CP no tendría operatividad alguna, ya que si el incapacitado civil (mayor de 18 años) es inimputable penalmente, la norma de preferente aplicación para establecer la responsabilidad civil de los padres o tutores será la del art. 118.1.1ª CP, precepto que se refiere precisamente al supuesto en que el sujeto que comete el delito es inimputable¹²⁴. Sobre este particular parece que lo más acertado es diferenciar entre ambos términos, considerando que el concepto de incapacitación es más amplio, al incluirse en el mismo deficiencias o enfermedades persistentes de carácter físico o psíquico que no generan o no suponen la inimputabilidad del sujeto (claramente esto sucederá con las enfermedades persistentes de carácter físico). Desde esta perspectiva, la regla prevista en el art. 120.1 CP parte de la consideración de que el sujeto que ha realizado el hecho delictivo generador de daños y perjuicios indemnizables sí es responsable penalmente, siendo él el responsable civil directo, pero al estar incapacitado civilmente existen personas encargadas de su tutela que han de asumir la responsabilidad civil subsidiaria si en el cumplimiento de las obligaciones inherentes a estos cargos tutelares han actuado negligentemente, y por su culpa *in vigilando* han contribuido causalmente a la comisión del hecho generador de daños¹²⁵.

Como se acaba de adelantar, la segunda condición para que entre en aplicación este supuesto de responsabilidad civil subsidiaria es que los padres o tutores hayan

¹²⁴ Habría además otras diferencias entre los arts. 118.1.1ª y 120.1 CP: en el primero se establece la responsabilidad civil directa y solidaria, en el segundo se trata de una responsabilidad civil subsidiaria; una segunda diferencia es la relativa a los sujetos responsables: en el primer caso son las personas que tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho al inimputable, en el segundo caso son los padres o tutores (quedando fuera el guardador de hecho); y una tercera diferencia es que en el primer precepto sólo alude como requisito a que el responsable civil tenga potestades de guarda y custodia del inimputable, mientras que en el segundo precepto los padres o tutores han de tener en su compañía al incapacitado (sobre estas diferencias entre los arts. 118.1.1ª y 120.1 CP, v., por todos, MONTÉS PENADÉS, 1996: 638 s.; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2000: 554 s.; ROIG TORRES, 2010: 454). Un sector de la doctrina ha considerado que los arts. 118.1.1ª y 120.1 CP se superponen, lo que significa que el incapacitado civilmente es una persona inimputable penalmente, y ello lleva a la consecuencia de que en realidad la regla que ahora nos ocupa no tiene aplicación práctica. Defiende esta interpretación, entre otros, CAVANILLAS MÚGICA, 2004: 120 s. Por su parte YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 267; 2008-I: 1089 s., 1090, considera que normalmente el incapacitado civil también será inimputable penalmente, y aunque reconoce que habrá muy pocos casos en que el incapacitado civilmente sí tenga la suficiente capacidad para ser responsable penal de sus actos, no cree probable que el legislador haya tenido en cuenta estos rarísimos supuestos para mantener la regla contenida en el art. 120.1 CP. En resumidas cuentas, para este autor esta regla sobre la responsabilidad civil tiene poca operatividad, proponiendo su derogación.

¹²⁵ Defienden esta interpretación del art. 120.1 CP, el incapacitado civilmente sí es responsable penal (no es inimputable, por tanto), entre otros, MONTÉS PENADÉS, 1996: 639; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2000: 554 s.; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 634; GALLEGO DOMÍNGUEZ, 2009: 41, 42; ROIG TORRES, 2010: 453. Precisamente el hecho de que nos encontremos ante una persona que sí tiene el necesario discernimiento y voluntad para realizar el hecho dañoso ha llevado a GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2000: 556, a criticar el establecimiento de la responsabilidad civil subsidiaria en el guardador, pues si la persona tutelada tiene aquella capacidad la misma es síntoma de que la potestad del guardador no se ha de extender a este ámbito del comportamiento.

incurrido en culpa o negligencia. Coincide en este caso con el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual de padres y tutores regulada en el art. 1903 CC, en la denominada culpa *in vigilando*, requisito que deberá ser probado por el demandante/perjudicado¹²⁶.

4.2.2. Responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de medios de difusión

La previsión de los medios de difusión como responsables civiles subsidiarios se contiene en el art. 120.2º CP, según el cual responden subsidiariamente las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos o faltas cometidos utilizando los medios de los que son titulares, con la salvedad de lo dispuesto para los delitos de injuria y calumnia, ya que para el caso de que se haya cometido un delito (y no una falta) de injuria o calumnia que haya sido propagado por alguno de estos medios de difusión se establece un régimen de solidaridad entre el autor del delito y el titular del medio (art. 212 CP); si estos medios se utilizan para cometer otro delito o falta, el titular sólo responde subsidiariamente, siendo responsable civil principal el responsable penal¹²⁷.

Nos encontramos ante el primer supuesto de responsabilidad civil subsidiaria objetiva¹²⁸, siendo uno de los principales aspectos destacables el relativo a su ámbito de aplicación, o dicho de otra manera, en relación con qué delitos o faltas que se hayan

¹²⁶ V., para más detalles, por todos, MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 162; YZQUIERDO TOLSADA, 2008-I: 1082 s.; GALLEGU DOMÍNGUEZ, 2009: 42 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 616; ROIG TORRES, 2010: 455. Partiendo de este fundamento, ALASTUEY DOBÓN, 2006: 634, completa la explicación añadiendo que se encuentra en el especial vínculo personal y jurídico que une a las dos partes, y de este vínculo se derivan una serie de deberes para los titulares de la patria potestad y tutela (arts. 154 y 269 CC) entre los que queda implícito el deber de vigilancia.

¹²⁷ Para más detalles sobre esta modalidad de responsabilidad civil subsidiaria, v., por todos, FEMENÍA LÓPEZ, 2000: 557-571, y en particular en relación con quienes son las personas, físicas o jurídicas, que han de asumir esta responsabilidad civil, pp. 559 ss., ocupándose también de diferenciar este supuesto del regulado en el art. 120.4 CP (pp. 565 s.).

¹²⁸ De esta opinión, entre otros, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, 1998: 100; FEMENÍA LÓPEZ, 2000: 563 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 617. Matiza esta fundamentación QUINTERO OLIVARES, 2008: 790, pues excluye la responsabilidad civil cuando el titular del medio, aun obrando con la diligencia exigible, no ha podido evitar que alguien se aproveche del medio para cometer un delito, por ejemplo a través de una llamada directa a una emisora; en este caso el autor mencionado estima que sería inadmisibles extender la responsabilidad subsidiaria a la empresa propietaria del medio, aunque no haya mención expresa al fundamento de que haya habido culpa o negligencia, como sí se hace en el art. 120.1º CP; parece seguir la tesis de este autor ROIG TORRES, 2010: 457. Descarta la fundamentación objetiva de la responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de los medios de comunicación, DE LA FUENTE HONRUBIA, 2003: 238 s., y en su lugar recurre al criterio del profesional medio ideal, puesto en la situación de los responsables del medio, que hubiera podido haberse dado cuenta que va a producirse una utilización del mismo tendente a la comisión de un delito o falta.

cometido utilizando los medios de comunicación surge la responsabilidad civil subsidiaria para sus titulares si con la comisión de tal delito se han causado daños y perjuicios. Excluidos los delitos de injurias y calumnias, porque tienen un régimen específico, suele citarse los delitos contra la intimidad (descubrimiento y revelación de secretos, arts. 197 ss. CP), delitos contra la propiedad intelectual e industrial (arts. 270 ss. y 273 ss. CP), y en relación con los delitos relativos al mercado y a los consumidores (arts. 278 ss. CP), siendo el supuesto más discutible como susceptible de llegar a generar esta clase de responsabilidad civil subsidiaria el delito de publicidad engañosa (art. 282 CP)¹²⁹.

4.2.3. Responsabilidad civil subsidiaria, de personas físicas o jurídicas, por hechos sucedidos en sus establecimientos

En el art. 120.3º CP se establece otro supuesto de responsabilidad civil subsidiaria: esta recae en las personas naturales o jurídicas en relación con los delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que este no se hubiera producido sin dicha infracción¹³⁰.

¹²⁹ El supuesto que indiscutiblemente se admite como generador de la responsabilidad civil subsidiaria que nos ocupa es el relacionado con los delitos contra la propiedad intelectual. Así lo reconocen, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 289; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, 1998: 100; FEMENÍA LÓPEZ, 2000: 569 s.; MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 165 s.; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 635 (quien también extiende esta responsabilidad civil en relación con los delitos contra la propiedad industrial); ROIG TORRES, 2010: 457 (extendiendo la responsabilidad civil en relación con los delitos contra la propiedad industrial). En cuanto a la responsabilidad civil derivada de los delitos contra la intimidad, en particular en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, admiten sin más esta responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de los medios de comunicación ALASTUEY DOBÓN, 2006, 635; ROIG TORRES, 2010: 457, si bien recuerda FEMENÍA LÓPEZ, 2000: 568 s., que la responsabilidad civil derivada de la comisión de delitos contra el honor, intimidad familiar y propia imagen se regula de manera autónoma y específica en la LO 1/1982, por lo que habrá que estar a lo que disponga esta ley sobre los responsables civiles. Como se ha indicado en el texto, el supuesto más controvertido sobre si origina o no responsabilidad civil subsidiaria es el delito de publicidad engañosa. Se manifiesta expresamente negando tal posibilidad CAVANILLAS MÚGICA, 2004: 129, a no ser que su carácter criminal sea realmente aparente; sigue a este autor GONZÁLEZ ORVIZ, 2008: 28. Desde diversos argumentos, se inclinan porque se excluya la responsabilidad civil subsidiaria en relación con el delito de publicidad engañosa, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 289; FEMENÍA LÓPEZ, 2000: 570 s.; MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 166. Con carácter general, reconocen que esta modalidad de responsabilidad civil subsidiaria se puede poner en relación con los delitos relativos al mercado y a los consumidores -incluyendo por tanto el delito de publicidad engañosa-, ALASTUEY DOBÓN, 2006: 635; ROIG TORRES, 2010: 457.

