

Libertas

Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales

Nº 0, 2012 (junio)
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 contratada. Universidad de León

Coordinación Técnica:

D. Erique Luzón Campos
Abogado. Profesor Asociado Universidad Carlos III

Consejo Científico y de Redacción:

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

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alcalá

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

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Vigo

Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro

Catedrático de Derecho Penal. Univ. Autónoma de Madrid

Prof. Dr. Ángel José Sanz Morán

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

Prof. Dr. Juan Antonio García Amado

Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León

Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Oviedo

Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos.

Catedrático de Derecho Penal. Univ. Autónoma de Madrid

Prof. Dr. Manuel Cancio Meliá

Catedrático de Derecho Penal. Univ. Autónoma de Madrid

Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales

Catedrática de Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra

Prof. Dr. Alberto Suárez Sánchez

Abogado. Profesor de Derecho Penal. Universidad del Externado.

Prof. D. Jaime Augusto Lombana Villalba

Abogado. Profesor de Derecho Penal. Universidad del Rosario

Prof. Dra. María A. Trapero Barreales

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de León

Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Alcalá

Prof. Dra. Soledad Barber Burusco

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra

Prof. Dr. Víctor Gómez Martín

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer

Profesora Titular acreditada de Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra

SUMARIO

Evolución de las ideas políticas y evolución del Derecho penal.

Santiago Mir Puig _____ pág 4

Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo (versión con precisiones)

Diego-Manuel Luzón Peña _____ pág 17

Límite entre la coautoría y la participación. A propósito de un caso real.

Miguel Díaz y García Conlledo _____ pág 36

Comercialización de vieiras contaminadas: requisitos esenciales para su consideración como delito contra la salud pública.

Javier de Vicente Remesal. Marta García Mosquera _____ pág 50

Fragmentos elementales sobre penas y penalistas.

Juan Antonio García Amado _____ pág 80

Concepto dogmático y jurisprudencial de dolo. Su creciente aproximación a la imprudencia en nuestra jurisprudencia.

Mirentxu Corcoy Bidasolo _____ pág 98

El caso Rose-Rosahl.

Enrique Peñaranda Ramos _____ Pág 126

Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el derecho comparado.

Agustín Jorge Barreiro. _____ pág 144

La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal.

Ángel J. Sanz Morán _____ pág 196

Derecho penal, prevención y responsabilidad social corporativa.

Raquel Roso Cañadillas _____ pág 220

Libertad, seguridad y delitos de amenazas.

José Manuel Paredes Castañón _____ pág 271

El hurto por medios informáticos y semejantes a través de la utilización de tarjeta magnética falsa o ajena en cajero automático

Alberto Suárez Sánchez _____ pág 324

El ámbito subjetivo de aplicación de la LORPM: la fijación del límite mínimo, un debate peligrosamente abierto.

María A. Trapero Barreales _____ pág 347

Los delitos contra la seguridad vial y su relación con los resultados lesivos.

Inés Olaizola Nogales. _____ pág 425

El caso *Contergan* cuarenta años después.

Manuel Cancio Meliá _____ pág 473

EVOLUCIÓN DE LAS IDEAS POLÍTICAS Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL¹

PROF. DR. DR. H.C. SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

Resumen: El presente trabajo trata de alertar de la tendencia actual hacia un punitivismo creciente que se aleja de los orígenes ilustrados del Derecho penal garantista. A partir de la premisa de que la evolución del Derecho penal es paralela a la evolución de las ideas políticas, se recuerda el cambio de paradigma que supuso para el Derecho penal el paso del Ancien Régime al Estado de Derecho, pero también las consecuencias contrarias que tuvo el modelo de Estado totalitario que se extendió a principios del siglo pasado. Con la derrota del nacionalsocialismo y de sus aliados se impuso un modelo político, el del Estado democrático de Derecho con vocación social, que en España se acogió tardíamente, tras la muerte de Franco, en la Constitución de 1978. Ésta es la base del Derecho penal español, y del de los países que, con distintos matices, comparten dicho modelo constitucional. Sin embargo, desde los años ochenta, con el advenimiento de gobiernos neoconservadores en el mundo anglosajón, se abre paso una nueva era de endurecimiento progresivo del Derecho penal.

Abstract: This paper tries to alert to the current trend towards an increasing punitivism away from the enlightened origins of a guarantees-based criminal law. Starting from the premise that the evolution of criminal law is parallel to the evolution of political ideas, it is recalled the paradigm shift that meant for the criminal law the transition from the Ancien Régime to the State based on the Rule of Law, but also the opposite consequences of the totalitarian State model which was extended in the early 20th century. With the defeat of Nazism and its allies a political model prevailed, the one of the democratic constitutional State with a social vocation, which in Spain was received later, after the death of Franco, in the Constitution of 1978. This is the base of the criminal law, both in Spain and in the countries that, with different nuances, share the above mentioned constitutional model. However,

¹ El presente trabajo constituye un extracto actualizado de mi libro *Bases constitucionales del Derecho penal*, Madrid (Iustel) 2011, al que remito al lector interesado en esta problemática fundamental.

since the Eighties, with the advent of neo-conservative governments in the Anglo-Saxon world, makes its way a new era of progressive hardening of criminal law.

Palabras clave: punitivismo, Derecho penal garantista, política criminal, Estado de Derecho, neoliberalismo conservador, endurecimiento del Derecho penal.

Keywords: punitivism, guarantees-based criminal law, criminal policy, State based on the Rule of Law, conservative Neoliberalism, hardening of criminal law.

1. Los precedentes históricos del Derecho penal constitucional

Todo Derecho penal responde a una determinada orientación política del tratamiento de la delincuencia, esto es: a una determinada *Política criminal*; y toda Política criminal depende de la política general propia del Estado a que corresponde. Ésta ha sido para mí una premisa fundamental, desde que en 1975 —ya antes de la Constitución de 1978— escribí mi *Introducción a las bases del Derecho penal*. La Política criminal de un determinado país entronca directamente con los principios de su organización política. Ello se debe a que el Derecho penal constituye una de las atribuciones más características del Estado. En los Estados constitucionales, su Constitución sienta las bases de su Política criminal y de su Derecho penal. Pero ni siempre el Estado ha sido constitucional, ni lo es hoy en todos los países.

Una rápida ojeada a la Historia confirma que la evolución de las ideas penales es paralela a la de las concepciones políticas.

En el mundo antiguo, cuando la agricultura dispara el crecimiento demográfico y determina una organización política de base territorial y de cierta complejidad, el poder suele ser teocrático. Del mismo modo, en la Europa medieval el poder político se legitimó en términos religiosos, el Papa investía al emperador y los reinos se definían como cristianos. Ello hacía coherente una justificación también religiosa del Derecho penal. El delito se vio como una forma de pecado y la pena pudo justificarse como exigencia de justicia análoga al castigo divino.

Tal fundamentación se mantiene en la Edad Moderna, pero el Estado evoluciona hacia el Absolutismo, se convierte en un Estado absoluto en el cual el Derecho penal es un instrumento tendencialmente ilimitado de sometimiento de los súbditos: fue la época del «terror penal», consecuencia de la atribución a la pena de una función de prevención general sin límites. Este es el modelo de Política criminal del *Ancien Régime* frente al cual se alza en el siglo XVIII la voz de Beccaria (en su famoso e influyente librito, *De los delitos y las penas*, 1764), inspirada en la nueva filosofía política que defiende la Ilustración y, especialmente, en el *Contrato social* de Rousseau.

En Europa la Revolución Francesa y en América las primeras Constituciones norteamericanas y la lucha por la independencia esgrimieron esta misma bandera y abrieron el paso, no sin importantes retrocesos, al Estado de Derecho y al Derecho penal contemporáneo. Preocupado ante todo por someter el poder al Derecho —en esto consiste el «Estado de Derecho»—, el Estado liberal clásico buscó antes la limitación jurídica de la potestad punitiva que la prevención de delitos. Se preocupó más de las garantías del posible inculpado que de la protección de las víctimas. La limitación jurídica del Estado liberal se basó en buena parte en principios abstractos e ideales, como el de igualdad ante la ley, tras el cual se mantenía una concepción idealista del hombre, como hombre-razón. Kant y Hegel pudieron, entonces, fundar coherentemente la pena en otro principio ideal: la exigencia de Justicia, base de la retribución. Constituía un límite al poder punitivo del Estado, que sólo podía castigar según lo merecido, pero tenía el defecto de la rigidez y obligaba también a extender la pena adonde no era necesaria. Otros autores, como Bentham en Inglaterra y Feuerbach en Alemania, defendieron una versión de la prevención general, la de Feuerbach estrictamente vinculada a y limitada por el principio de legalidad (es de este autor el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*).

A lo largo del siglo XIX, y al mismo tiempo que se van imponiendo las ideas liberales, se van creando las condiciones que acabarían por superarlas. La aparición del proletariado en las ciudades, consecuencia del maquinismo industrial, sirvió de base a movimientos sociales, como el marxismo, que reivindicaron la necesidad de un Estado que abandonase el carácter de mero árbitro que le reservaba el liberalismo y que interviniese en la vida social en favor de los débiles. Esta exigencia de intervención estatal se produjo también en el ámbito de la delincuencia, que aumentó considerablemente. Fue el punto de partida de la *Scuola Positiva* italiana, que inició Lombroso en el último tercio del siglo XIX y desarrollaron Ferri y Garofalo

hasta principios del siglo XX. Alegaban algo que ahora, a principios de un nuevo milenio, se repite continuamente: que la Política criminal no puede limitarse a asegurar garantías para los justiciables, sino que debe perseguir una lucha eficaz contra la criminalidad. La crisis del Estado liberal iba a ser también la crisis de su Política criminal. El tránsito hacia un Estado intervencionista enfatizó de nuevo la función de prevención –teorizada sobre todo como *prevención especial*, como tratamiento científico e individualizado del delincuente– del Derecho penal. Nótese que la prevención especial no había podido encontrar acogida en el Estado liberal clásico porque suponía admitir un distinto tratamiento penal para autores de un mismo delito, lo que chocaba con la igualdad ante la ley entendida en la forma absoluta del liberalismo. En el nuevo contexto del Estado social-intervencionista pudieron aparecer las *medidas de seguridad*, instrumentos de prevención especial inadecuados al estricto legalismo liberal clásico.

En el siglo XX la tendencia intervencionista del Estado social condujo (siguiendo el movimiento de la historia descrito por Hegel de tesis, antítesis y síntesis) a la antítesis del Estado liberal: a sistemas políticos totalitarios, como el soviético que surgió de la revolución de 1917, el fascista de Mussolini en la Italia de los años 20 y el nacionalsocialista de Hitler en los años 30. En todos ellos el Derecho penal se endureció, hasta los extremos que se alcanzaron en la Unión Soviética y en el III Reich.

2. El Estado social y democrático de Derecho y el Derecho penal

La derrota de los fascismos en la segunda guerra mundial permitió a las democracias vencedoras restablecer el Estado de Derecho en toda la Europa Occidental –salvo en España, que quedó en manos de la dictadura de Franco hasta su muerte, en 1975–. Pero se aprovechó la experiencia del fracaso del liberalismo clásico para proclamar un nuevo modelo de Estado que, al tiempo que reforzara sus límites *jurídicos* en un sentido *democrático*, no abandonara sus deberes para con la sociedad, es decir, sin dejar de ser *social*. Surgió, así, tras la tesis del Estado liberal clásico y su antítesis, el Estado totalitario, la síntesis representada por la fórmula «*Estado social y democrático de Derecho*». Acogida en la propia Constitución alemana de la postguerra,

sirve de punto de arranque a la Constitución española de 1978 (art. 1, 1). Y, con éste u otros nombres, con unos u otros matices, dicho modelo de Estado ha dominado en las Constituciones, o en su interpretación y desarrollo, en la segunda parte del pasado siglo: los Estados democráticos trataron de combinar, en mayor o menor medida, los principios de libertad del individuo (Estado de Derecho) e igualdad y solidaridad social (Estado social).

El Derecho penal de un tal Estado ha de asumir varias funciones, correlativas a los distintos aspectos que en él se combinan. En cuanto Derecho penal de un Estado *social*, debe legitimarse como sistema de *protección social efectiva*, lo que le atribuye la misión de prevención de delitos en la medida —y sólo en la medida— de lo necesario para aquella protección. Ello ya constituye un límite de la prevención. Por otra parte, en cuanto Derecho penal de un Estado *democrático de Derecho*, debe someter la prevención penal a otra serie de *límites*, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho penal. Dos palabras resumen, a mi juicio, este programa político-criminal: *prevención limitada*.

Aquí no podremos desarrollar los diferentes límites constitucionales de nuestro Derecho penal, pero sí hemos de recordarlos: El *principio de legalidad*, como límite formal del *Ius Puniendi* en el Estado de Derecho, que implica diversas exigencias expresadas en parte por el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*; y, como límites materiales: el *principio de proporcionalidad*, límite constitucional de toda limitación de derechos del ciudadano por parte del Estado, que requiere que ésta resulte necesaria, idónea y proporcionada en sentido estricto, y que en Derecho penal debe partir de la *protección exclusiva de bienes jurídico-penales*, finalidad a la que deben referirse la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la intervención penal; el *principio de culpabilidad*; el *principio de humanidad*; y el *principio de resocialización*. De todos estos límites y de su fundamentación constitucional me he ocupado ampliamente en mi reciente libro citado al principio de estas páginas.

Aunque ello incorpora la necesidad de eficacia del Derecho penal, no concede menor importancia a la función *garantista* del Derecho penal. El modelo constitucional del Estado social y democrático de Derecho mantiene la exigencia liberal de que el Derecho penal respete ciertos límites, como *garantías constitucionales* de las que dependen libertades ciudadanas. Como muchos otros de mi generación, he relacionado este modelo político democrático con un Derecho penal caracterizado por sus límites.

3. Neoliberalismo conservador e involución del Derecho penal

Desde hace unos años el escenario internacional ha variado sustancialmente, de modo que el amplio consenso que habíamos conseguido los penalistas europeos a favor de un Derecho penal estrictamente limitado, contrasta con la realidad opuesta de una evolución de la Política criminal internacional en el sentido contrario del endurecimiento y la expansión del Derecho penal. Convertido nuestro mundo en un espacio globalizado, los penalistas hemos de dirigir nuestra atención en estos momentos a esta preocupante *involución* del Derecho penal en el núcleo político de Occidente. Dicha involución ha de relacionarse con la aparición y difusión del neoliberalismo político neoconservador. Ello confirma que todos los cambios históricos importantes en la orientación de la Política criminal han estado condicionados por cambios significativos en la concepción del poder político, y que todo ello ha dependido de una evolución de las ideas que cada vez más desborda los límites nacionales.

Durante las tres últimas décadas se ha impuesto, principalmente en los E.E.U.U. pero también en otros países que han seguido su ejemplo en mayor o menor medida, un *neoliberalismo neoconservador* que ha modificado la concepción de las funciones del Estado y ha tenido graves consecuencias para la Política criminal y el Derecho penal. Lo curioso de ello es que este neoliberalismo ha abandonado la tradicional relación entre liberalismo y Política criminal restrictiva, de tal modo que, por el contrario, el neoliberalismo ha conducido a una Política criminal declaradamente expansiva, que vuelve a la pena de muerte y prolonga y endurece las condenas privativas de libertad, a la vez que disminuye sus posibilidades de sustitución por otras medidas. Junto a la exigencia de un Estado mínimo en la intervención económica, se ha reclamado una intervención cada vez más intensa en la lucha del Estado contra el delito. Esta *asimetría* parte de la asunción expresa de una distinta consideración por parte del Estado de los ciudadanos *honrados* y de los delincuentes. Se deja de lado el modelo ilustrado que parte de una *imagen única de ciudadano*, válida para todas las personas, que les

confiere iguales derechos y deberes. Los criminales ya no cuentan entre los ciudadanos ante los cuales ha de retroceder la intervención del Estado. La Justicia penal deja de verse como un sistema de protección preferente de los derechos del acusado (aquella *Magna Charta* del delincuente de que hablara von Liszt), para convertirse en un medio de lucha contra el delincuente y de protección de las víctimas. Tiende a desaparecer la empatía con el delincuente y la preocupación por los condicionamientos sociales de su conducta. Ahora se admite que los delincuentes son "los otros", que "nosotros" y "ellos" no tenemos nada que ver. El Estado neoliberal en lo económico es un Estado *insolidario* tanto con los perdedores en lo económico como con los delincuentes. Tal Estado reduce los tres pilares de la Revolución Francesa, la libertad, la igualdad y la fraternidad, a uno y medio: el de la libertad y el de sólo una parte de la igualdad, entendida sólo como igualdad formal y teórica ante la ley; y se olvida de la fraternidad. Desde luego, esta falta de solidaridad viene favorecida por la falta de una completa integración de las minorías étnicas y culturales, que se relaciona estrechamente con una sobrerrepresentación escandalosa de delincuencia en las mismas.

El resultado ha sido el paso de una prevención preocupada por sus límites, a una prevención obsesionada por su ineficacia. Se espera superar esta ineficacia mediante el endurecimiento del sistema penal, pero esta expectativa se ve defraudada continuamente por un supuesto aumento imparable de la criminalidad.

La capacidad de influencia de la realidad norteamericana en el resto del planeta, acrecentada por la globalización, se está notando desde hace unos años en las políticas criminales de muchos otros países. En este contexto se produjeron los gravísimos atentados del 11-S y las también gravísimas medidas adoptadas por los E.E.U.U. y por el Reino Unido, mediante las cuales se pretende reaccionar con contundencia frente al llamado "terrorismo internacional". Con ellas se sacrificaron libertades en aras de la seguridad y se radicalizó una tendencia ya anteriormente perceptible en determinadas normas internacionales contra el narcotráfico y contra la delincuencia organizada: la tendencia a concebir el Derecho penal más como un arma de guerra que como un orden de paz.