¹³⁰ Sobre el origen de esta modalidad de responsabilidad civil subsidiaria, v., ampliamente, DÍEZ SOTO, 2000: 577 ss., limitado históricamente en la responsabilidad civil de hosteleros, posaderos y

El criterio de determinación de esta modalidad de la responsabilidad civil subsidiaria viene determinado por la relación que tiene el sujeto con el lugar donde se ejecuta el hecho delictivo causante de los daños y perjuicios: la responsabilidad civil recae en los titulares de los establecimientos por los hechos en ellos cometidos por un tercero¹³¹, una responsabilidad objetiva, basada en la teoría del riesgo¹³². El establecimiento, entendido este término en sentido amplio¹³³, ha de pertenecer a la persona física o jurídica sobre la que recae la responsabilidad civil subsidiaria, incluyéndose también a las Administraciones públicas por los hechos cometidos en los suyos¹³⁴.

Requisito básico para que surja esta modalidad de responsabilidad subsidiaria en el titular del establecimiento es que las personas que lo dirijan o administren, o los

taberneros, si bien con el tiempo tal responsabilidad civil se ha extendido a otros profesionales/actividades empresariales.

¹³¹ Así lo advierten, entre otros, DÍEZ SOTO, 2000: 574 s., 582; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 636; GONZÁLEZ ORVIZ, 2008: 28; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 617; RODRÍGUEZ RAMOS, 2010: 301, cuando afirman que en este supuesto se contemplan los hechos punibles cometidos en el establecimiento, no por la persona que en él trabaja, supuesto este segundo que se subsume en el art. 120.4º CP. Se plantea DÍEZ SOTO, 2000: 632 s., la posibilidad de que venga en aplicación este art. 120.3º CP cuando el delito o la falta se haya cometido por los representantes, gestores, dependientes o empleados en el propio establecimiento, y esto sucederá en el caso de que no se cumplan las condiciones específicas previstas en el art. 120.4º CP para establecer este supuesto de responsabilidad civil subsidiaria de los empresarios por hechos cometidos por sus empleados. O cuando el hecho lo haya cometido un sujeto sometido a la patria potestad o a la tutela del titular del establecimiento, para el caso de que este sujeto haya actuado con la diligencia debida; descartada la posibilidad de apreciar el art. 120.1º CP, sí vendría aplicable el supuesto de responsabilidad civil subsidiaria del art. 120.3º CP. En otro orden de cosas, CAVANILLAS MÚGICA, 2004: 127 s., pone de relieve lo sorprendente que resulta que sólo se haya regulado este supuesto y no otros en los que la culpa civil también podría favorecer la comisión de un delito o falta, afirmando a continuación que este caso de responsabilidad civil denota “cierto aroma sancionador y preconstitucional, propio de aquella época en que la autoridad privilegiaba y exigía colaboración de los responsables de los establecimientos abiertos al público en la salvaguarda del orden establecido”, si bien finalmente admite que se puede hacer una lectura “modernizada” de este precepto penal.

¹³² V., en este sentido, entre otros, DÍEZ SOTO, 2000: 582, 607, 611; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 636 s.; ROIG TORRES, 2010: 458 ss. De otra opinión, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 616 s., quienes entienden que ha de evitarse el excesivo objetivismo de la responsabilidad civil en este caso, sobre todo porque se está ante el hecho delictivo cometido en el establecimiento, pero no por las personas que en él trabajan.

¹³³ Sobre la interpretación de este requisito, incluyendo los daños causados en espectáculos y fiestas celebradas al aire libre o en espacios públicos, v., por todos, DÍEZ SOTO, 2000: 631 s.; CAVANILLAS MÚGICA, 2004: 128, 129; GONZÁLEZ ORVIZ, 2008: 29; ROIG TORRES, 2010: 462 ss., haciendo una exposición de la interpretación jurisprudencial del mismo.

¹³⁴ Sobre la posible determinación de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración a través de la aplicación del art. 120.3º CP, por todos, DÍEZ SOTO, 2000: 629; QUINTERO OLIVARES, 2002: 175 s., en relación con la responsabilidad civil por hechos dañosos cometidos por los reclusos en centros penitenciarios; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 2004: 265 ss., 269 ss., 272 ss., con referencias jurisprudenciales; ROIG TORRES, 2010: 463, 465 ss., en particular en relación con delitos cometidos en centros penitenciarios, pero también en relación con otros lugares, pp. 463, 465 ss. Sobre esta cuestión hemos de tener en cuenta el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2ª TS 26-5-2000, en el que se reconoce expresamente que “El art. 121 del nuevo CP no altera la jurisprudencia de esta sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos en establecimientos sometidos a su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del art. 120.3º del CP”.

dependientes o empleados en el mismo, hayan infringido reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad relacionadas con el hecho punible cometido. Vayamos por partes. La infracción de tales disposiciones ha de ser imputable al director, al administrador, o a los empleados o dependientes¹³⁵, pero ¿y si ha sido el propio titular del establecimiento el que ha cometido dicha infracción, siendo así que este no tiene la calificación ni de director, ni de administrador, ni de empleado ni dependiente?¹³⁶ El sujeto que tiene atribuidas funciones de dirección y administración, o que simplemente desempeña su actividad en régimen de dependencia en ese establecimiento, ha de haber infringido reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad relacionadas con el hecho punible, y aunque se pretenda defender una interpretación amplia de este elemento, incluyendo no sólo disposiciones normativas de rango de ley o inferiores a la ley, sino también el genérico deber objetivo de cuidado que ha de cumplirse en la realización de toda actividad para no causar daños a terceros¹³⁷, en todo caso ha de

¹³⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, 2010: 301, afirma que se utilizan términos de la mayor amplitud, con la finalidad de definir las personas que tienen la capacidad de determinar el surgimiento de la responsabilidad civil, que son tanto las que realizan funciones dirigentes como las que desempeñan tareas subordinadas como dependientes o empleados.

¹³⁶ Como el art. 120.3º CP se refiere a las personas naturales o jurídicas titulares de los establecimientos por un lado y a la infracción de reglamentos de policía y disposiciones de autoridades cometida por los que dirigen o administran el establecimiento (o de sus dependientes o empleados), se plantea la duda ALASTUEY DOBÓN, 2006: 636, de si se está refiriendo o no a las mismas personas, pues obviamente el director o administrador de un establecimiento no tiene que ser necesariamente su titular. Propone esta autora interpretar el precepto en el sentido de que al hablar de directores del establecimiento se está refiriendo a sus titulares, y ello para evitar la consecuencia a la que se llegaría en caso contrario, esto es, que cuando el titular y el director no coincidan en la misma persona y fuera el mismo titular el que infringiera los reglamentos de policía, no se podría aplicar este precepto, quedando el titular exento de responsabilidad civil. Esta lectura del art. 120.3º CP tiene consecuencias en la explicación en torno a la fundamentación de esta responsabilidad civil subsidiaria: cuando es el titular quien infringe los reglamentos de policía, estamos ante la infracción directa de deberes de diligencia contenidos en estas disposiciones; cuando la infracción de los reglamentos se comete por el empleado, el fundamento se basará en la culpa *in eligendo* o *in vigilando*. En relación con la tesis de esta autora, DE LA FUENTE HONRUBIA, 2003: 240, puntualiza que el titular, además de tener esta condición, puede ser el director, o el administrador, un empleado o un dependiente; en estos casos de doble concurrencia de condición debe interpretarse que el titular deberá responder por sus propios actos como consecuencia de estar llevando a cabo una actividad infractora por el desempeño de una función en el establecimiento que determina la responsabilidad civil subsidiaria. El único supuesto en el que el titular queda exento de responsabilidad civil es cuando, con independencia de la función que lleve a cabo en el establecimiento, concurre en él la condición de sujeto activo del delito, ya que en este caso habría responsabilidad civil directa. Concluye afirmando que se trata de una responsabilidad civil subsidiaria por actos de infracción propios y por actos de infracción de sus subordinados. DÍEZ SOTO, 2000: 630, afirma que el nuevo CP ha optado por señalar al titular del establecimiento como el sujeto responsable, supeditando su responsabilidad a la infracción de reglamentos por parte de quien dirija o administre el establecimiento, o de sus dependientes o empleados, concluyendo que, probablemente, la finalidad perseguida ha sido la de prever expresamente la posibilidad de que la infracción pueda proceder de quien, no siendo empleado en sentido propio, tampoco tiene la condición de titular. En cuanto a la interpretación de quién es el titular del establecimiento, será aquel a quien incumbe de manera directa el deber de dar cumplimiento a la disposición infringida (pp. 630 s.).

¹³⁷ Esta es la interpretación amplia que se defiende jurisprudencialmente. V., sobre este particular, ROIG TORRES, 2010: 459 ss.

tratarse de la infracción de normas o disposiciones de la autoridad relacionadas con la seguridad de los establecimientos y que tengan como finalidad la prevención de daños derivados de comportamientos dolosos o imprudentes de terceros¹³⁸. Como elemento restrictivo se exige una relación causal entre la infracción de los reglamentos de policía o de las disposiciones de la autoridad y el hecho punible cometido en el establecimiento¹³⁹, sin que esto llegue a significar convertir al sujeto que ha infringido las normas sobre seguridad en responsable penal por un posible delito imprudente, ya que en tal caso, desde la perspectiva que aquí nos interesa, el establecimiento de la responsabilidad civil subsidiaria, el supuesto aplicable ya no sería el que nos ocupa, sino el previsto en el art. 120.4º CP¹⁴⁰.

4.2.4. Responsabilidad civil subsidiaria del empresario por hechos cometidos por sus empleados

Al cuarto supuesto de responsabilidad civil subsidiaria se dedica la regla del art. 120.4º CP: recae sobre las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios¹⁴¹.

Estamos ante una más de las responsabilidades civiles subsidiarias basadas en la responsabilidad objetiva, en concreto en la teoría del riesgo-beneficio, en el sentido de

¹³⁸ Sobre este requisito, v., ampliamente, por todos, DÍEZ SOTO, 2000: 582 ss., 586 ss., 590 ss., 602 ss.

¹³⁹ Para más detalles sobre este elemento restrictivo de la responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de establecimientos, ya que no será suficiente con constatar que se ha producido una infracción de alguna disposición reglamentaria para proceder a su declaración, v., entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 287 s.; DE LA FUENTE HONRUBIA, 2003: 240; DÍEZ SOTO, 2000: 591; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 367; GONZÁLEZ ORVIZ, 2008: 28; QUINTERO OLIVARES, 2008: 790; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 617; ROIG TORRES, 2010: 468 ss. Por su parte, MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 166 s., advierte que el tenor literal del art. 120.3º CP parece requerir una relación de causalidad directa entre la infracción de los reglamentos de policía y el hecho punible, lo que, a juicio de esta autora, convertiría este precepto en inoperante, ya que en casos como estos quien infringe las disposiciones normativas incurrirá en un delito imprudente, siendo así que en materia de responsabilidad civil subsidiaria habría que recurrir al art. 120.4º CP sobre la responsabilidad del empresario por hechos cometidos por sus empleados.

¹⁴⁰ Hace esta aclaración ALASTUEY DOBÓN, 2006: 637; siguiendo a esta autora, DE LA FUENTE HONRUBIA, 2003: 241.

¹⁴¹ También en el art. 1903.4 CC se regula la responsabilidad civil de los dueños o directores de un establecimiento y empresa por los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Además de las diferencias evidentes en cuanto a su redacción, la responsabilidad civil regulada en el CC es directa, y se basa en la culpa o negligencia del dueño o director, aunque se ha acabado imponiendo la responsabilidad objetiva. Para más detalles sobre las diferencias entre la regulación del art. 120.4º CP y el art. 1903.4 CC, v., por todos, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 270 ss.; 2008-I: 1090 ss.; DÍEZ SOTO, 2000: 651, 653, 661 ss., 666 s.

que quien ejercita una actividad peligrosa y obtiene un beneficio o utilidad de la persona que le presta sus servicios debe asumir también la responsabilidad de los perjuicios que cause¹⁴².

La aplicación de este supuesto se hace depender de la concurrencia de varios requisitos que podemos resumir de la siguiente manera: en cuanto al sujeto responsable civil subsidiario, este ha de ser una persona física o jurídica dedicada a cualquier género de industria o comercio¹⁴³; entre el sujeto responsable civil subsidiario y el sujeto responsable civil directo (y penal) ha de mediar una relación de dependencia; el daño indemnizable por el responsable civil subsidiario ha de tener su causa en la comisión de un hecho delictivo por parte del dependiente, empleado, representante o gestor; y el empleado o dependiente, representante o gestor tiene que cometer el delito o falta que causó daños indemnizables en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

Centrando nuestra atención en alguno de estos requisitos, en lo que respecta a la relación de dependencia, la jurisprudencia ha defendido una interpretación amplia del mismo, en el sentido de que no es preciso que entre el empleado y el empresario exista un vínculo contractual, de naturaleza laboral, sino que puede tratarse de un vínculo de cualquier naturaleza, bastando con que exista una cierta dependencia, siendo indiferente su carácter de gratuita o remunerada, permanente o transitoria, llegando a afirmarse que concurre este requisito con el simple hecho de que la tarea o actividad que realice el empleado o dependiente cuente con el beneplácito o aquiescencia del responsable civil

¹⁴² Reconocen que nos encontramos ante una responsabilidad civil objetiva, entre otros, MONTÉS PENADÉS, 1996: 642; YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 271 s.; 2008-I: 1092 s.; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, 1998: 102; MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 168; DÍEZ SOTO, 2000: 654 ss., 658; DE LA FUENTE HONRUBIA, 2003: 241; CAVANILLAS MÚGICA, 2004: 106, 122, 125; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 637 s., quien se hace eco de la evolución jurisprudencial sobre esta materia, desde el inicial fundamento basado en la culpa *in eligendo* o *in vigilando* hasta llegar a la fundamentación basada en la teoría del riesgo o beneficio que se admite en la actualidad; ASECIO MELLADO, 2006: 67; GONZÁLEZ ORVIZ, 2008: 29; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 617; RODRÍGUEZ RAMOS, 2010: 302. Parece seguir defendiendo la antigua fundamentación basada en la culpa *in eligendo* QUINTERO OLIVARES, 2008: 790.

¹⁴³ Advierte CAVANILLAS MÚGICA, 2004: 122 s. y n. 13, de que el art. 120.4 CP ha limitado el ámbito de esta responsabilidad al empresario, comerciante o profesional, excluyendo a los particulares o a las comunidades de propietarios, pero esto no ha impedido que en la jurisprudencia menor se esté apreciando responsabilidad civil subsidiaria en estos casos no mencionados expresamente en el precepto penal. Por su parte, DÍEZ SOTO, 2000: 690 s., es partidario de que se delimite con precisión los sectores de actividad en los que se debe admitir la atribución de responsabilidad extracontractual por hecho ajeno. Añade este autor que la nueva redacción del art. 120.4 CP permite apreciar una cierta tendencia a reconducir el régimen diseñado al ámbito de la actividad empresarial, entendido este concepto en sentido amplio, incluyendo la actividad industrial, comercial, la de servicios, la de los profesionales liberales... Acaba concluyendo que, en relación con este precepto penal, se seguirá formulando una interpretación flexible del mismo, aplicándose más allá de los límites de la actividad empresarial propiamente dicha, para incluir a cualquier persona que se sirva de la actividad dependiente de otro para la realización de un interés propio.

subsidiario. También desde esta perspectiva extensiva, se ha admitido la existencia de relación de dependencia tanto en las relaciones jurídicas como en las de hecho, siendo suficiente con que la persona que comete el delito se encuentre potencialmente sometida a la posible intervención del responsable civil subsidiario. Y, finalmente, tampoco se exige que la relación de dependencia redunde en beneficio del principal¹⁴⁴.

También el requisito de que el dependiente o empleado haya cometido el hecho delictivo en el desempeño de sus obligaciones o servicios ha sido objeto de una interpretación amplia por nuestros Tribunales, incluyendo las actividades que no entran en el ejercicio normal de las tareas encomendadas, es decir, los supuestos en los que el sujeto se extralimita en su actuación, efectuando variaciones en el servicio de cuya prestación se trataba¹⁴⁵, aunque en todo caso debe existir una cierta relación, aunque sea mínima, entre la función desempeñada por el empleado y el perjuicio causado¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Sobre esta interpretación jurisprudencial, MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 168; DE LA FUENTE HONRUBIA, 2003: 242; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 639; RODRÍGUEZ RAMOS, 2010: 302; ROIG TORRES, 2010: 472 ss., 481 ss., con ejemplos en los que falta tal relación de dependencia. Se muestra crítico con esta ampliación interpretativa de la responsabilidad civil subsidiaria planteada desde la jurisprudencia penal CAVANILLAS MÚGICA, 2004, 124, siendo partidario, al contrario, de defender una interpretación más restrictiva en el ámbito del proceso penal en comparación con lo que sucede en el proceso civil, porque los ilícitos penales se encuentran más alejados que los civiles del “centro de gravedad contractual”, de las funciones del dependiente, concluyendo así que la relación de dependencia sólo se debería afirmar cuando la relación contractual es tan intensa y jerárquica como para que los excesos (y defectos) criminales del dependiente se puedan imputar al principal. Y desde esta perspectiva de manera expresa considera injustificada la responsabilidad de la empresa cuando esta encarga a otra empresa o a un profesional una tarea que es extraña al tráfico de la primera. Sobre la interpretación de este requisito, ampliamente, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 279 ss., con referencias jurisprudenciales; Díez SOTO, 2000: 692 ss.

¹⁴⁵ Sobre esta interpretación amplia de la jurisprudencia, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 284; MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 168; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 639; RODRÍGUEZ RAMOS, 2010: 302; ROIG TORRES, 2010: 485.