4. ¿El fin de los límites?

¿Cabe ver en ello la confirmación, a escala internacional, de una nueva era de restricción de libertades que considerábamos consustanciales al Estado de Derecho?

Es imposible predecir el futuro, pero sí podemos temerlo. La ominosa idea según la cual la seguridad puede exigir el sacrificio de derechos constitucionales, que caracterizó la respuesta a los atentados del 11-S, vino a reforzar una tendencia que ya era evidente en la Política criminal de la última parte del siglo XX: una tendencia hacia su *endurecimiento*, contraria a la línea histórica que dio lugar al Derecho penal característico del Estado de Derecho. Hace ya tiempo que está en peligro el Derecho penal que surgió de las ideas ilustradas del siglo XVIII y que, tras el nefasto paréntesis de los totalitarismos de entre guerras en Europa (y de la dictadura de Franco en España), considerábamos ya consolidado como una conquista indiscutible de la modernidad.

Los principios del Derecho penal garantista siguen dominando la doctrina (más que la legislación) del Derecho penal actual, tanto en España como en los demás países de la Unión Europea. Pero en la evolución de las legislaciones penales de todos los países occidentales van apareciendo elementos que contradicen aquella concepción y van llevando al Derecho penal al camino contrario: al camino de su *ampliación* y de su *endurecimiento*. Todos ellos son anteriores a los atentados del 11 de septiembre del 2001.

Hay diversos factores que en los últimos lustros están determinando una *expansión del Derecho penal* –como se titula un exitoso libro de Silva Sánchez (2001)–. Siguiendo en parte el análisis de este autor, los podemos agrupar en cuatro apartados: a) factores de evolución tecnológica; b) factores de evolución económica; c) factores de evolución política; y d) factores de evolución cultural. Veámoslos brevemente.

a) Los avances *tecnológicos* han introducido *nuevos riesgos* que están dando lugar a nuevas respuestas penales que amplían el Derecho penal. Nuevos riesgos en los transportes, en la fabricación masiva de productos, en la energía nuclear, en la nueva genética, etc. Son riesgos que a menudo no afectan a individuos determinados, como los delitos más clásicos (homicidio, robo, violación, etc.), sino a la población en general o a grandes colectivos (partícipes en el tráfico de automóviles, consumidores, trabajadores), o a bienes también colectivos (como el medio ambiente). Este cúmulo de nuevos riesgos se ha visto como una característica de nuestra sociedad. Ha hecho fortuna la expresión “sociedad del riesgo”, que acuñó Ulrich Bech en su conocido libro de 1986. Ante la proliferación de los riesgos la sociedad

reclama mayor protección y exige que el Derecho penal extienda su alcance al control de los nuevos riesgos.

Los avances tecnológicos incluyen también *los medios de comunicación clásicos y las nuevas tecnologías*. La prensa, la televisión, la radio, *amplifican* la dimensión de las desgracias y de los delitos. Al informar de hechos negativos que se producen en todo el mundo, hacen que el destinatario de la información tenga la sensación de que ahora ocurren muchos más que antes, cuando sólo se conocían los que sucedían en el ámbito de la vida personal, de la familia, de los amigos y conocidos, y poco más. Por otra parte, los medios de comunicación tienden a dramatizar este tipo de noticias, especialmente cuando implican a menores, como las relativas a pornografía infantil, abusos de menores, asesinatos de menores por menores, etc. *Internet* es otra fuente de posibles delitos difíciles de perseguir. Todo ello va aumentando la sensación de inseguridad y de vulnerabilidad, y se traduce en un mayor requerimiento de intervención y dureza por parte del Derecho penal.

Los transportes rápidos, como los aviones, facilitan también la movilidad de los delincuentes y de las organizaciones criminales de carácter internacional. Ello está *internacionalizando* formas graves de delincuencia y dificultando su persecución. No hace falta recordar que los aviones se han convertido incluso en armas de destrucción masiva accesibles a terroristas suicidas, como los que los estrellaron contra las torres gemelas de Nueva York y contra el Pentágono. Este ha sido el desencadenante del drástico recorte de garantías fundamentales del ciudadano que más arriba hemos señalado. La lucha contra el narcotráfico, que evidentemente tiene una dimensión internacional, también ha generado un agravamiento muy considerable de las penas y ocupa una parte fundamental de la justicia penal de países como el nuestro.

b) La evolución *económica* –en parte favorecida por progresos tecnológicos– está ampliando las posibilidades de comisión de delitos en el marco de la actividad empresarial y mediante sociedades mercantiles, que no pocas veces se domicilian en paraísos fiscales y ocultan a las personas físicas responsables. Muy probablemente, la grave crisis financiera global que explotó en 2008 vino propiciada por fraudes masivos cuyas consecuencias han sido infinitamente más graves que las de los clásicos delitos contra el patrimonio. El Derecho penal económico se ha convertido en un importante sector del Derecho penal.

c) La evolución *política* ha hecho que el Derecho penal alcance cada vez con más frecuencia a *poderosos* antes inmunes. Ello se debe especialmente al mayor conocimiento que se tiene de casos de corrupción política, en parte por la mayor información que es posible en las sociedades democráticas. También se empieza a exigir el enjuiciamiento de líderes políticos por crímenes contra la humanidad. Por otra parte, una mayor realización del principio de igualdad está demandando más protección penal de los más *débiles*, como las mujeres y los menores frente a la violencia doméstica o a los delincuentes sexuales. Finalmente, es obvio que el terrorismo y su incidencia en el sistema penal obedecen a razones políticas.

d) La evolución *cultural* incluye un aumento preocupante de la *violencia* en la sociedad. Esto ocurre en muchos países, pero en el llamado primer mundo llama especialmente la atención el caso de los EE.U.U., donde la violencia creciente de los delincuentes se corresponde con un Derecho penal igualmente violento, con penas de muerte cada vez más frecuentes, penas de prisión perpetuas, un número de reclusos extraordinariamente alto, prisiones duras. El fracaso de estas reacciones institucionales, que muchas veces no logra reducir la criminalidad, no disminuye el apoyo social generalizado a la política de mano dura (sólo el descubrimiento de que un porcentaje significativo de condenados a muerte es inocente ha rebajado el número de partidarios de la pena capital). Todo ello hace sospechar que tanto la violencia de la delincuencia como la dureza del sistema penal en los Estados Unidos puedan tener una raíz común en una determinada cultura de la violencia. Es razonable relacionar esta cultura de la violencia con la agresiva competitividad que está en la base del sistema económico capitalista y que, hasta hoy, ha encontrado menos correcciones sociales en los Estados Unidos que en Europa. Asimismo cabe relacionar la violencia social con la incapacidad del sistema para integrar verdaderamente a las importantes minorías étnicas.

Hasta los últimos años noventa en España, como en general en la Unión Europea, habíamos conseguido hacer compatibles un sistema penal moderado con una tasa de criminalidad relativamente pequeña. En la última década esta situación deseable parece evolucionar hacia un mayor reclamo de Derecho penal por parte de una opinión pública sensibilizada por la creciente atención que dedican los medios de comunicación a la delincuencia. Puede que también esta evolución guarde relación con el aumento de la competitividad económica y la disminución de la presencia del Estado social, y, por qué no, con la dificultad con que asimilamos un incremento importante de la inmigración económica.

Una valoración rigurosa de la tendencia a la ampliación y endurecimiento del sistema penal en nuestro mundo globalizado requeriría una extensión que desbordaría los límites de esta obra. Pero querría apuntar algunas tesis que me parecen defendibles:

1) No se pueden valorar de forma unitaria las diferentes líneas de la actual expansión del Derecho penal. Algunas son necesarias, mientras que otras son rechazables.

2) La aparición de nuevos riesgos y la internacionalización de la delincuencia (consecuencias de la evolución tecnológica), así como las nuevas formas de delincuencia económica, hacen comprensible la introducción de nuevas técnicas penales.

3) Más evidente es aún la conveniencia de admitir que el Derecho penal alcance a los poderosos que delinquen y proteja más a la mujer y a los menores.

4) Hay que oponerse rotundamente al clima de violencia penal que en los Estados Unidos ha ido desarrollándose en los últimos veinte años. Ni Europa ni los países latinoamericanos que comparten su tradición jurídica deben seguir su ejemplo. Abandonaríamos el núcleo del Derecho penal por el que hemos luchado si aceptáramos el grave retroceso que significa reinstaurar la pena de muerte, las penas de prisión efectivamente perpetuas y el encarnizamiento del sistema penal.

5) La respuesta del sistema penal al terrorismo ha de ser contundente, pero hay que alertar del peligro de que los Estados acaben utilizando métodos parecidos a los terroristas. Cuando lo hacen –y estamos viendo que lo hacen– se difumina la frontera que distingue al terrorista del que no lo es. Sólo el mantenimiento del sistema de libertades y garantías de un Estado de Derecho solidario (social y democrático) evitará que el terrorismo provoque la deslegitimación del Estado y de su

lucha contra aquél. La única reacción válida ante cada atentado terrorista es reclamar la aplicación efectiva de un Derecho penal que suponga la afirmación de los valores y principios jurídico-democráticos negados por el terrorismo. Éste no sólo atenta contra las personas y los bienes, sino también contra la legitimidad del Derecho. La lucha contra el terrorismo ha de ser también la lucha por la legitimidad. Pasa entonces a un primer plano la necesidad de que la pena no persiga únicamente una finalidad intimidatoria, de prevención general negativa, sino también una finalidad de prevención general positiva que refuerce la legitimidad del Derecho y se la quite por completo al terrorismo. Ello sólo puede conseguirse respetando los límites consustanciales a un Derecho penal legítimo, a un Derecho penal que no arroje por la borda los valores constitucionales vinculados a los derechos humanos –de todos, incluidos los delincuentes y los terroristas, y, por supuesto, los extranjeros y los integrantes de minorías.

5. Crisis financiera, crisis del neoliberalismo y Derecho penal

¿Qué influencia puede tener la crisis financiera actual, con sus graves consecuencias para la economía real, en la evolución del Derecho penal? Si fue el neoliberalismo conservador el que condujo al endurecimiento del Derecho penal en los E.E.U.U., la crisis de tal modelo neoliberal podría tener consecuencias para el Derecho penal. De hecho, la eclosión de la crisis financiera coincidió con el final del segundo mandato de Bush y una pérdida de apoyo popular a su presidencia sin precedentes. También coincidió con la calurosa acogida que recibió la campaña electoral de Barak Obama, abiertamente contraria a la política que durante los años anteriores había llevado al extremo el neoliberalismo neoconservador. En este ambiente fue fácil vincular la crisis financiera a los excesos del neoliberalismo y su doctrina de la desregulación. La “autorregulación” se había convertido en falta de control. La llegada al poder de Obama pareció que permitiría afrontar la crisis renunciando al dogma neoliberal de la no intervención estatal en la economía. El alcance global de la crisis financiera también parecía aconsejar caminos parecidos en Europa. Sin embargo, el crecimiento del déficit público y de la deuda pública y privada que ello supuso no ha ido acompañado de una regulación eficaz de los mercados financieros globales, y en la zona euro todavía no se han consensuado medidas suficientes para impedir que los mercados pongan en riesgo la deuda pública de un

número creciente de países. Aunque se extiende la idea de que el modelo de la autorregulación debe ser limitado, lo cierto es que no se ha abandonado y que dificulta enormemente la capacidad de los Estados para influir positivamente en sus economías, salir de la crisis y mantener los pilares del Estado social. No obstante, se ha abierto ya un periodo de reflexión en el que deben participar todos los sectores implicados, y uno de ellos es el Derecho penal.

Ahora bien, del mismo modo que la crisis financiera no ha conducido por ahora más que a correcciones insuficientes del modelo económico, no cabe esperar tampoco que el nuevo contexto tenga como consecuencia un cambio drástico en la orientación del Derecho penal. Sin embargo, me atrevo a pronosticar tres posibles consecuencias:

1) La decisión de Obama de clausurar Guantánamo –un espacio *sin Derecho*: la expresión más descarnada del abandono del Estado *de Derecho*–, así como el anuncio de posibles responsabilidades para quienes permitieron torturas bajo la Administración anterior, parecieron indicar la voluntad de restablecer los límites procesales propios de un Estado de Derecho. Sin embargo, lamentablemente tales decisiones no se han llegado todavía a implementar, lo que sin duda se debe a que la opinión pública estadounidense sigue siendo contraria a dichas medidas.

2) Lo más probable es que por el momento se mantenga la tendencia al endurecimiento del Derecho penal material, una tendencia que parecen compartir en lo fundamental tanto los gobiernos conservadores como los de centro-izquierda. Aunque iniciada y llevada a un extremo desde el neoliberalismo, dicha tendencia ha enlazado con un populismo punitivo políticamente rentable a corto plazo para toda clase de gobiernos.

3) El reconocimiento de que la crisis financiera se debió en parte a la falta de control y al ocultamiento fraudulento de los riesgos inherentes a determinados productos financieros, hace comprensible una mayor demanda de intervención del Derecho penal para proteger el sistema financiero. Por ello, es particularmente previsible que se consolide la expansión del Derecho penal hacia el campo de los bienes jurídicos colectivos implicados en el sistema económico. De hecho, la tendencia a extender la protección jurídico-penal a los bienes jurídicos colectivos, que en Europa hace tiempo que se manifiesta, no es consecuencia del neoliberalismo económico, sino tal vez opuesto a él.

Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo (versión con precisiones)*

PROF. DR. DR. H.C. DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alcalá, Madrid

Resumen: *La no imputación objetiva de una lesión a la conducta del tercero en algunos de aquellos supuestos en los que la propia víctima acepta o consiente el riesgo de lesión, no se puede fundamentar satisfactoriamente con la mera argumentación desde la impunidad de la participación en el suicidio (que rige en Derecho alemán, pero no en otros Códigos Penales) o con el pretendido principio de autorresponsabilidad; sino que dicha no imputación ha de basarse en el principio de alteridad o no identidad entre autor y víctima de la puesta en peligro. La distinción de Roxin entre participación impune en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro o puesta en peligro ajena consentida, que es punible con la excepción de ciertos casos de equiparación de ésta a la participación en una autopuesta en peligro, es correcta en principio; pero tal equiparación no puede depender del mero conocimiento común y exacto del riesgo por parte de la víctima y el agente, sino de que haya un control compartido del riesgo por la víctima y el tercero.*

Abstract: *The objective non-imputation of an injury to the conduct of the third party in some of those cases in which the victim accepts or allows the injury risk, cannot be held satisfactorily with the mere argument of impunity in the participation in the suicide (which is ruled in German law, but not in other Criminal Codes) or with the purported self-responsibility principle. The above-mentioned non-imputation has to be based on the principle of alterity or otherness,*

*Esta versión contiene algunas precisiones que interesa destacar, añadidas con posterioridad a la primera versión aparecida en otros lugares (en lengua española; versión alemana: Alteritätsprinzip oder Identitätsprinzip vs. Selbstverantwortungsprinzip. Teilnahme an Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und Gleichstellung: das Kriterium der Risikokontrolle, en GA 2011-5: Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 295 ss.). Concretamente: 1º) en III. 6, párr. 6º se aclara que en los casos en que la víctima de una puesta en peligro en coautoría con el tercero tiene control objetivo del riesgo, ese control objetivo del riesgo lo mantiene la víctima durante la fase inicial del suceso, pero llega un momento en que pierde el control objetivo del riesgo, que acaba desencadenando su lesión contra su voluntad, precisamente porque la víctima no acepta la lesión sino a lo sumo el peligro; estas reflexiones aclaratorias las he añadido tras algunas observaciones y dudas que me ha planteado C. Roxin, tras la publicación de mi artículo en la citada Festgabe en su honor por su 80º cumpleaños, sobre si realmente puede hablarse de control del riesgo p. ej. en el caso del conductor que maneja el automóvil en estado de embriaguez; 2º) en n. 25 a se compara la criticable desprotección de bienes jurídicos negándoles la protección penal en muchos casos de provocación o consentimiento del riesgo, que sostiene la víctimodogmática, con la igualmente censurable desprotección de bienes jurídicos del agredido negándoles la legítima defensa que sostienen las posiciones usuales ante una provocación considerable de la agresión ilegítima.

El trabajo ha sido elaborado en el marco de los proyectos de investigación 2008-02004/JURI y DER2011-24011, que dirijo en la Univ. de Alcalá, financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Subdirección Gral. de Proyectos e Investigación.

or non-identity between perpetrator and victim. ROXIN's distinction between unpunished participation in those cases in which the victim puts him/herself at risk, and the other cases where the victim allows that someone else puts him/her at risk -punishable, the last ones, with exception of some cases that are comparable to the first ones-, is correct in principle. But such a comparison cannot depend on the mere common and exact knowledge of the risk on the part of the victim and the perpetrator, but on that there is a shared control of the risk on the part of the victim and the third party.

Palabras clave: Imputación objetiva. Autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida. Control del riesgo. Principio de alteridad, principio de identidad, principio de autorresponsabilidad.

Keywords: *Objective imputation. The victim puts him/herself at risk; the perpetrator puts other at risk. Control of the risk. Principle of alterity or otherness, of identity; self-responsibility principle.*

I. Fin de protección o evitación de la norma y supuestos de favorecimiento de autopuesta en peligro o de autolesión y de heteropuesta en peligro consentida y heterolesión consentida

1. Introducción

Como es mayoritariamente reconocido, para la imputación objetiva del resultado (o del hecho, si no se limita tal concepto a la imputación de resultados) se requiere¹, además de la adecuación o creación de un riesgo penalmente relevante (que la doc. mayoritaria entiende como riesgo no permitido), que el resultado concretamente causado (o el hecho) encaje en el fin de protección o evitación de la norma, lo que supone un criterio de interpretación –y restricción– teleológica del tipo. Esta concordancia con el fin de la norma conlleva a su vez, en primer lugar el requisito de la realización de peligro(s) inherente(s) a la acción inicial, o sea, de uno de los riesgos típicos que de suyo implica tal acción y que por eso mismo son los que la norma pretende evitar que se realicen, o sea la también denominada “relación de riesgo” o “relación o nexo de antijuridicidad”. Pero además la idea del fin de protección (o evitación) de la norma típica (denominación a la que ROXIN añade posteriormente la del “alcance del tipo”²) es un criterio interpretativo más amplio que puede excluir por otros diversos motivos la imputación objetiva de otros resultados no coincidentes con tal fin. Se discute si ello es así, entre otros supuestos, en los segundos daños, en daños diferidos o sobrevenidos muy posteriormente, en consecuencias de la asunción de riesgos legalmente impuesta en acciones de salvamento o de persecución policial, en resultados imputables a una esfera de responsabilidad ajena de profesionales o funcionarios, en la provocación de autopuestas en peligro o en puestas en peligro ajenas consentidas.

¹ Sobre todo lo que sigue cfr. la exposición más amplia de mi PG: LUZÓN PEÑA, Curso de DP, PG I, 1996, 378 ss.

² Cfr. su AT I, desde la 1.ª ed., 1994, § 11 nm. 85 ss.; 4.ª, 2006, § 11 nm. 106 ss.

Pues bien, entre esos diversos grupos de casos en que se puede debatir si concuerdan o no con el fin de la norma y por tanto si se afirma o se excluye la imputación objetiva, probablemente la mayor discusión en las últimas décadas ha girado en torno al tratamiento de los supuestos en que la propia víctima, si no provoca, al menos acepta o consiente el riesgo de lesión; se discute sobre todo si no hay imputación objetiva por no encajar el resultado en el fin de protección o evitación de la norma en casos de *favorecimiento de una autopuesta en peligro* o en los de *heteropuesta en peligro aceptada o consentida* por la propia víctima.

2. Precisiones terminológicas

Si se llega a producir la lesión del bien jurídico puesto en peligro, tal favorecimiento o tal heteropuesta en peligro normalmente serán imprudentes respecto de la lesión –que es lo que generalmente se suele dar por supuesto en la doctrina–, ya que el agente o bien ni siquiera es consciente del peligro, o es consciente del peligro pero no quiere ni acepta la lesión (imprudencia inconsciente en el primer caso, consciente en el segundo). Pero hay que advertir que, aunque menos frecuentemente, puede haber supuestos en que el tercero actúe con dolo eventual respecto de la lesión, aunque la víctima, que será lo más normal, sólo acepte el riesgo, pero no acepte su propia lesión con “dolo” eventual; y en tal caso, al producirse la lesión, el tercero realizará una participación dolosa en una autolesión imprudente o una (hetero)lesión dolosa con consentimiento en el riesgo por el afectado. Ahora bien, se debe reservar en este contexto hablar de “favorecimiento de una autopuesta en peligro” para los casos en que el sujeto que se pone a sí mismo en peligro no tiene voluntad (“dolo”) de lesionar su bien jurídico, y en cambio denominar favorecimiento de una tentativa de autolesión los supuestos en que el sujeto favorecido quiera lesionar su bien jurídico; pues, aunque en la tentativa de autolesión voluntaria objetivamente también hay una autopuesta en peligro, como veremos después (*infra* III.4), en estos supuestos el grado de peligro es mucho mayor que en los primeros. Por ello se puede distinguir también heteropuesta en peligro de tentativa de heterolesión.

II. Diversas posiciones

1. La distinción entre favorecimiento de una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, salvo equivalencia de ésta a la primera

ROXIN ha sostenido (desde 1973) que en muchos de estos supuestos hay que negar la imputación objetiva, pero en algunos no: Por una parte mantiene que, dado que según el Derecho alemán es impune la participación en el suicidio o también en una autolesión impune, tampoco puede ser punible ni abarcado por el fin de la norma el favorecimiento o cooperación en una autopuesta en peligro dolosa, pues si se puede provocar impunemente lo más (la autolesión), con mayor razón ha de poderse provocar sin sanción lo menos (la autopuesta en peligro)³, o sea argumento sistemático *a maiore ad minus* (de mayor a menor). En cambio la

³ ROXIN, FS-Gallas, 1973, 243 ss. = Problemas básicos del DP, 1976, 183 ss.; AT I, 4ª, 2006, § 11 nm. 107 ss., PG I, 1997, § 11 nm. 86 ss. De todos modos añade (AT I, 4ª, 2006, § 11 n. 230; PG I, 1997, § 11,

puesta en peligro ajena (heteropuesta en peligro)⁴, por mucho que sea aceptada o consentida por el afectado, en principio es punible (como también lo son el homicidio consentido o gran parte de las lesiones consentidas)⁵.

Pero hay casos de heteropuesta en peligro aceptada que son equiparables a la simple participación en la autopuesta en peligro y entonces, igual que en ésta, no habrá imputación objetiva y serán atípicos⁶. Ello sucederá según ROXIN sólo si la persona puesta en peligro es consciente del riesgo en la misma medida que el agente que le pone en peligro. Éste constituye el requisito fundamental, al que añade otros dos previos: que el daño sea consecuencia del riesgo que la persona acepta correr y no de otros fallos, y que la persona puesta en peligro tenga la misma responsabilidad por la actuación común que quien le pone en peligro, lo cual implica que sea imputable y no coaccionado, y que no se trate de un trabajador que, aunque conozca y acepte su puesta en peligro, tiene una situación de dependencia e inferioridad respecto del empresario en cuanto a la infracción de normas de evitación de accidentes laborales; si se dan todos esos requisitos, esa persona habrá “asumido el riesgo”⁷.

Habrá una heteropuesta en peligro aceptada (o puesta en peligro ajena aceptada) equiparable a la cooperación en una autopuesta en peligro según ROXIN en casos como el de la persona que insta al patrón de una barca a que le cruce el río pese a que éste le advierte que es muy peligroso por la tempestad existente y la barca vuelca con el oleaje y se ahoga el pasajero, o el del acompañante que por tener prisa insta al conductor a que marche a velocidad excesiva, accediendo éste y causando por ello en un accidente la muerte o lesiones del pasajero, o el supuesto de quien sufre igual desenlace cuando acepta ser llevado en un automóvil por un conductor que iba ostensiblemente ebrio, siempre que la víctima conociera las circunstancias y el riesgo exactamente igual que quien le pone en peligro y que se cumplan los otros dos requisitos indicados; o también en el caso de alguien que tiene libremente y sabiéndolo contactos sexuales sin protección con un enfermo de sida⁸; o en el caso de los “auto-surfistas” (surfistas en autos), donde un conductor, que marcha a una velocidad previamente acordada de 70-80 km/h, lleva tendidos sobre el techo de su automóvil

n. 132) que además de ese argumento de Derecho positivo alemán hay que tener en cuenta “la decisión valorativa normativa que hay tras ello, a saber: que no hay ninguna razón para restringir la libertad de actuación de los intervinientes en la medida en que nadie sea puesto en peligro contra su voluntad”.

⁴ Al respecto cfr. ROXIN, FS-Gallas, 1973, 249 ss. = Problemas básicos, 1976, 190 ss.; AT I, 4ª, 2006, § 11 nm. 121 ss., PG I, 1997, § 11 nm. 98 ss.

⁵ ROXIN, AT I, 4ª, 2006, § 11 nm. 123; PG I, 1997, § 11 nm. 100, argumenta que la heteropuesta en peligro aceptada no es equiparable de modo general al mero favorecimiento de una autopuesta en peligro “porque aquél que se deja poner en peligro está más expuesto a lo que suceda que quien se pone a sí mismo en peligro, que puede intentar dominar los peligros con sus propias fuerzas.”

⁶ ROXIN, AT I, 4ª, 2006, § 11 nm. 123; PG I, 1997, § 11 nm. 100.

⁷ Cfr. ROXIN, AT I, 4ª, 2006, § 11 nm. 124; PG I, 1997, § 11 nm. 100 (en el caso de la infracción de normas de evitación de accidentes laborales por trabajador y empresario, afirma por ello la responsabilidad de éste por el § 222, o sea homicidio imprudente). Anticipa ya la exigencia de esos tres requisitos para la equiparación en FS-Gallas, 1973, 252 s. = Problemas básicos, 1976, 192 s.

⁸ Cfr. sobre todos esos casos ROXIN, AT I, 4ª, 2006, § 11 nm. 121-133 (donde examina más ejemplos como –nm. 126-132– los de participación en suicidios o similares); PG I, 1997, § 11 nm. 98-101. Los dos primeros ejemplos, del acompañante que pide al conductor que marche a velocidad excesiva o que se deja llevar por un conductor ebrio, ya en FS-Gallas, 1973, 252 s. = Problemas básicos, 1976, 192 s.

sucesivamente a varios jóvenes que de ese modo imitan la práctica del surf acuático sobre tablas, hasta que uno se cayó y sufrió lesiones irreversibles⁹.

2. Distinción entre autoría de la puesta en peligro y participación en la misma

Otro sector propone resolver estos supuestos distinguiendo estrictamente entre autoría y participación¹⁰: según este criterio sólo habrá atipicidad cuando el tercero sea mero partícipe y la víctima es el autor de su autopuesta en peligro o autolesión (porque al ser atípica tal autoría, por accesoriadad también ha de serlo la simple participación); pero si el tercero, y no la víctima, es autor de la puesta en peligro, ello será típico por mucho que la víctima consienta en el riesgo (pues consentimiento en el peligro no equivale a consentimiento en la lesión). Este criterio se limita a formular en principio la misma distinción que ROXIN, sólo que destacando el enfoque de la distinción entre autoría y participación; pero no hace la excepción roxiniana para casos de autoría de heteropuesta en peligro consentida que materialmente equivalen al favorecimiento de la autopuesta en peligro.

3. El principio de autorresponsabilidad

Otro sector, para resolver estos supuestos, invoca el “*principio de autorresponsabilidad*”¹¹, bien como criterio autónomo que excluye el injusto o el tipo, bien

⁹ Cfr. ROXIN, AT I, 4ª, 2006, § 11 nm. 134; § 13 nm. 57 s., sosteniendo por ello la impunidad del conductor en dicho supuesto de la sent. OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1997, 325 ss.

¹⁰ Así WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und “Opfer” bei riskanten Zusammenwirken*, Freiburg i.Br., Max-Planck-Institut f. a. u. i. Strafrecht, 1991, 83 ss., 110 ss., 144 ss. En la doc. española, siguiendo indicaciones mías (ya en Nota a ROXIN, *Problemas básicos del DP*, 1976, nota * pp. 189 s.; y compartiendo mi teoría de la determinación objetiva del hecho como criterio de autoría también en delitos imprudentes: LUZÓN, *ADPCP* 1989, 889 ss.; = *EPen*, 1991, 197 ss.); GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro de la vida*, 1999, 346 ss., *passim* (en 158 ss. sigue mi criterio de la autoría); ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, Granada, Comares, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 513 ss., 338 ss., 527 ss.; *Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro*, RDPP 10 2003, 177 ss., 188 ss., 205 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN (coords.)/Y OTROS, *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, Univ. León, 2004, 45 ss. Sobre los casos, en parte coincidentes y en parte distintos, de concurrencia de culpas, en que la imprudencia concurrente de la víctima o de un tercero tiene efectos sobre la conducta en principio imprudente del agente, bien excluyendo la imputación objetiva o la autoría, o bien simplemente rebajando la responsabilidad del agente cfr. LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 526 s., defendiendo en 527 que a veces la imprudencia concurrente puede, no excluir toda responsabilidad del agente, pero sí degradar su inicial imprudencia grave a simple por no imputación objetiva del resultado al grave peligro de la imprudencia grave, sino sólo a una imprudencia simple con una peligrosidad menor. Defiende en estos casos una original solución alternativa, de aplicar una atenuante analógica a la imprudencia grave, ROSO, *Concurrencia de imprudencias: sus efectos en la teoría del delito*, *PJ* 46 1997, 273 ss. Su solución podría combinarse con la mía en supuestos en que parezca excesivo degradar la imprudencia de grave a leve.

¹¹ Cfr. entre otros SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung*, Tübingen, Mohr, 1986; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, 1991. Sobre los orígenes y distintas utilizaciones del principio de autorresponsabilidad cfr. ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 165 ss.; *Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro*, RDPP 10 2003, 196 ss.; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en DP*, Barcelona, J.M. Bosch, 1998, 219 ss., 259 ss., *passim*; *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”)*, *RDPCr* 2 1998, 49 ss.;

encuadrado dentro de la imputación objetiva, mencionando o no el fin de protección de la norma, a efectos de excluir la imputación (a la conducta del agente e imputársela a la de la víctima) en todos o parte de estos supuestos¹². Se afirma que este principio, en virtud del cual cada uno responde de sus propios actos y sus consecuencias, incluyendo los riesgos que el sujeto decide correr, es el reverso y correlato de la libertad del individuo o del libre desarrollo de su personalidad.

La fundamentación de tal principio no es excesivamente detallada. Unos parten simplemente del concepto filosófico de libertad humana con su correlato de responsabilidad (derivada p.ej. del imperativo categórico kantiano¹³) o del modelo del ordenamiento jurídico que a su vez parte del ciudadano como sujeto autónomo, y titular de un ámbito propio de autoorganización¹⁴, la mayoría parte del reconocimiento constitucional de la libertad o capacidad de autodeterminación del ciudadano y especialmente del “libre desarrollo de la personalidad”¹⁵ –en nuestra CE consagrado en el art. 10.1, igual que en el art. 2 I GG alemana– y del modelo que ello implica de autonomía del ciudadano en su esfera de organización; lo cual significa a su vez que el sujeto tiene una responsabilidad primaria o preferente en la organización de su vida y en la protección de sus bienes jurídicos, que implica que como regla si corre un riesgo asume su responsabilidad y no puede exigir a terceros un deber de tutela de sus bienes jurídicos¹⁶. Ahora bien, con ese punto de partida se puede luego dar distinto alcance y contenido al principio de autorresponsabilidad: desde posiciones que afirman que si la víctima participa en el riesgo (sin más o con algún otro requisito) hay una “actuación a propio

Opferverhalten und objektive Zurechnung, ZStW 111 1999, 357 ss.; Los límites de la exclusión del tipo de injusto por conducta auto-defensiva de la víctima, RDPP 2 2000, 168 ss.

¹² El principio de autorresponsabilidad excluye el injusto p.ej. según ZACZYK, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg, C.F. Müller, 1993, 26 ss., 32 ss., o la conducta típica según FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, C.F. Müller, 1988, 151 ss. Defienden que excluye la imputación objetiva p.ej. JAKOBS, AT, 2ª, 1991 (PG, 1997) 7/104 ss., 7/124 ss., 21/14 ss.; CANCIO, *Conducta de la víctima*, 1998, 275 ss., 284 ss., *passim*.

Este principio de autorresponsabilidad, según el cual cada persona responde de sus propios actos y las consecuencias de éstos, incluyendo los meros riesgos derivados de los actos, se utiliza por un sector para negar la imputación objetiva (a la conducta del autor e imputar la responsabilidad del resultado a la propia víctima) en ciertos supuestos, entre otros, de consentimiento de la víctima en el riesgo o de provocación consciente o inconsciente del riesgo por la víctima. Pero además la denominada “victimodogmática” (*infra* II. 4) añade como fundamento adicional que en muchos de estos casos (p.ej. en delitos patrimoniales, especialmente en la estafa, pero tb. en otros como delitos contra la intimidad, la libertad sexual o incluso la vida e integridad) desaparece el merecimiento o la necesidad de protección penal del bien jurídico (si su titular, pudiendo, no adopta suficientes medidas de protección) y por tanto el merecimiento o la necesidad de pena.

¹³ Como hace ZACZYK, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, 1993, 18 ss., 22 ss.; lo destaca CANCIO, *Conducta de la víctima*, 1998, 45, 264 s.

¹⁴ Así DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, 185 ss.; JAKOBS, ZStW 97 1985, 751 ss.; Estudios de DP, 1997, 395 s.

¹⁵ Así p.ej. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, 1986, 1 ss., *passim*; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, 1991, 79 s.; JESCHECK/WEIGEND, AT 5ª, 1996, § 34 II 3; CANCIO, 1998, 276. En otra posición, MIR, PG, 8ª, 2008, 19/29 lo utiliza como fundamento de la eficacia del consentimiento en acciones peligrosas para la vida.

¹⁶ Cfr. NEUMANN, JA 1987, 247 ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, 1988, 157; JAKOBS, AT 2ª, 1991 (PG, 1997), 7/129; *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, 28; CANCIO, 1998, 276 ss., 285 ss.

riesgo"¹⁷ –concepto procedente del Derecho civil– que exige de responsabilidad al tercero, hasta posiciones más restrictivas en cuanto a los requisitos para que la aceptación de riesgo por la víctima fundamente su exclusiva autorresponsabilidad¹⁸.