¹⁴⁶ Para más detalles sobre este requisito, v., por todos, Díez SOTO, 2000: 698 ss. ALASTUEY DOBÓN, 2006: 639 n. 126, menciona que, atendiendo a los criterios elaborados por la jurisprudencia en la interpretación de este requisito sobre la relación mínima entre la función desempeñada por el empleado y el perjuicio causado, en realidad para la negación de la responsabilidad se exige la desconexión total y absoluta entre el servicio prestado y el daño causado (por ejemplo, el vigilante de una empresa agrede con el arma que utiliza para desempeñar su servicio y que guarda en su poder una vez terminada la jornada laboral). Por su parte, CAVANILLAS MÚGICA, 2004: 125, afirma que se debe descartar que el empresario deba responder de todos los actos del empleado, sin atender a que los mismos tengan alguna relación con su trabajo, y para establecer la existencia de tal relación habrá que atender, según los casos, al dato espacial (el hecho delictivo tiene lugar en las instalaciones de la empresa), o al temporal (en el horario o tiempo de trabajo) o instrumental (con medios de la empresa) o formal (con uniforme de la empresa) o final (la actividad delictiva se orienta al beneficio de la empresa), etc. Concluye este autor afirmando que, tratándose de una responsabilidad objetiva, se tiene que analizar especialmente si la organización de los medios personales y materiales tiene o no alguna influencia en el hecho delictivo. Ya con carácter previo, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 285, ha considerado que estos criterios son indicios que ayudan a decidir si el empleado se ha extralimitado en una entidad tal que pueda quedar exonerado el empresario de la responsabilidad civil subsidiaria. Considera este autor que es más decisivo el criterio consistente en averiguar si la actividad dañosa tuvo lugar en el marco de una actuación realizada en exclusivo interés del dependiente o si se trata de actos situados, aunque sea de manera tendencial, en la esfera del servicio o beneficio para el empresario (p. 286), aunque finalmente llega a la conclusión de que resulta difícil

4.2.5. Responsabilidad civil subsidiaria de las personas titulares de vehículos

El apartado 5º y último del art. 120 CP regula un supuesto más de responsabilidad civil subsidiaria: esta recae sobre las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas.

Son varias las cuestiones controvertidas que plantea este supuesto, uno más basado en la responsabilidad objetiva¹⁴⁷. La primera duda que puede suscitar esta regulación es la relativa a quién es la persona que ha de asumir esta responsabilidad civil. Porque el tenor literal del precepto se refiere a la persona física o jurídica titular del vehículo causante de los daños y perjuicios, lo que puede inducir a pensar que tal responsabilidad puede recaer en los propietarios del vehículo, pero también en personas que ostenten otro título distinto y del que se deriven los derechos de uso y disfrute del vehículo¹⁴⁸.

Esta responsabilidad civil subsidiaria se deriva de la titularidad por parte de la persona física o jurídica de un vehículo susceptible de crear un riesgo para un tercero, surgiendo un nuevo problema interpretativo, a saber, si tal concepto ha de ser interpretado en coordinación con la legislación en materia de responsabilidad civil y

proporcionar una fórmula válida para todos los casos que vaya más allá de “un cúmulo de indicios circunstanciales que acrediten el nexo de ocasionalidad”.

¹⁴⁷ V., de esta opinión, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 295, para quien el CP ha establecido una responsabilidad del propietario por el riesgo; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, 1998: 102; CAVANILLAS MÚGICA, 2004: 131; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 641; GONZÁLEZ ORVIZ, 2008: 32; ROIG TORRES, 2010: 485. Para más detalles sobre el fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria del titular del vehículo, v., ampliamente, GARCÍA PÉREZ, 2000: 803 ss.

¹⁴⁸ Analiza con exhaustividad GARCÍA PÉREZ, 2000: 729 ss., 733 ss., 736 ss., 746 ss., el requisito de la titularidad del vehículo como elemento delimitador de la persona que ha de asumir esta responsabilidad civil subsidiaria, destacando las diferencias en la literalidad con una regulación muy próxima a la del CP, la del art. 1.1 párrafo quinto Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, ya que en este segundo texto sí se utiliza el término “propietario”. Sobre este particular, pasa a explicar las tres posibles interpretaciones del término “titular” del vehículo: primera, se refiere al propietario con facultad de utilizar y disponer del vehículo; segunda, se trata del propietario sin más, aun cuando no tenga la facultad de usar el vehículo; y tercera, se determina la responsabilidad civil subsidiaria de la persona que por cualquier título, incluido el de propiedad, tiene atribuida la facultad de uso y disfrute del vehículo. Esta autora acaba concluyendo que el art. 120.5º CP “acaso esté haciendo referencia a estos otros sujetos que, sin ser formalmente propietarios del vehículo, ostentan en virtud de una situación real u obligatoria el *ius utendi* sobre el vehículo de forma habitual, no ocasional o transitoria, siendo éstos los que efectivamente ejercen sobre el vehículo un poder de control y dirección”. Y desde esta explicación advierte que este supuesto de responsabilidad civil subsidiaria se genera desde un doble vínculo: uno, en relación con el vehículo que circula, pues se mantiene sobre él de forma estable un poder de dirección y control, y dos, con el conductor al que el responsable civil subsidiario cede voluntariamente el uso del vehículo (p. 749).

seguro en la circulación de vehículos a motor (en concreto, atendiendo a la definición de vehículo a motor del art. 1 Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil en la Circulación de Vehículos a Motor) o, por el contrario, al tratarse de la referencia sin más a los riesgos que surjan de la utilización de un vehículo, este concepto ha de ser interpretado más ampliamente en la aplicación del precepto penal que comentamos¹⁴⁹.

Para que surja la responsabilidad civil subsidiaria del titular del vehículo, este “objeto” ha de ser utilizado por los dependientes, representantes o personas autorizadas por aquella. Se ha mencionado que en parte este supuesto de responsabilidad civil subsidiaria coincide con el regulado en el apartado cuarto¹⁵⁰, relativo a la responsabilidad civil del empresario por hechos cometidos por sus representantes o empleados en el desempeño de sus funciones, ya que en el cumplimiento de sus funciones u obligaciones el empleado o el representante puede utilizar un vehículo empresarial causando daños a terceros, surgiendo así la responsabilidad civil subsidiaria del empresario por los daños causados por sus empleados; precisamente por esta coincidencia parcial se ha pretendido utilizar los términos de esta modalidad para la interpretación de la responsabilidad civil del titular del vehículo por los daños causados por el dependiente o representante, en el sentido de que cuando se trata del dependiente o representante del titular del vehículo la responsabilidad civil subsidiaria de este surgirá cuando el vehículo se utilice en el desempeño de las funciones encomendadas a aquel, pero no cuando el dependiente o el representante utiliza de manera particular el vehículo empresarial¹⁵¹. En cualquier caso, la idea que ha de guiar la interpretación de

¹⁴⁹ El art. 1.1 Real Decreto 1507/2008 define vehículo a motor de la siguiente manera: “Tienen la consideración de vehículos a motor (...) todos los vehículos idóneos para circular por la superficie terrestre e impulsados a motor, incluidos los ciclomotores, vehículos especiales, remolques y semirremolques, cuya puesta en circulación requiera autorización administrativa de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial”. Se excluyen expresamente del ámbito de aplicación de este Real Decreto (art. 1.2) los ferrocarriles, tranvías y otros vehículos que circulen por vías que les sean propias, los vehículos a motor eléctricos que tengan la consideración de juguetes y las sillas de ruedas. Y se concluye (en el art. 1.3) haciendo una remisión a los conceptos recogidos en el Anexo I Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, un anexo donde también se recoge un concepto de vehículo a motor. Sobre el concepto de vehículo utilizado en el art. 120.5º CP, v., por todos, GARCÍA PÉREZ, 2000: 759 ss.; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 641, quien propone seguir una interpretación amplia, o no ajustada a la legislación sobre la circulación de vehículos a motor.

¹⁵⁰ MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 169, considera que hay un solapamiento entre los apartados 4º y 5º del art. 120 CP, pues la utilización del vehículo a motor por el dependiente o representante hace entrar en juego la responsabilidad civil subsidiaria del titular del vehículo en virtud de ambos apartados.

¹⁵¹ V., en este sentido, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 290 s. Parece admitir la tesis de este autor, ROIG TORRES, 2010: 486, 489 s., señalando que esta también ha sido la interpretación que ha defendido la

esta modalidad de responsabilidad civil subsidiaria es que el titular del vehículo deberá asumir aquella responsabilidad cuando haya autorizado la utilización de aquel objeto peligroso, pudiendo suceder que tal autorización se presuma porque se trata de su dependiente o representante o, simplemente, porque se presume que el titular del vehículo, un instrumento peligroso, autoriza su utilización por un tercero¹⁵².

Finalmente, la responsabilidad civil subsidiaria del titular del vehículo, cuando ha autorizado su uso a un tercero, se refiere a los daños y perjuicios que traigan causa de los delitos o faltas cometidos en la utilización de tal objeto. Para el caso más habitual (o, de mantenerse una interpretación estricta, único), la utilización de un vehículo a motor, se ha planteado la duda de si ha de tenerse en cuenta la definición de “hecho de la circulación” contenida en la legislación sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (art. 1.4 Real Decreto Legislativo 8/004 y art. 2.3. Real Decreto 1507/2008) a los efectos de establecer en qué supuestos surge o no la responsabilidad civil derivada de la conducción de tales vehículos. Porque para el caso de que se tenga en cuenta esta definición, resultará que el titular del vehículo no será responsable civil subsidiario cuando el sujeto autorizado a su uso lo utilice como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes, aunque de tal definición excluyente se exceptúa la comisión de algún delito contra la seguridad vial, en cuyo caso sí surgirá aquella responsabilidad en el titular del vehículo¹⁵³.

jurisprudencia. Para más detalles sobre las posibles interpretaciones que podrían plantearse en relación con los dependientes o representantes del titular del vehículo, en particular, si hay o no coincidencia entre este apartado y el descrito en el art. 120.4º CP y, en definitiva, si se han de exigir o no los mismos requisitos que en este apartado para establecer la responsabilidad civil subsidiaria del titular del vehículo, GARCÍA PÉREZ, 2000: 767 ss., 770 ss., 772 ss.