En una construcción muy elaborada, CANCIO sostiene que, concurriendo en la producción del hecho la conducta de autor y víctima, ésta, como consecuencia de su autonomía de organización, en principio tiene una responsabilidad preferente, por lo que se le imputará sólo a la víctima y no habrá imputación objetiva al comportamiento del autor cuando a) la actividad de riesgo “se corresponda con la organización conjunta de autor y víctima” y permanezca en el ámbito de esa organización conjunta, pero además, como restricciones, siempre que: b) la conducta de la víctima no tenga falta de responsabilidad o de conocimiento suficiente de modo que sea instrumentalizada por el autor, y c) el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima¹⁹. Ahora bien, CANCIO considera que hay tal organización conjunta no sólo en la autopuesta en peligro de la víctima en la que participa un tercero o en la actividad compartida que pudiera calificarse como coautoría, sino tb. en todos los casos en que autor y víctima han organizado conjuntamente la posterior actividad peligrosa, aunque quien ejecute ésta de propia mano sea exclusivamente el autor y la víctima meramente soporte el riesgo, pues si esto se puede reconducir a su autonomía de organización, el criterio normativo es el de la responsabilidad preferente del sujeto pasivo, que excluye la responsabilidad del autor y la imputación objetiva²⁰, entendiendo por riesgos de la organización conjunta aquellos elementos inherentes, inevitables a la actividad que con su autonomía elige la víctima²¹; mientras que, en cambio, no se excluirá dicha imputación y responsabilidad del autor si la víctima acepta o provoca consciente o inconscientemente el riesgo pero sin previa o simultánea organización conjunta, o existiendo previamente pero extralimitándose el autor²².

4. La victimodogmática

Pero también desde la llamada *victimodogmática* se defienden soluciones similares a las del principio de autorresponsabilidad, excluyendo, al menos para ciertos grupos de delitos, la tipicidad de la conducta del autor cuando la víctima corre el riesgo y no toma las medidas normales de autoprotección, por negar en tal caso la necesidad y merecimiento de protección de ese sujeto pasivo.

Desde esta perspectiva se mantiene que debe responder la víctima de sus propios actos y que da lugar a veces a atenuación, pero a veces a la impunidad de la conducta del agente

¹⁷ En ese sentido –aunque con distinto alcance– PREUß, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1974, 144 ss.; JAKOBS, AT, 2ª, 1991 (PG, 1997) 7/129 s.; Estudios de DP, 1997, 411 s.; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, 1992.

¹⁸ También cabe, en cuanto al alcance de su ámbito, aplicar el principio a la mayoría de los delitos contra la persona salvo alguna excepción (como la participación en el suicidio) o limitarlo a grupos de delitos.

¹⁹ CANCIO, 1998, 275 ss., espec. 284 ss. Sobre su posición cfr. ROXIN, AT I, 4.ª, 2006, § 11 nm. 125.

²⁰ Cfr. CANCIO, 1998, 285 ss.

²¹ CANCIO, 1998, 290 s. añadiendo que en tal caso hay un contacto social que la víctima no puede definir unilateralmente como inocuo, siguiendo un planteamiento similar de *Jakobs*, AT, 2ª, 1991 (PG, 1997) 7/126.

²² Cfr. CANCIO, 1998, 291 ss.

negando la tipicidad –dentro o fuera de la imputación objetiva – en casos de favorecimiento de una autopuesta en peligro o equivalentes, o incluso, para una postura más amplia, en casos de consentimiento de la víctima en el riesgo o de provocación consciente o inconsciente del riesgo por la víctima, bien sólo para determinados grupos de delitos, como los llamados delitos de relación²³, en los que el tipo requiere una relación directa (de colaboración fáctica) de la víctima con el autor, especialmente en la estafa, o tb. en otros como delitos contra la intimidad, o bien, en una tendencia más expansiva, ampliándolo a otros tipos, a delitos contra la libertad sexual o incluso la vida e integridad; y se añade como fundamento, basado en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad de la sanción penal, que en estos casos desaparece el merecimiento o la necesidad de protección penal del bien jurídico si su titular, pudiendo, no adopta suficientes medidas de protección y por tanto el merecimiento o la necesidad de pena²⁴. Pero también hay un sector dentro de la victimodogmática²⁵ que sostiene que esa perspectiva permite fundamentar el principio de autorresponsabilidad y mantener en una interpretación teleológica del tipo que deba responder la víctima de sus propios actos y por ello exonerar al autor.

III. Solución defendida: Principio de alteridad o de no identidad en la creación del riesgo.

Concreciones: Imputación de la autoría de heteropuesta en peligro consentida y no imputación de la mera participación en una autopuesta en peligro. El control del riesgo por la víctima como criterio de equiparación de la heteropuesta en peligro consentida al favorecimiento de la autopuesta en peligro

1. El punto de partida: la distinción de ROXIN entre regla y excepción

La posición de ROXIN marca una línea de partida acertada, por las razones que veremos, la de la distinción clave entre el mero favorecimiento de una autopuesta en peligro o autolesión, como regla atípica, y la heteropuesta en peligro (o heterolesión) por mucho que sea aceptada por el otro, que en principio será típica, salvo que (excepción) se pueda equiparar a la primera, pero, como veremos, hay que introducir correcciones en los criterios de equiparación. Por esa misma razón es igualmente en principio acertada la línea de distinguir entre autoría de una puesta en peligro (o lesión) ajena y mera participación en la autopuesta en peligro o autolesión, pero también precisa correcciones, precisamente por no establecer ninguna excepción en que la heteropuesta en peligro se pueda equiparar a la participación en la autopuesta en peligro. Y por otra parte, como veremos, en ambas posiciones falta una fundamentación material suficientemente convincente de las mismas.

2. Crítica a la victimodogmática

Frente a esto, es desde luego insostenible la orientación general de la victimodogmática, según la cual la simple provocación, consciente o incluso inconsciente, del riesgo por la víctima o su consentimiento en el riesgo excluye la necesidad y merecimiento de protección de ésta y por tanto el merecimiento y necesidad de pena en la conducta del autor. Es inaceptable en su

²³ Así R. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers*, 1981, 52 ss.

²⁴ Así la corriente encabezada por SCHÜNEMANN, *FS-Faller*, 1984, 362 ss.; *NZSt* 1986, 439 ss.

²⁵ FIEDLER, *Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung*, 1990, 119 ss.

formulación generalista, que pretende aplicar el principio a la mayoría de los delitos, pero también lo es cuando se restringe a algunos grupos de delitos o sólo a los “de relación” como la estafa (salvo que se formule de un modo mucho más restringido exigiendo que la asunción del riesgo por el engañado sea tal que ya determinadas no se pueda hablar de un engaño bastante o idóneo en el autor). Pues la simple provocación imprudente inconsciente o incluso consciente por la víctima de un riesgo de sufrir una lesión ajena, e incluso el que consienta en el riesgo y no tome medidas de precaución, no le puede privar de protección jurídica, ya que no se puede sostener que exista un principio general jurídicopenal, ni formulado expresamente ni deducible de ninguna regulación, según el cual por esa provocación o ese simple consentimiento en el riesgo la víctima deje de merecer y necesitar protección jurídicopenal y el posible autor pueda lesionar impunemente sus bienes jurídicos. En efecto, por una parte, cuando sólo hay provocación involuntaria del riesgo, la víctima ni siquiera consiente en el riesgo, y cuando provoca consciente y voluntariamente el peligro, ciertamente consiente en el riesgo, pero en ambos casos la víctima no consiente en la lesión a sus bienes jurídicos (objetivamente producida por otro y soportada pasivamente por la víctima), que sería lo que en diversos delitos podría justificar la exención del autor, e incluso su consentimiento en la lesión en algunos delitos como homicidio o lesiones sería ineficaz. Y además, desde la perspectiva de la parte objetiva del hecho, tampoco es el sujeto pasivo, sino el tercero, quien controla el curso del hecho, así que éste no le es imputable a la víctima sino al autor^{25a}.

^{25a} La posición víctimodogmática que considera penalmente atípicas determinadas lesiones de bienes jurídicos ajenos porque la víctima, con determinados requisitos, ha provocado el riesgo o lo ha consentido y por eso se considera que no necesita ni merece protección penal, es tan inadmisibles como las posiciones, éstas desgraciadamente muy frecuentes, que en la legítima defensa sostienen que cuando el agredido ha provocado considerablemente –y para unos dolosamente, para otros incluso imprudentemente–, al agresor, la agresión sigue siendo ciertamente típica y antijurídica, pero al provocador no le cabe legítima defensa completa (en el CP español y regulaciones similares por no cumplirse el requisito 3º del art. 20, 4.º, la falta de provocación suficiente, y en otros sistemas jurídicos sin ese requisito legal por considerarse que procede una restricción del derecho de defensa), con lo cual la conducta del agresor seguirá estando penada y en ese sentido al agredido (y a la sociedad) no se le priva de la protección jurídica indirecta de la amenaza penal frente a los delincuentes, pero por ser provocador –del riesgo de agresión contra él– sí se le privaría de la protección jurídica directa en el momento de la agresión actual que supone la autorización para protegerse en legítima defensa propia, con lo cual injustificadamente por su conducta peligrosa anterior se le dejaría indefenso ante una agresión ilegítima delictiva; pues desde luego no puede ser justificación suficiente y convincente de esa extraña solución argumentar, al modo víctimodogmático, que si el sujeto ha provocado gravemente la agresión que luego le pone en peligro, no merece o no está necesitado de la protección jurídica en este caso de la propia defensa. Por esa razón el requisito legal de la falta de “provocación suficiente” en la legítima defensa sólo es sostenible interpretado del modo más restrictivo, y desde una perspectiva teleológica y axiológica coherente con el fundamento (doble) de la legítima defensa, como limitado únicamente a aquella provocación que sea suficiente para ilegitimar claramente al agredido para actuar como defensor no sólo de sus bienes jurídicos sino del Derecho también agredido, y desde esta posición de partida que propuso *Roxin* dando un paso más en dicha interpretación teleológico-valorativa restrictiva y entendiendo que esa eficacia ilegitimadora de la provocación que hace desaparecer la necesidad de defensa de los bienes y el Derecho por esa persona concreta sólo se dará cuando la provocación deje claro ante toda la comunidad que el provocador renuncia voluntariamente a la protección ante la agresión ilegítima por los medios jurídicos, la legítima defensa propia o en su caso la ayuda policial, lo que sólo se produce en caso de provocación o reto o bien aceptación del mismo para la riña mutuamente aceptada o para el duelo. Cfr. sobre las diversas posiciones sobre la provocación en la legítima defensa, sobre la posición de ROXIN y la mía propia, basada en aquélla pero considerablemente más restrictiva, LUZÓN PEÑA, Legítima defensa y estado de necesidad defensivo, en Cobo (dir.) Comentarios a la Legislación Penal, V, 1985, 263 ss.; tb. en Luzón, Estudios Penales, 1991, 151 ss.; y en Luzón, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 2.ª ed., Montevideo -Buenos Aires, 2002, 563 ss.; Riña y legítima defensa (Comentario a la STS 10-4-1989), LL

3. Crítica al principio de autorresponsabilidad

El principio de autorresponsabilidad ciertamente no lleva a una desprotección de la víctima tan amplia como a la que puede conducir la perspectiva victimodogmática, pues para imputar los resultados a la víctima no se conforma con que ésta provoque el riesgo consciente o inconscientemente, sino que exige que la víctima corra un riesgo consintiendo voluntariamente en él. Pero este principio, con independencia de sus distintas versiones, no se fundamenta suficientemente en una base legal, constitucional o de principios generales del Derecho, pues no es cierto que en el reconocimiento constitucional y jurídico de la libertad y la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad esté escrito como reverso que el sujeto tiene una *responsabilidad* primaria o preferente –que en el fondo sería exclusiva y excluyente– en la organización de su vida y en la protección de sus bienes jurídicos, que implica que como regla si corre un riesgo, asume exclusivamente su responsabilidad y los *terceros ya no tendrían un deber de tutela y respeto de sus bienes jurídicos y quedarían exonerados de responsabilidad* si los lesionan; por tanto el pretendido principio de autorresponsabilidad es una mera *petitio principii*. Además este principio es nuevamente excesivamente general e indeterminado, y ello explica que haya tanta diferencia entre unas versiones y otras del mismo en cuanto a su alcance; y cuando se lo precisa suficientemente, como CANCIO, no se fundamenta el por qué de esos límites y restricciones, y además no siempre son satisfactorias las consecuencias concretas a las que llega.

4. Principio de alteridad o de no identidad como fundamento de la imputación (y de identidad o no alteridad como fundamento de la no imputación); concreción del mismo

El desarrollo y precisión del criterio ideado por ROXIN, según el cual no hay imputación objetiva en el mero favorecimiento de la autopuesta en peligro, pero sí se puede imputar objetivamente la heteropuesta en peligro aceptada o consentida, si bien con la excepción de aquella puesta en peligro ajena consentida que realmente equivalga al favorecimiento de una autopuesta en peligro, criterio que considero correcto como punto de partida, necesita sin embargo una fundamentación material más sólida que la ofrecida por su creador.

Y además, es preciso proceder en dos pasos: primero fundamentar materialmente la regla: fundamentar por qué se imputa la heteropuesta en peligro aunque sea consentida y no el favorecimiento de la autopuesta en peligro; y en segundo lugar fundamentar y precisar mejor cuándo se puede establecer la excepción de que una aparente puesta en peligro ajena consentida realmente equivale a un mero favorecimiento de una autopuesta en peligro.

En cuanto a lo primero, a la regla, su justificación no puede limitarse a fundamentar tal criterio en el argumento sistemático de similitud y coherencia (argumentación *a maiore ad minus*) con la impunidad por atipicidad de la simple participación en el suicidio o la autolesión, frente a la tipicidad del homicidio consentido y de muchas lesiones consentidas; pues ese argumento sistemático-formal es válido en la regulación positiva de algunos ordenamientos como el alemán, pero a la posición de ROXIN se le puede hacer la objeción que formulan

1989-3, 494 ss.; tb. en Estudios Penales, 1991, 168 ss., y en Aspectos esenciales, 2.^a, 2002, 581 ss.; Curso DP, PG I, 1996, 610 ss.

algunos de que en los CP como el español, que sí castigan la participación en el suicidio, no vale el argumento, *a maiore ad minus* (de mayor a menor), de que si se puede lo más, participar en el suicidio, también se puede lo menos, participar en la autopuesta en peligro de la vida²⁶. Ciertamente (aunque esto no siempre lo añaden quienes hacen esa objeción), habrá que reconocer que el argumento de ROXIN sí es válido para el resto de los casos de participación en autopuestas en peligro de otros bienes jurídicos, puesto que la autolesión de los restantes bienes jurídicos personales es atípica (salvo que se vea afectado algún interés comunitario) y por tanto también es atípica la mera participación en tal autolesión. Ahora bien, incluso en el caso de la vida, cabe perfectamente sostener que el mero favorecimiento de una autopuesta en peligro de la misma es atípico e incluso lícito (salvo excepciones)²⁷ pese a que no lo sea el favorecimiento del suicidio (de la autolesión –aquí autodestrucción– voluntaria de la vida): pues el grado de peligro para la vida es mucho mayor en el intento de suicidio voluntario, encaminado precisamente a matarse y poniendo todos los medios para ello, y por tanto también es muy elevado el grado de peligro que supone el favorecer un intento de suicidio; mientras que en la autopuesta en peligro de la vida sin voluntad de destruirla (autopuesta en peligro imprudente o incluso con voluntad consciente de correr el peligro, pero sin voluntad de acabar con la propia vida), el grado objetivo de riesgo *ex ante* es mucho menor precisamente por la actitud del sujeto de poner medios para evitar el resultado mortal.

Un principio jurídico general, que hunde sus raíces en la antigüedad y concretamente en el Derecho romano, es el “**principio de alteridad**” o “**ajenidad**” de la lesión (*alterum non laedere*²⁸, no dañar o lesionar al otro) para que surja responsabilidad jurídica; principio que se

²⁶ Así (defendiendo entonces responsabilidad por imprudencia –autoría imprudente– en el tercero que favorece la autopuesta en peligro de la vida si la víctima muere) p.ej. TORÍO, LH-Fdez. Albor, 1989, 720; CEREZO, Curso II, 6ª, 1998, 107-108, 184 n. 100 (en I 4ª, 348). Argumentando exclusivamente con la regulación española de la participación en el suicidio y del homicidio doloso o imprudente, GIMBERNAT, RDPCr, extraord. 2 2004, 76 ss., 88 ss., destaca que el CP sí castiga la participación dolosa en el suicidio pero no la participación imprudente en el mismo, y de ahí deriva que la participación imprudente –sin pronunciarse sobre la dolosa– en una autopuesta en peligro también ha de ser impune y que la heteropuesta en peligro consentida es punible (todo ello sin mencionar siquiera que esa es la distinción elaborada por ROXIN desde los años 70, y sin manejar su matización de la equivalencia de algunas heteropuestas en peligro con la participación en autopuestas en peligro; sigue sin mencionarlo en ADPCP 2005, 733 ss., pese a citar en cambio en 736 s. doctrina que critica el argumento *a maiore ad minus*). Ya hemos visto (*supra* n. 3) que ROXIN, AT, 4ª, 2006, § 11 n. 230; PG, 1997, § 11, n. 132, añade que además de ese argumento de Derecho positivo alemán hay que tener en cuenta “la decisión valorativa normativa que hay tras ello, a saber: que no hay ninguna razón para restringir la libertad de actuación de los intervinientes en la medida en que nadie sea puesto en peligro contra su voluntad”; esto ya supone un esbozo de fundamentación material, pero no está suficientemente desarrollada.