¹⁵² V., para más detalles, GARCÍA PÉREZ, 2000: 772 ss. En este sentido ha de interpretarse la tesis defendida por ALASTUEY DOBÓN, 2006: 640, cuando destaca que este apartado no exige que la persona natural o jurídica titular del vehículo se dedique a la industria o comercio, bastando con que sea propietaria, y tampoco es necesario que el conductor sea un dependiente, porque puede tratarse de cualquier persona autorizada en su conducción; sigue a esta autora, DE LA FUENTE HONRUBIA, 2003, 243. Destacan la presunción de autorización del uso del vehículo por parte de su titular, sea cual sea la relación existente entre el titular y el sujeto que usa el vehículo, entre otros, GONZÁLEZ ORVIZ, 2008: RODRÍGUEZ RAMOS, 2010: 302.

¹⁵³ Sobre la interpretación del sustantivo “utilización” y si se excluyen o no en su campo de aplicación la utilización del vehículo como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra personas y bienes, por todos, GARCÍA PÉREZ, 2000: 762 ss., 766 s.; QUINTERO OLIVARES, 2008: 701; ROIG TORRES, 2010: 486.

4.2.6. La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas

La responsabilidad civil subsidiaria¹⁵⁴ de las Administraciones Públicas se regula en un precepto autónomo, el art. 121 CP, en el que se reflejan los distintos requisitos que han de concurrir para establecer aquella responsabilidad: la misma recae en el Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia, la Isla, el Municipio y demás entes públicos, según los casos, de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados. El párrafo finaliza reconociendo que también podrá acordarse la responsabilidad patrimonial de la Administración pública derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios públicos, aplicando en este caso las normas sobre procedimiento administrativo para su reclamación, y evitando en todo caso que pueda producirse una duplicidad indemnizatoria¹⁵⁵.

De manera simplificada, varias son las observaciones que nos sugiere la regulación contenida en este precepto penal sobre la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Pública¹⁵⁶. Porque en un principio podríamos pensar que la responsabilidad civil de la Administración Pública se basa en los mismos requisitos que la responsabilidad civil subsidiaria del empresario por los hechos dañosos causados por

¹⁵⁴ Ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina la opción legislativa a favor del establecimiento de una responsabilidad civil subsidiaria, ya que lo propio, y más ajustado a nuestro ordenamiento, incluido el propio texto constitucional, hubiera sido el reconocimiento de una responsabilidad civil directa de la Administración pública. V., para más detalles sobre esta criticable opción legislativa, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 311; MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 170, quien añade que resulta absurdo que la Administración Pública esté obligada a responder civilmente de manera directa por ilícitos civiles y no suceda lo mismo cuando el hecho ilícito es además delictivo; QUINTERO OLIVARES, 2002: 171; 2008: 793, quien además añade que, para que proceda el cumplimiento de la responsabilidad civil subsidiaria, con carácter previo es preciso demostrar la insolvencia del responsable civil directo, concluyendo que hubiera sido más respetuoso con los derechos de las víctimas el establecimiento de la responsabilidad civil directa de la Administración, sin perjuicio del derecho de repetición contra el funcionario responsable; DE LA FUENTE HONRUBIA, 2003: 244; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 2004: 244; BUSTO LAGO, 2008-III: 892.

¹⁵⁵ El art. 121 CP tiene un segundo párrafo dedicado a cuestiones procesales: para el caso de que se exija en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes, contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

¹⁵⁶ La enumeración que se efectúa en el art. 121 CP sobre las distintas Administraciones Públicas territoriales, para concluir con una cláusula abierta, “demás entes públicos”, es calificada de reiterativa por ROCA GUILLAMÓN, 2000: 837 s., centrando su atención en la responsabilidad civil de los demás entes públicos, que han de estar vinculados a cualquiera de las Administraciones o ser dependientes de ellas, y que tendrán la consideración de Administración pública *cuando ejerzan potestades administrativas* (cursiva en el original). Para ALASTUEY DOBÓN, 2006: 642, los obligados a responder son los entes públicos en general, estableciéndose en el art. 121 CP una enumeración ejemplificativa.

sus dependientes o empleados. Y así, *mutatis mutandis*, esta responsabilidad surge como consecuencia de la dependencia que el sujeto causante de los daños y perjuicios tiene con la Administración Pública (en este caso se trata de la actuación de la autoridad, agente y contratado de la Administración o funcionario público)¹⁵⁷, y cuando el sujeto ha cometido un delito en el ejercicio de sus cargos o funciones¹⁵⁸.

Ahora bien, si observamos más detenidamente el precepto objeto de nuestro comentario, la similitud acabada de señalar desaparece. Porque se pretende limitar la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración para el caso de que la infracción penal cometida por el sujeto dependiente de ella sea un delito doloso o imprudente, quedando excluida aquella responsabilidad por tanto cuando los daños proceden de faltas cometidas por los funcionarios públicos¹⁵⁹. Porque se pretende limitar la

¹⁵⁷ YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 318, es de la opinión de que se trata de una enumeración ejemplificativa la relativa a los sujetos actuantes que pueden hacer surgir la responsabilidad civil subsidiaria en la Administración Pública, ya que puede haber casos de personas que prestan servicios por cuenta del Estado, por ejemplo, una autoridad se vale de voluntarios para colaborar en labores de extinción de incendios o para tomar parte en tareas de protección civil. A continuación este autor analiza la posible inclusión o no en esta enumeración al capitán de buque o al comandante de una aeronave (pp. 319 ss.), al práctico de puerto (pp. 322 s.) y a los mencionados de manera genérica como profesionales de los servicios de seguridad distintos de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad (pp. 321 s.); también MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 172; DE LA FUENTE HONRUBIA, 2003: 245, reconoce que estamos ante una enumeración ejemplificativa. Sobre algunos supuestos que resultan discutibles si han de ser o no incluidos en el art. 121, v., ampliamente, ROCA GUILLAMÓN, 2000: 841 ss. (analiza casos como las sociedades mercantiles estatales, entidades públicas empresariales, notarios, corredores de comercio y marítimo, registrador de la propiedad, capitán de buque, comandante de aeronave y prácticos de puerto). En relación con este requisito, la relación de dependencia entre el sujeto que ha cometido el delito causante de los daños y perjuicios y la Administración, la jurisprudencia defiende una interpretación amplia del mismo. Sobre esta interpretación jurisprudencial, v., entre otros, GONZÁLEZ ORVIZ, 2008: 35; ROIG TORRES, 2010: 500 s.

¹⁵⁸ Para más detalles sobre la interpretación de este requisito, incluyendo los supuestos en los que el funcionario se haya extralimitado en el ejercicio de tales funciones, v., por todos, MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 172; BUSTO LAGO, 2008-III: 921 ss.; GONZÁLEZ ORVIZ, 2008: 36 ss.

¹⁵⁹ La mención expresa de los delitos dolosos o imprudentes, sin incluir el término faltas, ha generado una viva discusión en la doctrina, entre los partidarios (en este sentido, entre otros, MONTÉS PENADÉS, 1996: 645; ROCA GUILLAMÓN, 2000: 858 ss.; MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 172; QUINTERO OLIVARES, 2002: 172; 2008: 793; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 2004: 245 ss., quien se hace eco de la misma interpretación acogida jurisprudencialmente; ASECIO MELLADO, 2006: 68; BUSTO LAGO, 2008-III: 890; GONZÁLEZ ORVIZ, 2008: 34; ROIG TORRES, 2010: 499 s., aludiendo a que esta es la interpretación defendida jurisprudencialmente) de plantear una interpretación amplia del término delito, como sinónimo de infracción penal, para incluir también los daños procedentes de las faltas cometidas por los funcionarios públicos, y los contrarios a esta interpretación, entendiéndose que el término delito se ha de interpretar en sentido estricto, excluyendo las faltas (en este sentido, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 316 s.; DE LA FUENTE HONRUBIA, 2003: 245; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 642 ss.; DAUNIS RODRÍGUEZ, 2006: 48; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 618), atendiendo a la circunstancia de que en la regulación de la responsabilidad civil subsidiaria en el art. 120 CP sí se ha mencionado de manera específica a los daños procedentes de delitos y faltas, por lo que ha de interpretarse que en el caso de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Pública conscientemente se ha querido limitar al caso de delitos cometidos por los funcionarios públicos, porque en última instancia se pretende que el mayor número de supuestos se sustancien a través de la reclamación de responsabilidad patrimonial por vía administrativa, reconociendo este sector doctrinal que esta conclusión supone un trato de favor injustificable para la Administración Pública, en comparación con lo que sucedería en el establecimiento

responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Pública para el caso de que el delito doloso o imprudente sea cometido por un funcionario responsable penalmente, quedando excluida por tanto aquella responsabilidad cuando el delito causante de los daños y perjuicios ha sido cometido por un sujeto inimputable penalmente, o por un funcionario que ha actuado impulsado por miedo insuperable, por ejemplo¹⁶⁰. Y porque se pretende limitar la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Pública a los daños causados por el funcionario que ha cometido un delito doloso o imprudente en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea la consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estuvieran confiados al funcionario¹⁶¹.