²⁷ Dichas excepciones pueden ser: por motivos de salud pública y de no plena libertad en el consumidor, como las del favorecimiento del consumo de drogas o en otros sectores jurídicos incluso el del tabaco; o por otros motivos de interés público que llevan al ordenamiento a una política tuitiva o tutelar (paternalista según los críticos) de la vida e integridad de los afectados pese a su consentimiento en el riesgo: así en la circulación por vías públicas (prohibición y sanciones a motoristas que no usan el casco o a usuarios de automóviles que no usan el cinturón de seguridad) seguramente por la preocupación que suscita la mayor frecuencia estadística de accidentes graves en la circulación, o en el ámbito laboral –seguramente en consideración a la menor preparación de los trabajadores y sobre todo por la posición de garante del empresario–, en materia de seguridad e higiene en el trabajo, donde (como destaca en este contexto de la imputación objetiva PÉREZ ALONSO, en ZUGALDÍA (dir.), Fund PG, 4ª, 2010, 248) tiene nula relevancia la autopuesta en peligro del trabajador si el empresario incumple sus deberes al respecto, incurriendo en los delitos del art. 316 CP o incluso de homicidio o lesiones imprudentes.

²⁸ Así la célebre fórmula de Ulpiano en sus Instituciones (entre 211 y 222) y acogida posteriormente en el año 533 en el Digesto (Corpus iuris civilis justiniano, t. II: Dig. I, 1, 10, 1; y I, 1, 1, 3) “*Iuris praecepta*

puede formular de modo negativo como “**principio de no identidad**” entre el autor y la víctima de la lesión para la existencia de responsabilidad jurídica, porque se parte de la base de que si un sujeto se daña a sí mismo, eso como regla no afecta a la convivencia externa y por tanto al Derecho, sino en todo caso al ámbito interno de la moral. De ahí deriva directamente en la Ilustración el principio liberal de lesividad, nocividad u ofensividad como límite del *ius puniendi* (que modernamente se denomina principio de protección exclusiva de bienes jurídicos): que para ser delito una conducta tiene que suponer un daño ajeno concreto, para otro o para la comunidad, y no basta su inmoralidad. Y a lo largo del siglo XX, como sabemos, la ofensividad o nocividad como base de la antijuridicidad material no se limita a la lesión, sino que se amplía también a la peligrosidad para bienes jurídicos ajenos, por lo que debe ampliarse la formulación del principio (prohibición) de alteridad como no lesionar a otro y no poner en peligro a otro (**principio de alteridad de la puesta en peligro**). En cambio –salvo alguna excepción concreta como las indicadas por razones de interés público– no existe prohibición de “identidad”, de lesionarse o ponerse en peligro a sí mismo, a los bienes jurídicos propios²⁹ (**principio de no identidad entre autor y víctima de la puesta en peligro**); y al no estar prohibido como regla lo principal, la autolesión o la autopuesta en peligro, tampoco –menos aún– se prohíbe el simple favorecimiento ajeno de la misma, que no está jurídicamente prohibida.

5. Concreción del principio de alteridad en la regla en caso de consentimiento: imputación de la autoría de heteropuesta en peligro consentida y no imputación de la mera participación en una autopuesta en peligro

5.1) Imputación objetiva

La aplicación de los principios hasta aquí expuestos puede parecer en principio que plantea alguna duda en el caso de consentimiento de la víctima, en el riesgo o incluso en la lesión, respecto de una heteropuesta en peligro o heterolesión. En efecto, aunque sea la actuación del tercero y no la de la víctima la que ponga en peligro y la que finalmente lesione el bien jurídico y por tanto parece que sería aplicable el criterio de la alteridad y por ello la imputación objetiva al tercero, sin embargo por otra parte cabría sostener que, como al fin y al cabo el titular del bien jurídico consiente en su puesta en peligro, o incluso en algunos casos en su lesión, en definitiva es él con su consentimiento quien somete al bien jurídico al peligro, y se podría mantener por tanto que sería aplicable más bien el criterio de la identidad entre víctima y autor de la puesta en peligro y con ello la imputación sólo a la víctima y no al tercero. No obstante, lo decisivo es que **en la heteropuesta en peligro consentida el sujeto pasivo, por mucho que consienta en el riesgo, tiene un papel puramente pasivo y deja que sea el tercero quien de modo doloso o imprudente controle y determine objetivamente el peligro, el curso del hecho** (tenga el dominio en caso de dolo) y sea autor exclusivo de la puesta en peligro y posterior lesión, teniendo en sus manos con lo que vaya haciendo el crear, incrementar o

sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere”: “Los preceptos del derecho son éstos: vivir honestamente, no dañar al otro, dar (tributar) a cada uno lo suyo”; y recogida en la Edad Media por S. Raimundo de Peñafort en sus *Summa iuris* y por la Partida 3.^a, Título I, [ley](#) 3.^a.

²⁹ Si en Derecho romano se hubiera tenido esta perspectiva, se habría formulado el principio (prohibición) de alteridad como *alterum non laedere atque periculum altero non inicere*: no lesionar a otro y no poner en peligro a otro; en cambio, no existe la máxima *se ipsum non laedere* (o por ampliación, *se ipso periculum non inicere*): no lesionarse a sí mismo (o no ponerse en peligro a sí mismo).

disminuir el peligro y el controlarlo o perder el control (control objetivo del peligro o del riesgo que coincide materialmente con mi criterio de la determinación objetiva del hecho como criterio de autoría, especialmente imprudente³⁰), así que no se puede decir que es la víctima quien somete el bien jurídico al peligro. Por consiguiente, la regla es que en la heteropuesta en peligro o autoría de una puesta en peligro ajena, por mucho que sea aceptada o consentida por la víctima, es aplicable como totalmente prevalente el criterio de la alteridad (la prohibición de lesionar o poner en peligro a otro) y por tanto la imputación objetiva del resultado a la puesta en peligro realizada por el tercero; salvo en los casos excepcionales de equiparación al mero favorecimiento de una autopuesta en peligro: v. *infra* III. 6. Y exactamente lo mismo ocurre y por las mismas razones en los supuestos de heterolesión o lesión ajena consentida –en los que la víctima no sólo consiente en el riesgo, sino también en la lesión– a efectos de imputación objetiva, es decir que el resultado no se le puede imputar objetivamente a la conducta pasiva de la víctima, que no crea ni domina o determina objetivamente el riesgo, sino a la conducta que tiene esa cualidad (de modo doloso o excepcionalmente imprudente), o sea la del tercero autor de la lesión; otra cosa es, como luego veremos, que pese a la imputación objetiva el consentimiento pueda en algunos delitos operar como causa de justificación o de atipicidad.

Por el contrario, en caso de autopuesta en peligro (en la que la víctima acepta el peligro, pero no la lesión) favorecida por un tercero, por mucho que el tercero colabore o lo facilite no controla en absoluto la situación, **el único que tiene en sus manos el control o determinación objetiva** (o incluso el dominio si maneja el riesgo consciente y voluntariamente) **del curso peligroso**, de si se modifica, aumenta, disminuye o cesa, y por tanto el único que es autor de la puesta en peligro de su bien jurídico **es el propio sujeto pasivo**, de cuya conducta el tercero es mero partícipe. Por ello no es aplicable el criterio de la alteridad, sino el de la identidad entre autor y víctima de la puesta en peligro, con la consiguiente imputación del resultado al propio sujeto pasivo y no a la conducta del tercero. Y exactamente lo mismo y por las mismas razones rige en cuanto a imputación objetiva en la mera participación de un tercero en una autolesión (en la que la víctima acepta la propia lesión). Ya veremos (*infra* 5.2. b) si eso implica siempre también impunidad o si puede haber algún caso de participación en una autolesión voluntaria que se declare punible por otra razón.

Resumiendo: a efectos de imputación objetiva la solución es la misma para la heteropuesta en peligro consentida que para la heterolesión consentida: en ambos casos hay alteridad, no identidad y por ello imputación objetiva del resultado a la actuación del tercero; e igualmente es la misma en sentido inverso para la mera participación en una autopuesta en peligro que en una autolesión: identidad, no alteridad y por ello no imputación objetiva del resultado a la participación del tercero (se imputa sólo a la conducta de la propia víctima).

³⁰ Cfr. LUZÓN PEÑA, La “determinación objetiva del hecho”. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, ADPCP 1989, 889 ss.= DPCir, 1990, 105 ss.= EPen, 1991, 197 ss.; PG I, 1996, 509 ss.; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría, AFDUA 1998-99 extraord., 2000, 53 ss.; FS-Roxin, 2001, 575 ss. Pero respecto del riesgo creo que no hay dificultad en hablar de un control objetivo del mismo, lo que resulta más problemático lingüísticamente en un “control objetivo del hecho” en un delito de lesión, lo que me inclinó a optar por la fórmula “determinación objetiva del hecho”.

5.2) Responsabilidad penal

Pero con la afirmación o exclusión de la imputación objetiva no se cierra definitivamente la cuestión de si hay responsabilidad penal, pues aún hay que examinar si, pese a la imputación objetiva, el consentimiento opera como eximente (de la lesión consentida) en algunos delitos; y en sentido inverso también hay que examinar si, pese a la no imputación objetiva del resultado a la mera participación del tercero en una autolesión o autopuesta en peligro, existe algún supuesto en que excepcionalmente la ley castigue por sí misma tal participación. A diferencia de la imputación objetiva, la cuestión de si hay finalmente responsabilidad penal puede ser distinta en la heteropuesta en peligro consentida frente a la heterolesión consentida; y en la participación en una autopuesta en peligro frente a la participación en algún caso de autolesión.

a) En la heteropuesta en peligro aceptada o consentida, como el sujeto pasivo sólo consiente en el riesgo, pero no en el resultado lesivo (no quiere que su bien jurídico sea lesionado, confía en que se salve pese a aceptar su puesta en riesgo), el consentimiento no puede operar como eximente, sea causa de atipicidad o de justificación, y por tanto no sólo hay imputación objetiva, sino también responsabilidad penal. En cambio, si el sujeto pasivo consiente no sólo la heteropuesta en peligro sino también la lesión de su bien jurídico por otro, o sea en la heterolesión consentida, dicho consentimiento ciertamente, por la irreparabilidad o difícil y no plena reparabilidad del daño y otras consideraciones de intereses públicos, no opera como eximente en algunos delitos, fundamentalmente el homicidio y los delitos (no las faltas) de lesiones con algunas excepciones, pero sí tiene efecto eximente, excluyente de la tipicidad o justificante en la mayoría de los delitos contra bienes jurídicos personales salvo que afecten también a algún interés público.

b) En la mera participación ajena en una autopuesta en peligro (en la que el titular del bien jurídico consiente en el peligro, pero no en su lesión), como la autopuesta en peligro no afecta a otros no está prohibida penalmente y por ello su mero favorecimiento, en virtud de la accesoriedad de la participación, también es impune como regla absolutamente general, incluso en el caso de autopuesta en peligro de la vida, en el que no se hace una excepción para la participación, a diferencia de la participación en el suicidio, dado que al no querer matarse la víctima, es bastante menor el riesgo que implica la ayuda. Solamente, como hemos visto³¹, en algunos sectores de actividad –como circulación, salud pública, seguridad laboral– en que la autopuesta en peligro de salud o vida y su favorecimiento se considera que afectan a intereses públicos, excepcionalmente se prohíbe tal favorecimiento como un ilícito administrativo o en algún caso penal. En cambio, en la participación ajena en una autolesión voluntaria (con voluntad directa o al menos eventual de lesionar el propio bien jurídico) ciertamente rige también la regla general de la atipicidad de la autolesión de un bien jurídico y la consiguiente atipicidad de la mera participación, pero en el caso de los bienes jurídicos personales más importantes, salud y vida, no sólo rigen las mismas excepciones para algunos sectores de actividad que en el favorecimiento de la autopuesta en peligro, sino que para el bien jurídico más importante, la vida, existe en Derecho español y en otros ordenamientos (no así en el alemán p. ej.) una excepción general, debida a importantes intereses de orden público y no limitada a algunos sectores de actividad, sino que tipifica penalmente en todos los sectores la

³¹ Cfr. supra n. 27.

participación en el suicidio³² como delito autónomo para evitar su impunidad por la accesoriadad de la participación; la diferencia de trato con la participación en la simple autopuesta en peligro de la vida se explica porque, al tener el suicida voluntad de matarse y de no intentar evitar su muerte, el grado de peligro del favorecimiento de esa conducta es mucho mayor, de casi seguridad, como hemos visto, y se trata por ello de favorecimiento no de una conducta simplemente arriesgada, que muchas personas realizan precisamente porque confían en no morir, que es el deseo natural por el instinto de conservación, sino de una conducta, la suicida, nada normal y debida a situaciones límite o incluso de no plena responsabilidad.

6. Excepción: La equiparación de alguna heteropuesta en peligro consentida a la participación en una autopuesta en peligro: el control objetivo del riesgo o peligro por la víctima

Para que lo que en principio parece un mero consentimiento en una puesta en peligro por un tercero se pueda equiparar a una autopuesta en peligro de la víctima que favorece el tercero, no puede bastar con los requisitos, exigidos por *Roxin*, de que la víctima tenga el mismo conocimiento del riesgo que el agente, que sea imputable y no esté coaccionada y que el tercero no cometa otros fallos y vaya más allá de lo que acepta o le pide la víctima. Pues por mucho que sea así y la víctima conozca bien el peligro en que la pone el otro, ello no se convierte en una autopuesta en peligro de la que es autor la víctima si ésta no llega a tener control objetivo sobre el hecho peligroso. Veámoslo.

Donde el ordenamiento jurídico, y no sólo el penal, manifiesta claramente su decisión normativa de cómo se distribuyen los ámbitos de responsabilidad, y cuándo se imputa el hecho precisamente a la conducta de la víctima y no al tercero agente, es precisamente en los supuestos de autoría exclusiva por parte de la víctima; y lo que habrá que examinar entonces es si se pueden equiparar a éstos otros supuestos de autoría compartida con otro agente, es decir, de lo que se denominaría coautoría en la teoría de la autoría y participación delictiva.

En general las categorías de la autoría y la participación son también formas de imputación, directa o accesoria, aunque distintas de la imputación objetiva. Ahora bien, en el caso de intervención de la víctima junto con otro sujeto agente existe la peculiaridad de que los bienes jurídicos afectados, puestos en riesgo, son precisamente de uno de los intervinientes, y por tanto respecto de éste la aplicación de las categorías de la autoría y participación no tiene el sentido de determinar su posible responsabilidad penal; pero sí tiene el sentido de indicar dónde –por ser autoría– se puede imputar la responsabilidad primaria (no necesariamente penal) por el hecho y a qué conducta –por ser mera participación– sólo se le puede imputar en su caso una responsabilidad accesoria. Con otra peculiaridad: que si en algún caso la víctima es coautor (aunque involuntariamente en cuanto a la lesión) de su puesta en peligro y posterior lesión, parece más adecuado que la puesta en peligro o la lesión se le impute primariamente a ella y no al otro coautor.

³² Pero hay que advertir que el art. 143.1 y 2 del actual CP 1995 sólo castiga la inducción y la cooperación necesaria al suicidio, pero no la mera complicidad, a diferencia de la regulación en los anteriores CP españoles, que castigaba tanto la inducción como toda cooperación en el suicidio, sin distinguir si era cooperación necesaria o complicidad.

Todo depende de **si la víctima**, la persona lesionada en sus bienes jurídicos, **tenía, aunque sea compartido con el otro agente, el control objetivo del riesgo, del hecho peligroso** (control objetivo del peligro o del riesgo que, como he destacado *supra* III.5.1, coincide materialmente con mi criterio de la determinación objetiva del hecho como criterio de autoría, especialmente imprudente, pero sin la mayor dificultad lingüística que tendría hablar de control objetivo del hecho en un delito de lesión); si lo tiene, que es la circunstancia que da lugar a coautoría, la víctima ya se está poniendo activamente a sí misma en peligro, ya es autor de su puesta en peligro³³, que ahora sí se puede afirmar que es “cosa suya”, “obra suya” y no exclusivamente de otro (aquí sí está plenamente justificada la perspectiva del principio de autorresponsabilidad de que ese riesgo entra de lleno en el campo de la propia responsabilidad, de la esfera de organización del sujeto en sus cosas, del obrar a propio riesgo). Por tanto, *lo que cuenta es, no el conocimiento ni siquiera exacto del riesgo o el consentimiento en el mismo, sino el control objetivo del riesgo por la víctima*. Y en tales casos parece más justificado considerar que de los dos co-autores prevalece y predomina la autoría de la propia víctima sobre la puesta en peligro y no la autoría ajena, que **prevalece aquí la perspectiva de la “identidad” entre la creación del riesgo y víctima, de la “no alteridad”** de la creación del riesgo, y por tanto de la imputación primaria del riesgo y de su resultado a la conducta de la propia víctima. Pues, siendo suyos los bienes jurídicos afectados y siendo esa persona la esencial y primariamente interesada en su protección, al renunciar en parte a la misma por consentir en el riesgo no lo hace de modo simplemente pasivo dejando en manos de otro el control del hecho y la puesta en peligro, sino que interviene activamente controlando su propia puesta en peligro; por tanto, asume el papel primario y decisivo en su puesta en peligro, en su autopuesta en peligro, por mucho que comparta el control del riesgo con un tercero. Así indudablemente se considera y se valora socialmente tal intervención de la víctima y ello tiene la correspondiente acogida jurídica. En consecuencia, resulta justificado que por ser prioritaria la imputación del riesgo a la víctima *se excluya la imputación objetiva a la conducta del tercero agente como autoría de la puesta en peligro* y se la considere como mera participación secundaria (favorecimiento) atípica en una autopuesta en peligro.

Resumidamente: el control o dominio compartido del riesgo (sobre el hecho peligroso) entre la víctima y un tercero da lugar a que en estos casos **lo que en principio sería coautoría del tercero** (coautoría si se tratara de control o dominio compartido de dos terceros en la puesta en peligro de un bien jurídico ajeno) **valorativamente se convierta en simple participación secundaria (y atípica) en la autopuesta en peligro de la víctima**.