Como contrapartida a las objeciones acabadas de señalar es preciso que se reconozca que las mismas han sido paliadas a través de la interpretación jurisprudencial. En particular merece que se destaque tal interpretación extensiva defendida en torno a la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Pública por los daños derivados de la comisión de un delito (o falta) por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y, más en concreto, en relación con la responsabilidad civil por la utilización de las armas de fuego reglamentarias, basando tal exégesis ampliatoria en el derecho de los ciudadanos a la protección frente a cualquier exceso cometido por ellos, reforzando el mismo con el argumento de que la obligación indemnizatoria surge por el solo acto de autorizar el porte y uso de armas de fuego¹⁶².

de la responsabilidad civil subsidiaria en el ámbito privado en el caso del empresario por los daños causados por los delitos o faltas cometidos por sus subordinados o dependientes.

¹⁶⁰ DE LA FUENTE HONRUBIA, 2003: 246; y ALASTUEY DOBÓN, 2006: 645, destacan que la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Pública sólo entra en aplicación en el caso de que el funcionario público sea responsable penalmente del delito cometido, por tanto, si el funcionario comete el delito en trastorno mental transitorio, su responsabilidad penal quedará excluida como consecuencia de la aplicación de la eximente del art. 20.1 CP, y al no ser declarada la responsabilidad penal del funcionario esto tiene como consecuencia que no procederá exigir la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración en el proceso penal, lo que supone necesariamente tener que recurrir en este caso a la interposición de la correspondiente acción en el procedimiento contencioso administrativo si se quiere reclamar a la Administración su responsabilidad patrimonial como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Defiende otra opinión, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 2004: 260, al afirmar que no cabe excluir la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por el hecho de que el agente policial ocasionador del daño haya sido declarado penalmente inimputable.

¹⁶¹ Para más detalles sobre esta segunda limitación/requisito, YZQUIERDO TOLSADA, 1997: 324 ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 2004: 247 ss.; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 644 y n. 138, con referencias jurisprudenciales sobre la interpretación, amplia, de estos requisitos; GONZÁLEZ ORVIZ, 2008: 36 s.; ROIG TORRES, 2010: 499 ss., con referencias jurisprudenciales sobre la interpretación de estos dos requisitos.

¹⁶² Sobre el tratamiento, doctrinal y jurisprudencial, de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración en el caso de actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, v., por todos, ROCA GUILLAMÓN, 2000: 852 ss.; QUINTERO OLIVARES, 2002: 173 ss.; 2008: 794; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 2004: 251 ss., en particular en relación con los daños derivados de la utilización de armas de

Para concluir este apartado hemos de señalar que cuando no proceda exigir la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración conforme a lo dispuesto en el art. 121 CP, ni siquiera haciendo uso de la interpretación extensiva de la jurisprudencia penal, en tal caso el perjudicado podrá acudir al procedimiento administrativo (regulado en los arts. 139 ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común) si el perjuicio sufrido ha sido consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, un régimen de responsabilidad el establecido en esta norma que es directa de la Administración y solidaria con el funcionario público, en caso de que este haya actuado negligentemente¹⁶³. Igualmente, el perjudicado puede decidirse desde un principio a favor del ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisdicción contencioso-administrativa, renunciando al ejercicio de la acción de responsabilidad civil en el proceso penal abierto contra el funcionario. O, en último lugar, el perjudicado puede ejercer a la vez las acciones de reclamación en el proceso penal y en el proceso contencioso-administrativo, pero sin que ello suponga en ningún caso que pueda llegar a darse una duplicidad indemnizatoria¹⁶⁴.

fuego por los agentes de la autoridad, siempre y cuando se trate de daños que traigan causa de los riesgos derivados de la organización del servicio de seguridad pública (excluyéndose esta responsabilidad civil subsidiaria de la Administración cuando el agente de la autoridad utiliza su arma reglamentaria en el ámbito privado, familiar o íntimo, pp. 256 ss.); DAUNIS RODRÍGUEZ, 2006: 48 s.; BUSTO LAGO, 2008-III: 923 ss.; GONZÁLEZ ORVIZ, 2008: 37 s., ROIG TORRES, 2010: 493 ss. Sobre este tema se ha adoptado el Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª TS 12-7-2002 con el siguiente tenor: “La responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los daños causados por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por el uso del arma reglamentaria, se deriva de que, aun cuando el arma no se haya utilizado en acto de servicio, el riesgo generado con el hecho de portarla sí es consecuencia directa del modo de organización del servicio de seguridad, por lo general beneficioso para la sociedad, pero que entraña este tipo de riesgos./ Pero el mero hecho de la utilización del arma reglamentaria no genera de manera necesaria la responsabilidad civil del Estado, quedando esta excluida en aquellos supuestos en los que el daño no sea una concreción del riesgo generado por el sistema de organización del servicio de seguridad./ Entre tales supuestos deben incluirse las agresiones efectuadas con el arma reglamentaria, en el propio domicilio del agente, contra sus familiares o personas que convivan con él./ Si bien, incluso en los casos mencionados en el apartado anterior, habrá responsabilidad civil subsidiaria del Estado, si existen datos debidamente acreditados, de que el arma debió habersele retirado al funcionario por carencia de las condiciones adecuadas para su posesión”.

¹⁶³ Sobre la interpretación de esta normativa administrativa en torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, v., ampliamente, por todos, BUSTO LAGO, 2008-III: 876-1071. Y sobre el fundamento de la responsabilidad de la Administración Pública, en particular si ha de asumir o no los daños causados de manera fortuita, además del autor citado PANTALEÓN PRIETO: 2001: 205 ss., 212 ss.

¹⁶⁴ Para más detalles sobre estas tres posibilidades, con las cuestiones procedimentales que pueden surgir en cada caso -la prejudicialidad o no de la sentencia penal, el reconocimiento o no del ejercicio de las dos acciones ante jurisdicciones diferentes, los plazos de prescripción...-, entre otros, ROCA GUILLAMÓN, 2000: 863 ss.; DE LA FUENTE HONRUBIA, 2003: 246; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 2004: 250 s.; ALASTUEY DOBÓN, 2006: 646; BUSTO LAGO, 2008-III: 894 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 618; ROIG TORRES, 2010: 492 s.

5. Efectos de la reparación del daño en la responsabilidad penal

Para concluir este trabajo dedicado al tratamiento penal de la responsabilidad civil derivada del delito nos parece oportuno hacer una simple mención de los distintos supuestos en los que el cumplimiento de la responsabilidad civil puede tener efectos de distinta índole en el establecimiento de la responsabilidad penal derivada de la comisión del delito¹⁶⁵. Porque la existencia de esta conexión o influencia de los dos ámbitos de responsabilidad puede ser el paso previo para el establecimiento de la reparación del daño como la denominada tercera vía sancionatoria en el ámbito penal (al lado de las penas y de las medidas de seguridad)¹⁶⁶.

Así, en primer lugar, es preciso mencionar la circunstancia atenuante genérica de reparación del daño (art. 21.5ª CP)¹⁶⁷, lo que se traduce en la determinación de la pena aplicable por el Juez o Tribunal al delito cometido: se impondrá la pena en su mitad inferior, salvo que esta circunstancia sea apreciada como muy cualificada, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en uno o dos grados (art. 66.1.3ª y 4ª CP).

En segundo lugar, la reparación del daño (sin entrar a valorar en qué consiste) aparece como circunstancia específica en determinadas figuras delictivas, con efectos diferentes en la fijación de la responsabilidad penal: así, y a mero título ejemplificativo, en el caso de los delitos contra la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente, la reparación del daño sirve para que el Juez imponga la pena inferior en un grado (art. 340 CP), mientras que la reparación del daño en el delito fiscal sirve para eximir de la responsabilidad penal (art. 305.4 CP).

¹⁶⁵ V., para más detalles, QUINTERO OLIVARES, 2002: 33 ss.; 2004: 22 ss.; MARTÍN RÍOS, 2004: 292 ss., 298 ss., 308 ss., 317 ss., con especial atención a la “eficacia” del cumplimiento de la responsabilidad civil en la concesión o no de la libertad condicional, el tercer grado penitenciario y los beneficios penitenciarios consistentes en el adelantamiento de la libertad condicional y el indulto parcial (mencionados ambos en el art. 202 Reglamento Penitenciario).

¹⁶⁶ No podemos entrar a valorar aquí la legitimidad de introducir o no la reparación del daño como la tercera vía sancionatoria en Derecho penal y, en caso afirmativo, qué concepto se manejaría sobre el mismo, qué fines debería cumplir, qué requisitos, el procedimiento a seguir, etc. Para una amplia exposición sobre estas y otras cuestiones que plantea la reparación del daño en Derecho penal, v., por todos, GALAIN PALERMO, 2010: *passim*.