Para evitar malentendidos conviene aclarar lo siguiente: el criterio del control del riesgo por la propia víctima o sólo por el tercero, que considero decisivo para calificar la conducta del tercero como mera participación en una autopuesta en peligro o por el contrario como heteropuesta en peligro consentida, es **control objetivo e inicial del riesgo**. Es control *objetivo* de la situación de riesgo o peligro por la conducta del sujeto, porque dicho control puede ser ciertamente consciente y voluntario por parte del sujeto, que dirige conscientemente sus actos

³³ Ese control de la víctima sobre el riesgo, compartido con el otro agente, es lo que fundamenta la coautoría, el dominio o control compartido o, en hechos imprudentes, la co-determinación objetiva del hecho (cuando se trata del supuesto normal de hechos contra bienes jurídicos ajenos). Como hemos visto, no basta con los requisitos, exigidos por ROXIN, de que la víctima tenga el mismo conocimiento que el agente etc., si ésta no llega a tener control objetivo sobre el hecho peligroso.

e intenta dominar la situación, pero también puede ser que la actuación simplemente controle objetivamente, pero sin expresa voluntad o incluso inconscientemente, la situación de peligro, en el sentido de que de hecho la ponga en marcha, la mantenga constante, o la modifique incrementándola, conteniéndola o frenándola. Y es control *inicial* del riesgo, aunque éste se des controle al final y por tanto la actuación pierda ya el control del peligro en la fase final, por lo siguiente: dado que se trata precisamente de control objetivo sólo de un riesgo, pero no de control de un proceso lesivo –más o menos– seguro, o bien por la actuación de la víctima o (solamente o también) por la actuación del tercero, y dado que el agente (sea la víctima o el autor) a lo sumo acepta correr el riesgo, pero no quiere la lesión, ciertamente el sujeto al principio con su conducta controla objetivamente, como hemos visto, la creación, mantenimiento o modificación del riesgo, es decir la acción determina objetivamente un proceso causal peligroso pero, a diferencia de los delitos lesivos dolosos, intentando contener el riesgo para que no cause lesión (y ello sucede incluso en el ejemplo extremo del conductor que maneja el volante y los mandos en estado de ebriedad, favorecido o impulsado a ello por tercero que le deja el vehículo o le acompaña, en el que el conductor, pese a sus meras capacidades y la imprudencia de conducir así, es quien maneja los mandos y con ello crea y prosigue el riesgo, pero también mantiene al principio pese a todo un cierto control del riesgo), pero a pesar de ello llega un momento (generalmente, y siempre en los casos que aquí nos ocupan en los que el riesgo se transforma en resultado lesivo) en el cual el acontecer peligroso –p.ej. el modo de manejar del conductor bebido– escapa ya al control del agente, aquí el control de contención (no el control para transformar el peligro en lesión como en el delito doloso de resultado lesivo), y se produce el resultado lesivo no deseado. Pero ello no obsta para nada a que en el estadio inicial en unos casos la conducta de la víctima controla objetivamente por sí sola o decisivamente el riesgo para sí, por lo que la conducta del tercero (fácticamente o en los casos de „coautoría“ normativamente) sólo favorece o participa en esa autopuesta en peligro, mientras que en otros casos es la conducta del tercero la que en la fase inicial controla objetivamente el riesgo y la víctima sólo consiente y favorece ese riesgo para sí, con las distintas consecuencias que estamos viendo.

Ej. de equivalencia al favorecimiento de una autopuesta en peligro (y por tanto falta de imputación objetiva del resultado al tercero): La persona que acepta (a iniciativa del otro o suya o de ambos) tener acceso carnal sin protección, una o varias veces, con otra persona que sabe que está infectada de sida, tiene el mismo grado de control que ésta –por mucho que sea el infectado quien pueda contagiar al no infectado– sobre el hecho de llevar a cabo la actividad sexual peligrosa y el mismo grado de control o falta de control que el ya infectado sobre las posibles consecuencias lesivas. En el caso del barquero, el pasajero que le pide al barquero que se adentre a cruzar el río pese a que el barquero se lo desaconseja por la enorme turbulencia de las aguas, tiene el mismo grado de control y de poder ordenar que den marcha atrás que el barquero hasta que ambos se meten con la barca en la zona turbulenta, y a partir de ese momento realmente el descontrol de la barca por el barquero es prácticamente idéntico al del pasajero, de modo que la suerte de éste y de ambos ya no está en manos (en el control) del barquero, sino de los elementos. Igual sucede en la persona que como acompañante acepta o incluso incita al conductor de un vehículo a que marche a velocidad excesiva, si puede controlar el riesgo igual que el conductor (igual grado de influencia positiva o negativa sobre la actividad peligrosa y de control o descontrol sobre sus posibles consecuencias) porque éste se

ha comprometido a reducir de inmediato la velocidad en cuanto se lo diga el acompañante, o porque éste dispone de un mecanismo que le permite frenar la velocidad en cualquier momento, p.ej. un sistema electrónico de corte de la velocidad, o pedales de freno y embrague para el copiloto como en los vehículos de las autoescuelas.

Esa situación no se produce en cambio en el ejemplo del acompañante que acepta que le lleve en automóvil una persona que ha bebido bastante alcohol, porque el acompañante no tiene en absoluto posibilidad de controlar el riesgo; o lo mismo sucede en caso de que un paciente se someta a una operación excesivamente arriesgada y no conforme a lo indicado médicamente, porque una vez que comienza la intervención, y más aún si es con anestesia, el paciente no controla en absoluto el riesgo, que queda únicamente en manos del equipo quirúrgico. En tales casos por tanto sí habrá imputación objetiva del daño que sufra la víctima a la puesta en peligro del tercero. Y el caso de los "auto-surfistas", en el que ROXIN sostiene que la puesta en peligro ajena consentida equivale a mera participación impune en una autopuesta en peligro porque los jóvenes conocían el riesgo exactamente igual que el conductor, debe solucionarse no obstante desde la perspectiva del control del riesgo. Y aunque en principio pudiera pensarse, al haberse pactado la velocidad con el conductor, en una analogía con el supuesto del copiloto que incita al conductor a ir a velocidad excesiva pero comprometiéndose a parar de inmediato si se lo pide el copiloto, sin embargo aquí los jóvenes "surfistas" no controlaban en absoluto el riesgo, pues una vez en marcha el vehículo desde lo alto del techo les sería difícilísimo o imposible indicar al conductor que redujera o parara la marcha y además, al no controlar los giros y movimientos del auto, no podían controlar tampoco la posibilidad de pérdida de equilibrio y salir despedidos; y por cierto, lo mismo sucedería si el "surfing" lo hubieran practicado subidos en tablas de patines y agarrados al lateral del vehículo. Por tanto, al tratarse de una heteropuesta en peligro consentida (y gravemente imprudente) no equivalente a la autopuesta en peligro, sí hay imputación objetiva del resultado de las lesiones y por ello responsabilidad del conductor por lesiones por imprudencia grave.

7. No imputación objetiva pero posible responsabilidad extrapenal

El que no haya responsabilidad penal por falta de imputación objetiva al no encajar en el fin de protección de la norma (penal) estos casos de coautoría del tercero y la víctima en la actividad peligrosa equiparables a la simple participación en una autopuesta en peligro, no quiere decir necesariamente que no haya responsabilidad jurídica extrapenal del tercero coautor. Pues puede sostenerse que su conducta no alcanza el grado de peligrosidad y relevancia preciso para considerarla un ilícito penal, pero tal puesta en peligro ajena consentida y controlada también por la víctima no es una conducta totalmente no peligrosa y no se puede decir que no afecte en absoluto a intereses públicos, por lo que podría constituir un ilícito extrapenal, concretamente administrativo si infringe alguna norma de ese sector. Ello de modo paralelo al hecho, que ya hemos visto (*supra* III. 5.2 b), de que la participación impune en una autopuesta en peligro, e incluso la propia autopuesta en peligro constituyen en algunos sectores de actividad ilícitos administrativos.

8. Excepción: responsabilidad por omisión pese a haber mera participación en una autopuesta en peligro

Ciertamente puede haber casos de mero favorecimiento o simple participación en una autopuesta en peligro en que se castigue con otro fundamento: la omisión en posición de garante del favorecedor bajo ciertos requisitos: o bien una previsión legal expresa para algunos ámbitos o bien que tal conducta encaje en los requisitos generales de la comisión por omisión de un delito de resultado. Pero en tal caso el castigo se produce desde la perspectiva de la omisión, o sea desde otro título de imputación, y es absolutamente independiente de si la conducta del omitente además favorecía la autopuesta en peligro ajena o no³⁴. Así sucede p. ej. en el campo de los delitos laborales respecto del empresario o directivos de empresa garantes de la integridad de los trabajadores, aunque éstos se pongan voluntariamente en peligro, en la peculiar figura de omisión de garante del art. 316 CP: “los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física”. Y lo mismo ocurrirá si en algún caso la conducta favorecedora de la autopuesta en peligro ajena cumple todos los requisitos del art. 11 para constituir comisión por omisión dolosa o imprudente de un delito de resultado: deber especial de garantía y equivalencia con la causación activa.

³⁴ Como hemos visto, también ROXIN o CANCIO hacen una excepción en sus planteamientos de impunidad, o por equivalencia a la mera participación en una autopuesta en peligro (ROXIN) o por el principio de autorresponsabilidad si hay una organización conjunta del riesgo (CANCIO), cuando el tercero no tiene la misma posición de responsabilidad por el riesgo que la víctima, sino una superior: así (cfr. *supra* II.1 y n. 7) ROXIN, AT I, 4ª, 2006, § 11 nm. 124; PG I, 1997, § 11 nm. 100, con especial referencia a la posición superior del empresario e inferior del trabajador frente a la infracción de las normas de evitación de accidentes laborales; o en la formulación de CANCIO (cfr. *supra* II.3 y n. 19), cuando el autor tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima: CANCIO, 1998, 275 ss., espec. 284 ss. Pero no lo fundamentan expresamente en que esto es una aplicación de la perspectiva de la responsabilidad por omisión para quienes tienen posiciones y deberes de garante.

LÍMITE ENTRE LA COAUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN. A PROPÓSITO DE UN CASO REAL

PROF. DR. MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO
*Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León (España)**

RESUMEN: Al hilo de una sentencia del Tribunal Supremo español, se abordan diversos problemas de la teoría de la codelinuencia, abogándose por un concepto auténticamente restrictivo de autor también en la coautoría y por la utilidad de la figura de la cooperación necesaria recogida en el Código Penal español.

PALABRAS CLAVE: Codelinuencia, autoría, coautoría, participación, cooperación necesaria, complicidad, actos de vigilancia, conducción de vehículo en la fuga en robo.

ZUSAMMENFASSUNG: Anhand eines Urteils des spanischen Tribunal Supremo (Obertsten Gerichtshof) werden verschiedene Probleme der Beteiligungslehre behandelt, mit einem Plädoyer für einen wirklich restriktiven Täterbegriff auch bei der Mittäterschaft und für die Nützlichkeit der Figur der notwendigen oder Hauptbeihilfe des spanischen Código Penal (Strafgesetzbuches).

STICHWÖRTER: Beteiligung, Täterschaft, Mittäterschaft, Teilnahme, notwendige oder Hauptbeihilfe, (einfache) Beihilfe, Wachestehenhandlungen, Fahren des Fluchtwagens in Raub.

ABSTRACT: By reference to a sentence of the spanish Tribunal Supremo (Supreme Court), the essay approaches various problems of the theory of crime partnership, pleading for a genuinely restrictive concept of crime principal, also by co-principals and for the usefulness of the figure of the necessary or main cooperation contained in the spanish Código Penal (Criminal or Penal Code).

KEYWORDS: Crime partnership, principal, co-principal, accessory participation, necessary or main cooperation, (simple) cooperation or complicity, acts of surveillance, car driving in the escape in robbery.

La sentencia del Tribunal Supremo español de 21 de febrero de 1989

“ANTECEDENTES DE HECHO¹

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de La Coruña instruyó sumario con el núm. 15 de 1983 contra Juan y otros y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de dicha

* El presente trabajo se enmarca, además de en otros anteriores, en los proyectos de investigación DER2010-16558 (Ministerio de Ciencia e Innovación, en parte con fondos FEDER) y LE066A11-1 (Junta de Castilla y León), de los que soy investigador principal.

¹ Sólo se recogen los antecedentes de hecho más interesantes para este trabajo de la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 21-2-1989 (ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater) (CENDOJ: 28079120011989105990; El Derecho: EDJ 1989/1901; La Ley Digital: La Ley 1073-2/1989, sin recoger antecedentes de hecho; Westlaw: RJ 1989/1619, sin recoger antecedentes de hecho).

capital, que con fecha 14 de enero de 1985 dictó Sentencia que contiene el siguiente hecho probado:

Primero.- Probado, y así se declara, que poco antes de las 16,30 horas de la tarde del día 10 de octubre de 1983, puestos de acuerdo los procesados Jesús, Juan, Enrique y Aurelio, alias L., todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales los dos primeros, habiendo sido condenado anteriormente, el señor Enrique en Sentencia de 15 de mayo de 1982 por delito de hurto de uso y el señor Aurelio en Sentencias de 22 de abril de 1978 y 8 de junio de 1979, por delitos contra la salud pública, utilizando el ... , blanco, matrícula M-...-CF, que el día 3 anterior había alquilado, de acuerdo con Jesús, Juan, en la casa A., se desplazaron a la calle S., núm. ..., en esta capital, donde está instalada la "Joyería M.", propiedad de Andrés, la cual había sido controlada previamente por Jesús, y sabía que al abrir solo suele estar en la misma el hijo del dueño, José Manuel, de quince años; y mientras Juan se quedaba al volante del vehículo, vigilando y con el motor encendido, estacionado en la calle J., contigua y perpendicular a la Avenida S., se bajaron los otros tres individuos, llevando Aurelio una pistola, al parecer inutilizada, por tener agujereado el cañón por tres sitios, penetrando primero uno de ellos en el local con la disculpa de que le arreglase una correa del reloj, y posteriormente los otros dos, y encañonando a José Manuel le conminaron a que entregase cuanto había en la caja fuerte, todo lo cual envolvieron en una cortina roja que le obligaron a arrancar, momento en que llegó el dueño de la joyería, que fue agarrado por dos de los individuos y encañonado por el tercero, huyendo los tres hasta el coche, perseguidos por el joyero y algún transeúnte que llegó a sujetar a uno de ellos, logrando, no obstante, desasirse y montando todos en él y emprendiendo velozmente la marcha hasta la zona de Castrillón, donde abandonaron el vehículo después de repartir el botín entre los cuatro, llevándose cada uno una parte que aprovecharon en su beneficio, sin que nada fuese recuperado; y a continuación Juan, por indicación de los demás, como sospecharan que los que los vieron huir pudieran haber tomado la matrícula del coche, se presentó en la Comisaría de Policía a denunciar la sustracción del mismo en la calle C., en eso de las 15,30 horas de la tarde, cuando lo había dejado con las llaves puestas; siendo valoradas las joyas de que se apoderaron, contenidas en varias mantas, en 3.899.271 pesetas su valor de venta al público.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a los procesados Jesús, Juan y Enrique como autores responsables de un delito de robo con intimidación, precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor a cada uno de ellos; asimismo debemos condenar y condenamos al también procesado Aurelio, como autor del mismo delito de robo, con la

conurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de cuatro años, nueve meses y once días de la misma pena; con las accesorias para todos de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante la condena y al pago de las costas procesales, por iguales partes; así como a que, conjunta y solidariamente, abonen a con el interés básico o de redescuento fijado por Aurelio la suma de 5.899.271 pesetas, como indemnización de perjuicios, con el interés básico o de redescuento fijado por el Banco de España, incrementado en dos puntos, desde hoy hasta su pago completo; para el cumplimiento de las penas principales abonamos a los condenados todo el tiempo que hubieren estado privados de libertad por razón de esta causa; y reclámese del instructor la pieza de responsabilidad civil, para acordar lo procedente”.

I. Introducción

Frente a la alegación del recurrente, Juan, de que su conducta “de permanecer al volante del vehículo mientras se comete el robo, proporcionando asimismo el medio que permite la fuga y consumación del mismo, no es constitutiva de autoría, o más precisamente de coautoría”, apoyando esto en que Juan “no ha tomado parte en la intimidación” (si bien no indica qué calificación habría sido la correcta), la STS 21-2-1989, que nos ocupa, desestima el recurso, explicando que la concepción de la autoría del recurrente sólo admitiría la individual, lo que ya contradiría el propio art. 14.1 CP de la época², que hacía referencia a sujetos plurales y tenía como finalidad “sancionar de una manera determinada a los que asumen un papel principal en la ejecución del delito, razón por la cual se debe extender también a los que desempeñan tal papel en forma conjunta”, o podría apoyarse en la teoría objetivo-formal (o, como dice la STS, formal-objetiva), que requiere para la coautoría la realización de alguna acción ejecutiva, pero, según la STS, este criterio no ha sido seguido por el Tribunal Supremo (TS) y vuelve a descartarlo como incapaz de explicar la autoría mediata y la coautoría.

La STS fundamenta la coautoría (no discutiendo su asentamiento en el art. 14.1 CP anterior, pues “‘tomar parte directa en la ejecución del hecho’ no significa exclusivamente realizar una parte de la acción típica o un aspecto de la misma, sino también llevar a cabo un comportamiento de especial significación en el contexto de la comisión del delito”) en general, y en concreto en actos de vigilancia en robo y en el supuesto enjuiciado, en la tesis del dominio funcional del hecho. “El codominio del hecho del que espera al volante del coche a los que llevan a cabo la apropiación mediante intimidación de la víctima asegurando y posibilitando la consumación del hecho la huida de los autores, no parece discutible. El codominio del hecho presupone una división de tareas mediante la cual cada uno de los partícipes ejerce

² Según el cual, “Se consideran autores: 1º. Los que tomen parte directa en la ejecución del hecho”.

parcialmente el dominio del hecho en el estadio de la ejecución. Ello será de apreciar cuando el partícipe ejerza una función esencial para el éxito del plan. El que espera con el coche dispuesto para alejar a los autores del atraco del lugar del hecho realiza un aporte esencial para la consumación. Al haber tenido en sus manos la conducción del automóvil, el recurrente tuvo el dominio de una parte del plan común ... y por tanto un dominio funcional de todo el hecho". "En consecuencia, estando acreditado en los hechos probados que los autores tomaron la decisión de la ejecución en común, no cabe duda que el recurrente ha sido correctamente considerado coautor".

Tras no estimar incorrecta la aplicación de la cualificación del robo del art. 506.8 CP anterior y considerar sin embargo que no debió apreciarse la del art. 506.4 del mismo CP, pues una joyería no tiene como finalidad primera custodiar objetos de precios muy significativos, sino venderlos al público, pero que ello no influyó en el *quantum* de la pena impuesta, confirma la condena anterior de la Audiencia Provincial de La Coruña.

II. La valoración del caso por parte del TS

El TS se enfrentó una vez más en su sentencia a la diferenciación entre coautoría y participación, en concreto en relación con una figura tradicionalmente tratada en materia de codelincuencia, como es la del vigilante en un robo. No obstante, cabe advertir ya que no se trata de una vigilancia sin más, sino que el sujeto vigila desde el coche en que posteriormente se emprende la huida, dato que además parece el fundamental en el que se basa la STS para calificar de coautor al sujeto.

La STS que nos ocupa es una de las que fue consolidando, en buena medida gracias a la influencia de su ponente, el también Profesor Bacigalupo Zapater, la adscripción del TS a la teoría del dominio funcional del hecho como elemento caracterizador de la coautoría³. Se esté de acuerdo o no con tal caracterización (personalmente no lo estoy), hay que reconocer que ha supuesto un avance en la jurisprudencia del TS, al superar en buena medida argumentaciones anteriores bastante difusas y a menudo mezcolanza de criterios para revestir una decisión intuitiva previamente adoptada.

No obstante, la STS da pie, si se rechaza la posición que sostiene (como aquí se hará), al análisis de otra importante cuestión en el Derecho penal español: la de la distinción entre dos formas de participación, como son la cooperación (o complicidad) necesaria, conminada con la misma pena que la autoría, y la complicidad (o cooperación simple o no necesaria), conminada con la pena inferior en grado a la de la autoría.

³ Sobre la evolución posterior de la jurisprudencia española en las dos materias clave de este trabajo, la coautoría y la cooperación necesaria y su distinción de la complicidad, puede verse, por ejemplo, la obra de BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial*, 2004, y otras obras recientes, por lo que omitiré, por mor de la brevedad, la cita de ulteriores sentencias.

III. Relevancia del caso en la discusión doctrinal

El caso posee relevancia en la discusión doctrinal en los dos aspectos señalados y también en otros relativos a la autoría y participación que hoy interesan menos, por el cambio de CP producido desde entonces: básicamente, ubicación de la coautoría en el art. 14.1º CP anterior o fuera de él, consideración de la figura del art. 14.1º CP anterior como una forma de autoría o de participación o de ambas y calificación de la cooperación necesaria del art. 14.3º CP anterior como forma de coautoría o de participación⁴. No hay equivalente al art. 14.1º anterior en el vigente art. 28 CP y son autores (coautores, aunque sin darle nombre) “los que realizan el hecho ... conjuntamente”, por lo que parece claro que la figura del cooperador necesario del actual art. 28, segundo inciso, b, representa una forma de participación de quienes “también serán considerados autores”, según doctrina casi unánime, sólo a efectos de pena⁵.

Pues bien, aquí nos centraremos por tanto en los dos primeros aspectos. La brevedad del espacio disponible nos obliga a sintetizar y a reducir al mínimo las citas.

La relevancia doctrinal del caso se muestra claramente en que fue objeto del comentario de varios autores⁶, que llegaban a distintas soluciones, y que contó con réplica del propio ponente de la STS⁷. Por lo demás, no hacen falta mayores explicaciones ni citas para poner de relieve la importancia de las aportaciones de BACIGALUPO ZAPATER a la teoría de la autoría y la participación.

IV. La coautoría, la teoría objetivo-formal y la teoría del dominio funcional del hecho: crítica

Aunque en su desarrollo hay discrepancias, es absolutamente mayoritario partir hoy de un concepto restrictivo de autor, según el cual autor es quien realiza el tipo de delito. Parece que este concepto de autor, compatible desde luego con nuestro CP (que podría haber sido sin embargo más claro), es el que mejor se adapta a los presupuestos del Derecho penal de un Estado de Derecho. Por ello, en el desarrollo de ese concepto de autor hay que ser lo más consecuente posible.

⁴ Sobre estas cuestiones, v., con ulteriores referencias, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, 707 ss.; sobre la autoría en el vigente CP, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría y participación*, en: *La Ley 1996-2*, 1283 ss.; resumidamente, *Autoría*, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia Penal Básica (EPB)*, 2002, 148 s.

⁵ Al respecto, mi opinión en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Ley 1996-2*, 1285 ss., entre otros lugares.

⁶ Publicado como BALDÓ LAVILLA y otros, *Autoría o participación en determinados supuestos de “vigilancia” (Comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989) (ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater)*, en: *Poder Judicial (PJ) 27* (1992), 189 ss.; en concreto se trata de los comentarios de GONZÁLEZ CUSSAC/MIRA BENAVENT (191 ss.), PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ (196 ss.), DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL (203 ss.) y BALDÓ LAVILLA/SILVA SÁNCHEZ (212 ss.).

⁷ BACIGALUPO ZAPATER, *Notas sobre el fundamento de la coautoría en el Derecho penal*, en: *PJ 31* (1993), 31 ss.

Para empezar, hay que reconocer como mérito de la teoría objetivo-formal el haber puesto de relieve la conexión entre autoría y tipo⁸. Sin embargo, la STS que nos ocupa rechaza esta teoría como incapaz de explicar la coautoría y la autoría mediata. Entiendo que nada de ello es así⁹. En lo que se refiere a la coautoría, que aquí interesa más, lo que sucede es que tanto la versión de la teoría objetivo-formal que exige en el coautor la realización de algún acto ejecutivo, como en la que exige subsunción de la conducta en el correspondiente tipo de la parte especial, conducen a un concepto de coautoría distinto y más estrecho que el de la teoría del dominio funcional del hecho, pero ello no significa que no puedan explicar la coautoría.

Es más, en el caso que nos ocupa, contra lo que señala la STS, diversos autores coincidieron en señalar que si la coautoría fuera realización de acciones ejecutivas, en el caso, no la vigilancia, pero sí la conducción en la fuga, formaría parte de los actos ejecutivos del robo y constituiría ya coautoría¹⁰, dada la opinión común en doctrina y jurisprudencia de que el robo no se consuma hasta la disposición y, por lo tanto, en la fuga todavía hay ejecución¹¹. Sin embargo, en mi opinión, tal calificación no es acertada, en primer lugar porque conducir en la fuga de los autores no es un acto ejecutivo del robo, sino un acto (importante) de apoyo a su ejecución¹². Y, en segundo lugar, porque, aunque se tratara de un acto ejecutivo, creo que entre él y los actos típicos determinantes del hecho existe una diferencia cuantitativa y cualitativa que hay que tener en cuenta a la hora de decidir la calificación de la conducta, siendo la de quien realiza actos ejecutivos no típicos, de participación; bajo la vigencia del CP anterior, una cooperación ejecutiva, sancionada con la pena de la autoría, que consideraba incluida en el art. 14.1º CP; con el Derecho vigente, una cooperación necesaria¹³.

En lo que se refiere a la calificación del vigilante por la doctrina y la jurisprudencia, incluso centrándolo en casos de robo, es variable, en buena medida porque cabe concebir distintos supuestos de vigilancia de mayor o menor intensidad, que podrían hacer variar la calificación

⁸ Así, desde fuera de esa teoría, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8ª ed., 2006 (1ª, 1963), 35 (= *Autoría y dominio del hecho*, 2ª ed. española, trad. de la 7ª ed. alemana -1999-, de Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, 2000, 55); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 451 s.

⁹ Ampliamente al respecto, con ulteriores referencias, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 466 ss., entre otros trabajos míos y entre otros autores.

¹⁰ Así PEÑARADA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ, *PJ* 27 (1992), 202, desde la perspectiva de la propia teoría objetivo-formal; BALDÓ LAVILLA/SILVA SÁNCHEZ, 214 s., si bien estos últimos remarcan que, además, comparten un concepto más amplio de coautoría, similar al de la STS (aunque ni siquiera sería necesario acudir a él para calificar de coautor al sujeto).

¹¹ Por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 17ª ed., 2009, 374, 351.

¹² Así lo maticé en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Coautoría" alternativa y "coautoría" aditiva: ¿autoría o participación? *Reflexiones sobre el concepto de coautoría*, en: SILVA SÁNCHEZ (ed.): *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, 1997, 326 s. n. 163.

¹³ Al respecto, entre otros lugares, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 715 ss., 719 s.; *La Ley 1996-2*, 1285 s.

incluso sosteniendo un mismo criterio caracterizador de la coautoría¹⁴. Desde luego, parece que la propia STS, pese a la escasa explicación de los hechos, no da tanta importancia a la vigilancia (ni al eventual traslado anterior al lugar del robo) como a la conducción en la fuga, hecho que, efectivamente, parece el de mayor relevancia entre los realizados por Juan¹⁵. Por ello he titulado este caso con “El vigilante-conductor”.

En cuanto a la teoría del dominio del hecho, absolutamente dominante en Alemania y otros países y cada vez más en la doctrina y jurisprudencia española, la STS recoge bastante fielmente la caracterización por la versión más exigente de ésta, la del dominio funcional del hecho, de la coautoría. Así, ROXIN, ideador y primer defensor del criterio del dominio funcional del hecho, partiendo de la idea de que autor es la figura central del acontecer típico, cree que “es coautor ... todo interviniente cuya aportación en el estadio de ejecución constituye un requisito imprescindible para la realización del resultado perseguido, por tanto, aquel con cuyo comportamiento conforme a su función la empresa total existe o fracasa”¹⁶. La construcción se basa en las ideas del autor como figura central del acontecer típico, de la división del trabajo y de que, en la manera señalada, cada sujeto no sólo domina su propia aportación, sino que participa en el dominio conjunto del hecho¹⁷. Los elementos de este dominio funcional, como destaca la propia STS que tomamos como guía, serían:

1º) El acuerdo o plan común con división del trabajo¹⁸ (habría que añadir o acumulación de esfuerzos), que hace posible hablar de una acción conjunta. Mientras se entienda este acuerdo o plan en sentido amplio, es probablemente un requisito necesario de la coautoría, pero no suficiente, pues en el acuerdo pueden intervenir incluso todos los que toman alguna parte en el hecho, por pequeña que sea su contribución.

2º) La esencialidad de la contribución, que es elemento clave en esta construcción, entendida de tal modo que, si el sujeto deja de prestar su contribución, todo el plan común se viene abajo y fracasa (es decir, entendido como algo más que poder de interrupción, que también poseería un tercero mediante actuaciones positivas como la de acudir a la policía)¹⁹. Al respecto es preciso hacer diversas consideraciones. En primer lugar, que a menudo esta teoría no explica cómo medir la esencialidad de la contribución con algún criterio practicable. En segundo lugar, que la STS tampoco se esfuerza en fundamentar tal esencialidad en el caso

¹⁴ V. los distintos supuestos que señalan BALDÓ LAVILLA/SILVA SÁNCHEZ, *PJ* 27 (1992), 213. V. también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 681 s., 681 n. 474.

¹⁵ Parece que hay acuerdo en ello entre todos los comentaristas de la STS en *PJ* 27 (1992), 189 ss.

¹⁶ ROXIN, *Täterschaft*, 8ª, 2006, 280 (= *Autoría*, 2ª, 2000, 310 s. –aunque ofrezco mi propia traducción del pasaje citado).

¹⁷ V., por ejemplo, ROXIN, *Täterschaft*, 8ª, 2006, 278 s. (= *Autoría*, 2ª, 2000, 308 s.).

¹⁸ V., por ejemplo, ROXIN, *Täterschaft*, 8ª, 2006, 278 s. (= *Autoría*, 2ª, 2000, 308 s.).

¹⁹ ROXIN, *Täterschaft*, 8ª, 2006, 278 ss., 283 (= *Autoría*, 2ª, 2000, 309 ss., 313 s.), entre otros lugares.

concreto. Y, en tercer lugar y más destacable, que, ciertamente, esa esencialidad da cierto grado importante de dominio del hecho conjunto al sujeto, pero se trata de un dominio meramente negativo (hacer caer la empresa criminal retirando la aportación), mientras que otros sujetos (en este caso quienes realizan hechos típicos) poseen un grado superior de dominio (que tampoco corresponde a quienes realizan actos ejecutivos no típicos), un dominio positivo²⁰. Conviene hacer dos precisiones, que expondré de un modo sucinto. En primer lugar, determinar a qué se llama positivo y a qué negativo es siempre discutible, pues depende del contenido que se quiera dar a esos términos. Por ello, es comprensible que los defensores de la teoría del dominio funcional del hecho²¹ consideren que el dominio negativo del que hablamos es el reverso de un dominio positivo. Pero aclarado que lo que queremos significar es que existen diferencias de dominio (quien sujeta a la víctima o vigila en el robo no puede producir la muerte o lesiones o el robo –no mata ni lesiona ni sustrae-, mientras que el que clava el cuchillo o sustrae decide –determina positivamente- la muerte, lesiones o robo –mata, lesiona o sustrae-), los términos son lo de menos, y lo importante es que existe una diferencia que a su vez puede (no necesariamente debe, aunque yo creo que sí) fundamentar una diferente valoración jurídica de las conductas. Podría decidirse que las diferencias de dominio entre los sujetos antes citados no han de tenerse en cuenta (por ejemplo, por no ser tan grandes como las que existen entre otros intervinientes) y considerarlos a todos coautores. Esta decisión puede verse favorecida por las consecuencias penológicas a que lleve una u otra calificación; precisamente por ello es comprensible (aunque no necesariamente correcto) que a todos los sujetos citados se les considere coautores en el Derecho penal alemán, pues, de no considerar tales al que sujeta o al que vigila (de modo esencial), habría que calificarlos de cómplices, con la rebaja obligatoria de pena que ello supone (ap. 2 del § 27 del CP alemán - StGB). Sin embargo, en el Derecho penal español es perfectamente posible y conveniente traducir en diferentes valoraciones jurídicas las diferencias de dominio antes citadas: quien sujeta y quien vigila dependen en mayor medida de quien clava el cuchillo y de quien sustrae

²⁰ De dominio insuficiente habla por ejemplo GIMBERNAT ORDEIG, *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre. Eine rechtsvergleichende Abhandlung auf der Grundlage des deutschen und des spanischen Strafrechts*, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 80 (1968), 933 s. De dominio negativo LUZÓN PEÑA, “*La determinación objetiva del hecho*”. *Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)* 1989, 895 s., 896 n. 23 (= *Estudios Penales*, 1991, 205 s., 206 n. 23) (entre otros trabajos), a quien nos hemos adherido diversos autores. Contra esta crítica, que me parece central, BACIGALUPO ZAPATER, *PJ 31* (1993), 37 s.; PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, 1998, 247 ss., 263 ss., entre otras pp.; y el propio ROXIN, *Täterschaft*, 8ª, 2006, 721 (= *Autoría*, 2ª, 2000, 732). V. también, para algunos tipos de actuaciones, contra ROXIN y a favor mío, SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, 410, 410 n. 267.

²¹ No todos, pues VALDÁGUA, *Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten*, en: *ZStW* 98 (1986), 871, reconoce el carácter negativo del dominio funcional del hecho.

que éstos de aquéllos, estos últimos, al decidir o determinar positivamente el hecho, se enfrentan de la manera más directa posible a la norma y, por tanto, parece lógico que sea su conducta la que la norma quiere primariamente (o con mayor perentoriedad) evitar; por tanto, la responsabilidad de éstos será autónoma (autores), mientras que la de los primeros será accesoria (partícipes)²². Ahora bien, como el grado de dominio (negativo) de los primeros es muy importante (realizan conductas de gran relevancia para la lesión o puesta en peligro del bien jurídico), conviene conminar su modo de intervención con la misma pena que la autoría, como hace el art. 28, inciso 2º b) CP español, a través de la figura de participación de la cooperación necesaria, inexistente en el StGB. Con ello se mantienen al máximo las ventajas de un concepto restrictivo de autor centrado en la realización típica, sin que se produzcan consecuencias materiales gravemente insatisfactorias²³.

3º) Por fin, se exige que la prestación se realice en fase ejecutiva²⁴. Este requisito resulta en cierta medida contradictorio con la idea de ROXIN de que el dominio funcional lo confiere el poder desbaratar el plan común con sólo retirar la contribución propia, pues ello puede suceder con determinadas contribuciones en fase preparatoria²⁵. Realmente creo que el requisito de la actuación en fase ejecutiva supone un loable intento (no compartido por gran parte de la doctrina alemana) de no desvincular en exceso la coautoría de la realización típica; la idea la ha expresado gráficamente RUDOLPHI al referirse a la “adscripción al tipo” (“*Tatbestandsbezogenheit*”) del concepto de dominio del hecho en la coautoría²⁶. Pero ello viene a demostrar más bien la conciencia de que con la idea del dominio funcional del hecho

²² Sobre las consecuencias concretas de considerar a un sujeto coautor o cooperador necesario, ha llevado a cabo un interesante análisis DURÁN SECO, *La coautoría en Derecho penal: aspectos esenciales*, 2003, 423 ss.