¹⁶⁷ Si bien como advierten QUINTERO OLIVARES/TAMARIT SUMALLA, 2008: 764, la atenuante de reparación del daño no ha de confundirse con la responsabilidad civil derivada del delito en su modalidad de reparación del daño, ya que aquella atenuante puede fundarse en reparaciones parciales demostrativas de que el responsable ha hecho todo lo que está en su mano, o puede consistir en reparaciones simbólicas, lo que no sucede con la reparación del daño como modalidad de responsabilidad civil derivada del delito a la vista de la regulación del art. 112 CP.

En tercer lugar, cabe mencionar la relativa relevancia del cumplimiento de la responsabilidad civil para la aplicación del régimen de los sustitutivos penales: para el caso de la suspensión de la pena privativa de libertad se incluye como presupuesto la satisfacción de la responsabilidad civil originada con el delito, salvo que el Juez o Tribunal declare la imposibilidad total o parcial de que el sujeto haga frente a esta responsabilidad (art. 81.3ª CP), mientras que para la sustitución de la pena de prisión se atiende al esfuerzo del sujeto para reparar el daño causado como presupuesto o condición (art. 88 CP).

En cuarto lugar, la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito también tiene influencia en la obtención de la libertad condicional [art. 90.1.c) CP].

Y, finalmente, la última consecuencia de la responsabilidad penal, la cancelación de los antecedentes penales generados con la comisión del delito, se condiciona a que el sujeto haya cumplido la responsabilidad civil derivada del delito, salvo que el sujeto sea insolvente y la misma se haya declarado por el Juez o Tribunal sentenciador (art. 136.2.1º CP).

Bibliografía

- ALASTUEY DOBÓN, Carmen. 2006. “La responsabilidad civil y las costas procesales”, en Luis Gracia Martín (coord.), /Tratado de consecuencias jurídicas del delito/, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 591-646.
- ALBERT PÉREZ, Silvia. 2007. /Sistema de responsabilidad civil derivada del delito cometido por menores de edad. Exigencia de responsabilidad civil en la jurisdicción de menores. Jurisdicción civil y jurisdicción contenciosa/, Granada: Comares.
- ALGARRA PRATS, Esther. 2000. “Artículo 114”, en Cobo del Rosal (dir.), /Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Artículos 95 a 137/, Madrid: Edersa, pp. 333-356.
- ALGARRA PRATS, Esther. 2000. “Artículo 122” en Cobo del Rosal (dir.), /Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Artículos 95 a 137/, Madrid: Edersa, pp. 895-915.
- ARIAS MÁIZ, Vicente. V. YZQUIERDO TOLSADA/ARIAS MÁIZ.
- ASENCIO MELLADO, José María. 2006. “La responsabilidad civil derivada del delito en el Código Penal”, en Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García/, Madrid: Tecnos, pp. 49-68.

- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. 2000. "Artículo 117", en Cobo del Rosal (dir.), /Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Artículos 95 a 137/, Madrid: Edersa, pp. 425-451.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón. 2004. "Responsabilidad civil del Estado. En especial, actuación de las fuerzas de seguridad del Estado", /Cuadernos de Derecho Judicial/, XVI, pp. 237-286.
- BONILLA CORREA, Jesús Ángel. 2009. /La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor/, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BUSTO LAGO, José Manuel. 2008. "La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas", en Reglero Campos (coord.), /Tratado de responsabilidad civil, III, 4ª/, Navarra: Aranzadi, pp. 873-1093.
- CARRILLO VINADER, Francisco José. 2000. "Artículo 116", en Cobo del Rosal (dir.), /Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Artículos 95 a 137/, Madrid: Edersa, pp. 385-423.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. 2002. "Efectos de la responsabilidad civil 'ex delicto': reparación del daño", en Quintero Olivares/Cavanillas Múgica/De Llera Suárez-Bárcena, /La Responsabilidad Civil "Ex Delicto"/, Pamplona: Aranzadi-Thomson, pp. 55-65.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. 2002. "Efectos de la responsabilidad civil 'ex delicto': indemnización de perjuicios materiales y morales", en Quintero Olivares/Cavanillas Múgica/De Llera Suárez-Bárcena, /La Responsabilidad Civil "Ex Delicto"/, Pamplona: Aranzadi-Thomson, pp. 67-124.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. 2002. "La responsabilidad de los aseguradores", en Quintero Olivares/Cavanillas Múgica/De Llera Suárez-Bárcena, /La Responsabilidad Civil "Ex Delicto"/, Pamplona: Aranzadi-Thomson, pp. 158-166.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. 2004. "Responsabilidad por hechos ajenos", /Cuadernos de Derecho Judicial/, XVI, pp. 101-145.
- COBACHO GÓMEZ, José Antonio. 2000. "Artículo 109", en Cobo del Rosal (dir.), /Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Artículos 95 a 137/, Madrid: Edersa, pp. 157-223.
- CÓRDOBA RODA, Juan. 1972. "Artículo 102", "Artículo 106" y "Artículo 108", en Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo/Del Toro Marzal/Casabó Ruiz, /Comentarios al Código Penal. Tomo II. (Artículos 23-119)/, Barcelona: Ariel, pp. 567-575, 594-598, 601-603.
- CUESTA MERINO, José-Luis. 2002. "La responsabilidad civil en el nuevo proceso penal de menores", en González Cussac/Tamarit Sumalla (coords. penal)/Gómez Colomer (coord. procesal), /Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)/, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 311-346.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. 2006. /La responsabilidad civil derivada del delito/, Universidad de Salamanca.

- DÍEZ SOTO, Carlos Manuel. 2000. "Artículo 120.3º y 4º", en Cobo del Rosal (dir.), /Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Artículos 95 a 137/, Madrid: Edersa, pp. 573-645 y 647-707.
- DOMINGO MARTÍNEZ, Joaquín-Ángel de. 2000. "Artículo 119", en Cobo del Rosal (dir.), /Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Artículos 95 a 137/, Madrid: Edersa, pp. 535-548.
- FEMENÍA LÓPEZ, Pedro J. 2000. "Artículo 120.2º", en Cobo del Rosal (dir.), /Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Artículos 95 a 137/, Madrid: Edersa, pp. 557-571.
- FUENTE HONRUBIA, Fernando de la. 2003. "La responsabilidad civil derivada del delito. Especial consideración las personas jurídicas y entes colectivos", /Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá/, pp. 228-247.
- FUSTER-FABRA, José María. 2005. "Responsabilidad civil derivada del delito", /Iuris. Actualidad y Práctica del Derecho/, 93, pp. 32-37.
- GALAIN PALERMO, Pablo. 2010: La reparación del daño a la víctima del delito/Valencia: Tirant lo Blanch.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio. 2009. "Responsabilidad civil de los padres y tutores por los daños causados por menores y personas incapacitadas", en Bello Janeiro (coord.), /Cuestiones actuales de responsabilidad civil/, Madrid: Reus, pp. 13-50.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. V. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN.
- GARCÍA PÉREZ, Carmen. 2000. "Artículo 120.5º", en Cobo del Rosal (dir.), /Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Artículos 95 a 137/, Madrid: Edersa, pp. 709-812.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. 2000. "Artículo 118", en Cobo del Rosal (dir.), /Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Artículos 95 a 137/, Madrid: Edersa, pp. 455-489.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. 2000. "Artículo 120.1º", en Cobo del Rosal (dir.), /Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Artículos 95 a 137/, Madrid: Edersa, pp. 553-556.
- GÓMEZ CALLE, Esther. 2008. "Responsabilidad de padres y centros docentes", en Reglero Campos (coord.), /Tratado de responsabilidad civil, III, 4ª/, Navarra: Aranzadi, pp. 143-311.
- GÓMEZ CALLE, Esther. 2008. "Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno", en Reglero Campos (coord.), /Tratado de responsabilidad civil, I, 4ª/, Navarra: Aranzadi, pp. 931-1066.
- GONZÁLEZ MONTES, José-Luis. 2010. "Acción civil y responsabilidad civil en el proceso penal de menores. Especial referencia a los actos de violencia escolar", en Morillas Cueva (dir.)/Suárez-López (coord.), /El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)/, Madrid: Dykinson, pp. 547-582.
- GONZÁLEZ ORVIZ, María Eloina. 2008. Responsabilidad civil derivada del delito/, Barcelona: Bosch.

- GUZMÁN FLUJA, Vicente. 2008. "La responsabilidad civil en el proceso penal de menores" en González Pillado (coord.), /Proceso penal de menores/, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 283-342.
- IZQUIERDO MARTÍN, Pedro. 2004. "Irresponsabilidad penal y responsabilidad civil", /Cuadernos de Derecho Judicial/, XVI, pp. 201-236.
- LARROSA AMANTE, Miguel Ángel. 2000. "Artículo 115", en Cobo del Rosal (dir.), /Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Artículos 95 a 137/, Madrid: Edersa, pp. 357-384.
- LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio de. 2004. "La responsabilidad civil y el proceso penal: los contenidos posibles de la acción de responsabilidad civil 'ex delicto'", /Cuadernos de Derecho Judicial/, XVI, pp. 47-99.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. 1996. Curso de Derecho Penal. Parte general. I/, Madrid: Universitas.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. 2002. "Causas de atipicidad", en Conceição Valdágua (coord.), /Problemas fundamentais de Direito Penal. Coloquio internacional de Direito Penal em homenagem a Claus Roxin/, Lisboa: Universidade Lusíada.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. 2009. "Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto, como causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal, en Carbonell Mateu/González Cussac/Orts Berenguer (dirs.), /Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), tomo II/, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1189-1223.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. 2012. Lecciones de Derecho penal. Parte general, 2ª ampliada y revisada/, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, Julio. 2004. "Efectos de la responsabilidad civil 'ex delicto'. Indemnización de los daños materiales, corporales y morales", /Cuadernos de Derecho Judicial/, XVI, pp. 147-200.
- MARTÍN RÍOS, Mª del Pilar. 2004. "La responsabilidad civil derivada del delito a la luz de las últimas reformas legales", /Justicia. Revista de Derecho Procesal/, 1-2, pp. 291-325.
- MEDINA ALCOZ, Luis. V. REGLERO CAMPOS/MEDINA ALCOZ.
- MIR PUIG, Santiago. 2009. "Contenido de la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes", /Anuario de Derecho Concursal/, 18, pp. 15-36.
- MOLINA BLÁZQUEZ, Mª Concepción. 2002. /La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito, 3ª/, Barcelona: Bosch.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente L. 1996. "De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales", en Vives Antón (coord.), /Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I (arts. 1 a 233)/, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 570-649.
- MORENILLA ALLARD, Pablo. 2007. "Artículos 61 a 64", en Gómez Rivero (coord.), /Comentarios a la ley penal del menor (Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006)/, Madrid: Iustel, pp. 463-481.

- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. 2010. /Derecho penal. Parte general, 8ª/, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. 2000. “Artículo 110”, en Cobo del Rosal (dir.), /Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Artículos 95 a 137/, Madrid: Edersa, pp. 226-243.
- PACHECO GUEVARA, Andrés. 2000. “Artículo 112”, en Cobo del Rosal (dir.), /Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Artículos 95 a 137/, Madrid: Edersa, pp. 257-270.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando. 2001. “Cómo repensar la responsabilidad civil extrancontractual (también la de las Administraciones Públicas)”, en De Ángel Yágüez/Yzquierdo Tolsada (coords.), /Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al profesor Roberto López Cabana/, Madrid: Dykinson, pp. 187-216.
- PARRA LUCÁN, M^a Ángeles. 2008. “Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos”, en Reglero Campos (coord.), /Tratado de responsabilidad civil, II, 4ª/, Navarra: Aranzadi, pp. 421-556.
- PARRA LUCÁN, M^a Ángeles. 2008. “Responsabilidad civil por productos defectuosos”; en Reglero Campos (coord.), /Tratado de responsabilidad civil, I, 4ª/, Navarra: Aranzadi, pp. 557-695.
- PASTOR ÁLVAREZ, M^a del Carmen. 2000. “Artículo 118.2”, en Cobo del Rosal (dir.), /Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Artículos 95 a 137/, Madrid: Edersa, pp. 505-533.
- PÉREZ FERRER, Fátima. V. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS/PÉREZ FERRER.
- POZUELO PÉREZ, Laura. 2008. “Arts. 61 a 64”, en Díaz-Maroto y Villarejo (dir.), /Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores/, Madrid: Thomson-Civitas, pp. 547-564.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. 2002. “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”, en Quintero Olivares/Cavanillas Múgica/De Llera Suárez-Bárcena, /La Responsabilidad Civil “Ex Delicto”/, Pamplona: Aranzadi-Thomson, pp. 19-50.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. 2002. “Efectos de la responsabilidad civil ‘ex delicto’: el carácter preferente de la restitución”, en Quintero Olivares/Cavanillas Múgica/De Llera Suárez-Bárcena, /La Responsabilidad Civil “Ex Delicto”/, Pamplona: Aranzadi-Thomson, pp. 51-53.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. 2002. “Efectos de la responsabilidad civil ‘ex delicto’: régimen especial de algunos delitos”, en Quintero Olivares/Cavanillas Múgica/De Llera Suárez-Bárcena, /La Responsabilidad Civil “Ex Delicto”/, Pamplona: Aranzadi-Thomson, pp. 125-130.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. 2002. “La contribución de la víctima al daño y el alcance de la llamada compensación de culpas”, en Quintero Olivares/Cavanillas Múgica/De Llera Suárez-Bárcena, /La Responsabilidad Civil “Ex Delicto”/, Pamplona: Aranzadi-Thomson, pp. 137-143.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. 2002. “Las personas civilmente responsables”, en Quintero Olivares/Cavanillas Múgica/De Llera Suárez-Bárcena, /La Responsabilidad Civil “Ex Delicto”/, Pamplona: Aranzadi-Thomson, pp. 145-158.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. 2002. "La responsabilidad civil de las administraciones públicas", en Quintero Olivares/Cavanillas Múgica/De Llera Suárez-Bárcena, /La Responsabilidad Civil "Ex Delicto"/, Pamplona: Aranzadi-Thomson, pp. 167-176.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. 2004. "La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea", /Cuadernos de Derecho Judicial/, XVI, pp. 13-46.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. 2008. "De las personas civilmente responsables", en Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), /Comentarios al Código Penal. Tomo I. Parte General (Artículos 1 a 137), 5ª/, Navarra: Aranzadi, pp. 777-797.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/TAMARIT SUMALLA, Josep María. 2008. "De la responsabilidad civil y su extensión", en Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), /Comentarios al Código Penal. Tomo I. Parte General (Artículos 1 a 137), 5ª/, Navarra: Aranzadi, pp. 746-777.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando. 2008. "Los sistemas de responsabilidad civil", en Reglero Campos (coord.), /Tratado de responsabilidad civil, I, 4ª/, Navarra: Aranzadi, pp. 247-300.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando. 2008. "Valoración de daños corporales. El sistema valorativo de la Ley de responsabilidad civil y seguro de vehículos a motor", en Reglero Campos (coord.), /Tratado de responsabilidad civil, I, 4ª/, Navarra: Aranzadi, pp. 445-718.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando. 2008. "La prescripción de la acción de reclamación de daños", en Reglero Campos (coord.), /Tratado de responsabilidad civil, I, 4ª/, Navarra: Aranzadi, pp. 1207-1346.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando. 2008. "El seguro de responsabilidad civil", en Reglero Campos (coord.), /Tratado de responsabilidad civil, I, 4ª/, Navarra: Aranzadi, pp. 1347-1556.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando. 2008. "Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor", en Reglero Campos (coord.), /Tratado de responsabilidad civil, II, 4ª/, Navarra: Aranzadi, pp. 45-420.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando. 2008. "Responsabilidad civil por daños a la propiedad industrial", en Reglero Campos (coord.), /Tratado de responsabilidad civil, III, 4ª/, Navarra: Aranzadi, pp. 653-800.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando/MEDINA ALCOZ, Luis. 2008. "El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor", en Reglero Campos (coord.), /Tratado de responsabilidad civil, I, 4ª/, Navarra: Aranzadi, pp. 719-930.
- RIQUELME HERRERO, Miguel Pasqual del. 2000. "Artículo 118.", en Cobo del Rosal (dir.), /Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Artículos 95 a 137/, Madrid: Edersa, pp. 491-503.
- ROCA GUILLAMÓN, Juan. 2000. "Artículo 121" en Cobo del Rosal (dir.), /Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Artículos 95 a 137/, Madrid: Edersa, pp. 813-871.
- RODRÍGUEZ AMUNÁTEGUI, Carlos. 2007. /La responsabilidad civil derivada del bullying y otros delitos de los menores de edad/, Laberinto.

- RODRÍGUEZ GÓMEZ, Manuel. 2000. “Artículo 111”, en Cobo del Rosal (dir.), /Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Artículos 95 a 137/, Madrid: Edersa, pp. 245-256.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. 2010. /Compendio de Derecho penal. Parte general, 2ª/, Madrid: Dykinson.
- ROIG TORRES, Margarita. 2010. /La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas/, Valencia: Tirant lo Blanch.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a Belén/PÉREZ FERRER, Fátima. 2006. Imputación, valoración y reclamación de los daños derivados de la circulación de vehículos a motor (Conforme al nuevo texto refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor, RDLEG 8/2004, de 29 de octubre), 2ª/, Granada: Comares.
- SEGRELLES DE ARENAZA, Iñigo. 2000. “Artículo 122”, en Cobo del Rosal (dir.), /Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Artículos 95 a 137/, Madrid: Edersa, pp. 873-893.
- SERNA MEROÑO, Encarna. 2000. “Artículo 113”, en Cobo del Rosal (dir.), /Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Artículos 95 a 137/, Madrid: Edersa, pp. 271-313.
- VAQUER ALOY, Antoni. 2002. “La responsabilidad civil”, en González Cussac/Tamarit Sumalla (coords. penal)/Gómez Colomer (coord. procesal), /Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)/, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 131-152.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. 1998. “La responsabilidad civil derivada del delito”, /Actualidad Civil/, 1, pp.77-109.
- VICENTE DOMINGO, Elena. 2008. “El daño”, en Reglero Campos (coord.), /Tratado de responsabilidad civil, I, 4ª/, Navarra: Aranzadi, pp. 301-443.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. 1997. /Aspectos civiles del Nuevo Código Penal (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos)/, Madrid: Dykinson.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. 2008. “La responsabilidad civil en el proceso penal”, en Reglero Campos (coord.), /Tratado de responsabilidad civil, I, 4ª/, Navarra: Aranzadi, pp. 1067-1206.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. 2008. “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, en Reglero Campos (coord.), /Tratado de responsabilidad civil, III, 4ª/, Navarra: Aranzadi, pp. 313-444.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano/ARIAS MÁIZ, Vicente. 2008. “Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual”, en Reglero Campos (coord.), /Tratado de responsabilidad civil, III, 4ª/, Navarra: Aranzadi, pp. 529-65.