²³ Todo esto lo he ido explicando en diversos trabajos, aunque citaré sólo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *¿Es necesaria la cooperación necesaria?*, en: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir (LH-Cerezo)*, 2002, 653, de donde tomo la explicación del texto. Naturalmente, éste y otros aspectos de la solución que, siguiendo una idea inicial de LUZÓN PEÑA, *ADPCP 1989*, 889 ss. (= *Estudios Penales*, 1991, 197 ss.) (entre otros lugares, en que ha desarrollado su influyente tesis, en ocasiones en trabajos conjuntos conmigo), propongo (v. ampliamente la fundamentación y explicación de mi concepto de autor a lo largo de mi obra: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991 –en relación con la coautoría, especialmente, concluyendo, 677 ss.–, entre otros trabajos) han sido y son objeto de crítica y de adhesión, aunque aquí es imposible la cita y la discusión. Baste decir que diversos monografistas recientes en materia de coautoría o autoría critican aspectos de ella: así, por ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 263 ss.; mostrando simpatía por nuestra concepción, sin embargo la critica por estrecha en materia de coautoría GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 460 s.; GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho penal*, 2006, 296 ss., con ulteriores referencias (si bien centra buena parte de la crítica, como otros autores, en un aspecto de mi construcción que nunca consideré central y que he procurado aclarar posteriormente); GÓRRIZ ROYO, *El concepto de autor en Derecho penal*, 2008, 393 ss (centrándose también mucho en ese aspecto).

²⁴ ROXIN, *Täterschaft*, 8ª, 2006, 294 ss. (= *Autoría*, 2000, 325 ss.), entre otros trabajos.

²⁵ Así ya GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, 149 s.

²⁶ RUDOLPHI, *Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft*, en: *Festschrift für Bockelmann*, 1979, 369 ss. (*passim*), entre otros trabajos.

se tiende a extender el concepto de autor en la coautoría más allá de los límites propios de un concepto restrictivo de autor²⁷.

En consecuencia, me parece que, aunque la STS aplica coherentemente el criterio del dominio funcional del hecho (aunque sin explicar demasiado la esencialidad de la contribución), su calificación de sujeto como coautor (básicamente por su conducción en la fuga) no puede convencer, pues no convence, como he manifestado, la propia teoría, y el sujeto posee aquí un dominio meramente negativo del hecho, mientras que para la coautoría habría que exigir un grado más, el dominio positivo o determinación positiva (y objetiva) del hecho.

En conclusión, en general el vigilante en un robo no es coautor de él. Pero ni siquiera lo es quien espera en un coche para vigilar y, sobre todo, transportar en la huida a los intervinientes, pues sólo posee un dominio negativo del hecho. Se trata de un partícipe, en mi opinión, muy importante, en concreto un cooperador necesario.

V. La distinción entre cooperador necesario y cómplice

Las formas de participación en el CP español son, además de la inducción, que aquí no interesa (art. 28, segundo inciso, a CP), la cooperación necesaria (letra b del mismo precepto), conminadas ambas con la pena de la autoría, y la complicidad (art. 29 CP), conminada con la pena inferior en grado a ésta (art. 63 CP). En el CP anterior, estimaba, como he dicho, que existía en el art. 14.1º la cooperación ejecutiva, que normalmente va a ser ahora una cooperación necesaria. Pero, descartada la calificación de Juan como coautor y también, como he dicho, como cooperador ejecutivo, sólo cabe discutir si se trata de un cooperador necesario, por cooperar a la ejecución del hecho “con un acto sin el cual no se habría efectuado”, o un mero cómplice.

La doctrina española ha utilizado diferentes criterios desde antiguo para distinguir entre cooperación necesaria y complicidad. Los principales se pueden resumir así²⁸: 1. La doctrina antigua propone distinguir según la necesidad del acto, lo cual no convence, pues en abstracto ningún acto es necesario y en concreto todos lo son²⁹. 2. Autores más modernos parten del punto de vista concreto, exigiendo para que se dé la cooperación necesaria que la contribución sea necesaria para la producción del resultado, aunque no lo sea para el concreto modo de

²⁷ Esta extensión abre “la puerta del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por quebrantamiento del principio de legalidad, y con él, del de seguridad jurídica”, según GONZÁLEZ CUSSAC/MIRA BENAVENT, *PJ 27* (1992), 194, en relación con la STS que nos ocupa, lo que me parece exagerado, igual que su afirmación en el mismo lugar de que tan inconstitucional es la teoría del “acuerdo previo”, sostenida en tiempos por el TS y duramente criticada, como la del “dominio funcional del hecho”; la comparación me parece excesiva.

²⁸ He resumido y valorado posiciones en distintos trabajos. V., entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Cooperación necesaria y complicidad*, en: LUZÓN PEÑA (dir.), EPB, 2002, 313 ss.; *LH-Cerezo*, 2002, 657 ss.

²⁹ Amplias referencias y crítica personal en GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 131 ss.

llevar a cabo la acción; dicho de otro modo, que la acción sea necesaria para el si, aunque no lo sea para el cómo del hecho³⁰, lo que plantea la necesidad de recurrir a juicios hipotéticos, tal vez de manera determinada por el propio tenor legal. 3. Algún autor considera que la contribución constituye cooperación necesaria cuando ninguno de los que tuvo intervención en el hecho habría podido sustituir al que la prestó³¹. El criterio resulta incorrecto, entre otras cosas, porque reduce, sin explicar satisfactoriamente por qué, la posibilidad de sustitución a los intervinientes en el delito, cuando resulta sencillo imaginar contribuciones sustituibles fácilmente mediante su encargo a terceras personas. 4. Un sector minoritario atiende a la relevancia de la contribución del cooperador en el proceso de decisión del autor: hay cooperación necesaria cuando el cooperador, con su aportación, motiva al autor a ejecutar el delito, eso sí, siempre y cuando no exista una inducción³². Sin rechazar la importancia de la fuerza motivadora de la contribución del sujeto, creo que el criterio es incompleto, pues no hay razón para dejar fuera otros fundamentos posibles de la esencialidad de la contribución. 5. Mucho éxito ha tenido la propuesta de evitar juicios hipotéticos, entendiendo que acto sin el cual no se habría efectuado la ejecución es aquél sin el cual ésta habría sido muy difícil, lo que sucedería cuando la aportación del sujeto consistiera en un bien o actividad escasos, lo que caracterizaría la cooperación necesaria, frente a la prestación de bienes o actividades abundantes en la complicidad³³. La aparente vaguedad del criterio³⁴ no es tanta, pues se completa con determinaciones que aquí no es posible detallar³⁵. No obstante, creo que este criterio, aceptable, no debe ser exclusivo. 6. Interesante es la posición que de combinar los criterios expuestos en los números 2 y 5, alegando que se refieren a aspectos distintos del problema: el del número 2 (que, al contrario de lo afirmado por sus defensores, no debe referirse al resultado, sino al hecho, para comprender los delitos de mera actividad) indicaría para qué debe ser necesaria la contribución (para el si y no para el cómo del hecho, entendido este “cómo” como conjunto de circunstancias irrelevantes para la individualización del tipo), mientras que el criterio del número 5 explicaría qué se entiende por necesidad de la cooperación, aportando una perspectiva *ex ante* (alejada en lo posible de juicios hipotéticos) y un criterio auxiliar muy importante (el de la escasez) para determinar la necesidad o no de la

³⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Art. 14.3º*, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal I*, 1972, 872 ss., al que han seguido otros.

³¹ RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte General*, 14ª ed., revisada y puesta al día por SERRANO GÓMEZ, 1991, 817; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español, Parte General*, 18ª ed., 1995, 817.

³² COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., 1999, 759; GONZÁLEZ CUSSAC/MIRA BENAVENT, *PJ 27* (1992), 196.

³³ GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 151 ss., con múltiples seguidores.

³⁴ Que critican, por ejemplo, GONZÁLEZ CUSSAC/MIRA BENAVENT, *PJ 27* (1992), 195 s.

³⁵ V. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 155 ss., , 167 ss.

conducta, si bien no tiene por qué ser el único³⁶. 7. Tesis más recientes consideran cooperador necesario a quien, sin realizar actos típicos, incrementa *ex ante* sustancialmente el riesgo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor, de manera que la retirada de su aportación pueda desbaratar el plan delictivo (cosa que no sucede con la aportación del cómplice), siempre y cuando *ex post* resulte efectivamente causal para el resultado³⁷, o, sin estar demasiado lejos de esta propuesta, establecen factores tasados, sin valor absoluto por separado, para decidir cuándo existe cooperación necesaria: especial peligrosidad para el bien jurídico, especial lesividad para el bien jurídico, situación de especial accesibilidad al bien jurídico y especial capacidad decisoria³⁸. Estas opiniones, matices al margen que aquí no cabe discutir, apuntan en el sentido correcto de apreciar la esencialidad de la cooperación para la afectación del bien jurídico y, por lo tanto, para la realización típica (la primera posición recurre incluso, como aquí, a la idea del dominio negativo del hecho y a la teoría de los bienes y actividades escasos³⁹), aportando interesantes criterios materiales para medir la esencialidad de la contribución.

Personalmente creo que el punto de partida correcto es el mencionado en el nº 6 (sin descartar las opiniones del 7, que, según creo, son compatibles con él). A la hora de concretar la necesidad de la contribución se trata en definitiva de determinar quién tiene el dominio negativo del hecho, al que antes he hecho referencia, en el sentido de la esencialidad de que habla la teoría del dominio funcional del hecho (aunque sacada fuera del ámbito de la coautoría). Para ello es muy útil el criterio de los bienes y actividades escasos, pero debe ser completado con otros, como destacadamente el de que los demás intervinientes, en especial el autor o autores, hayan considerado (sea ello materialmente así o no) tan importante la contribución del sujeto que decidan no actuar y abandonar la realización del hecho si el sujeto retira su contribución, es decir, hayan condicionado su actuación a la del sujeto en cuestión; en estos supuestos (contemplada la situación *ex ante*) el autor o autores ponen en manos de un sujeto (al margen de cuál sea la importancia de su aportación en sí misma considerada) la continuidad o el desbaratamiento del plan delictivo y confieren a ese sujeto un dominio negativo (no positivo, como en el caso de la autoría) del hecho⁴⁰. Este último criterio ha sido muy criticado⁴¹, especialmente por su supuesto subjetivismo y porque la importancia que el

³⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 8ª ed., 2008, 414, con diferentes seguidores (desde ediciones anteriores).

³⁷ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 435 ss.

³⁸ SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, 402 ss.

³⁹ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad*, 1997, 440 ss.

⁴⁰ V., entre otros, mi trabajo: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Cerezo*, 2002, 657 ss.

⁴¹ Críticos, al menos, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad*, 1997, 444 s. (desde una posición, por lo demás, bastante coincidente con la mía); DÍEZ RIPOLLÉS, *Una interpretación provisional del concepto*

autor dé a la contribución ni aumenta ni disminuye el riesgo para el bien jurídico, olvidando estas críticas que el dato subjetivo no es la apreciación del propio sujeto sobre su actuación, sino la apreciación de otros condicionando su actuación a la de aquél, con lo que el dato se objetiva respecto de él, y que efectivamente lo que piense alguien de su propia actuación no influye en el riesgo para el bien jurídico, pero el que los demás condicionen la empresa criminal a su actuación convierte a ésta en decisiva (negativamente) para la afectación del bien jurídico.

La falta de datos de la STS comentada impide decidir de forma rotunda si la actuación de Juan como vigilante cumple los requisitos de la cooperación necesaria, pues no se explica mucho en qué consistió. No parece cumplirlos el hecho de llevar en coche a los demás al lugar del robo, pues no parece una actividad escasa ni inequívocamente criminal. La que, pese a las pocas explicaciones disponibles, sí parece una conducta esencial, conferidora de dominio negativo del hecho, es la de conducir el coche utilizado en la fuga por los autores, por tratarse de una actividad escasa, inequívocamente criminal, muy cercana a la ejecución y que, seguramente (aunque se trata de una suposición que aquí no es posible probar), por suponer un aseguramiento de la fuga, fue considerada además esencial por los autores. Por tanto, Juan actuó como cooperador necesario⁴².

VI. Conclusión

Calificar a Juan de cooperador necesario conduce a imponerle la misma pena que si fuera coautor, como cree la STS, pero sin forzar un concepto auténticamente restrictivo de autor. Esta es una ventaja de que nuestro CP contemple, al contrario que otros ordenamientos, la cooperación necesaria, que, por lo tanto, debe mantenerse⁴³, frente a quienes proponen su supresión de diferentes maneras⁴⁴, si bien la redacción legal debe mejorarse con una

de autor en el nuevo Código Penal, en: Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPCr) 1 (1998), 44 n. 60; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 252, 338 ss. (en principio en relación con la tesis del nº 4 del texto, aunque incluyendo este aspecto de mi opinión en la crítica). Sin embargo (y al margen de la similitud sólo parcial con el criterio señalado en el texto con el nº 4, que sus defensores consideran el único decisivo y yo no), plantean algo similar a lo que propongo o no lo descartan del todo autores como MIR PUIG, *PG*, 8ª, 2008, 416 n. 65; o SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, 411.

⁴² A la misma conclusión llegábamos en nuestro comentario a la STS en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL, *PJ* 27 (1992), 212.

⁴³ Cuestión distinta, abierta al debate, igual que en el caso de la inducción, es si la pena debe ser idéntica a la del autor o podría ser algo menor.

⁴⁴ No me parece buena una supresión sin más, ni una rebaja o aumento de pena al cómplice de manera potestativa, obligatoria o excepcional, pues, aunque la redacción actual de la letra b del segundo inciso del art. 28 CP deja que desear y debería mejorarse, al menos apunta algún criterio. Por la supresión de la figura del cooperador necesario, en diversos sentidos, se pronuncian al menos al menos, CEREZO MIR, *Informe sobre el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal*, en: Problemas fundamentales del Derecho Penal, 1982, 316; *Observaciones críticas al Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, en: Problemas, 1982, 351 s.; *Curso de Derecho Penal español, Parte General III. Teoría jurídica del delito/2*, 2001, 247 s., entre otros trabajos; BACIGALUPO ZAPATER, *Notas sobre la Propuesta de*

formulación positiva⁴⁵ y no hipotética, que tome elementos de la idea del dominio funcional del hecho (en concreto la referencia a la esencialidad de la contribución y el dominio negativo del hecho que confiere) con la ayuda, para determinar la esencialidad de la contribución, del criterio de los bienes y actividades escasos, aunque no sólo de éste.

anteproyecto de Código penal, en: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense 6 (1983), monográfico dedicado a las V Jornadas de Profesores de Derecho Penal, 59; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal, Parte General. Teoría Jurídica del Delito*, 2ª ed., 1986, 546; GRACIA MARTÍN, *Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España (y II)*, en: Actualidad Penal 1994-I, 359 s.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, 1996, 81; *Artículo 28*, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal III. Artículos 24 a 94*, 2000, 145 s. (aunque no habla directamente de supresión); CHOCLÁN MONTALVO, *La autoría y la participación*, en: La Ley 1996-1, 1644; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 409 ss.; BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, 127 s.; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, 399 s., si bien termina formulando una nueva redacción del precepto; QUINTERO OLIVARES, *Artículo 28*, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal. Tomo I. Parte General (Artículos 1 a 137)*, 5ª ed., 2008, 413 s.; aunque no de forma tan clara, parecen apuntar en esa línea MUÑOZ CONDE, *Una nueva imagen del Derecho penal español*, en: RDPCr 2 (1998), 369; y MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., 2000, 513 (en ediciones posteriores de la obra modifican su posición sobre la cooperación necesaria al estimar que ésta es un supuesto de coautoría, salvo casos muy excepcionales: así, en la última ed., la 7ª, 2007, 436, 440 s.).

⁴⁵ Hago una propuesta en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Cerezo*, 2002, 668. No es la única: v., por ejemplo, la de DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 458 (declarando extraer la fórmula de ideas de LÓPEZ PEREGRÍN y PÉREZ ALONSO: 458 n. 103), y mi crítica a ésta en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Cerezo*, 2002, 668 n. 96; o la de SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, 400.

COMERCIALIZACIÓN DE VIEIRAS CONTAMINADAS: REQUISITOS ESENCIALES PARA SU CONSIDERACIÓN COMO DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA

PROF. DR. JAVIER DE VICENTE REMESAL

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Vigo

PROF. DRA. MARTA GARCÍA MOSQUERA

Contratada doctora de Derecho Penal. Universidad de Vigo

<p>RESUMEN: La tipicidad de la venta de vieiras contaminadas requiere, entre otras cosas, el destino del producto al mercado, la pérdida del control del riesgo por parte del agente y la concreta puesta en peligro, dolosa o imprudente, de la salud de los consumidores</p> <p>PALABRAS CLAVE: delitos contra la salud pública; resultado de peligro y resultado de lesión; dolo de peligro y dolo de lesión; delitos de peligro abstracto; delitos de peligro concreto; delitos de peligro e iter criminis.</p>	<p>ABSTRACT: Considering the selling of contaminated scallops as a criminal offence requires the consideration of a number of elements, such as the placement of the product on the market, a loss of control of the subsequent risks; the concrete endangering- intentional or reckless- of the consumers' health.</p> <p>KEY WORDS: crimes against public health; dangerous outcome and injury outcome; dangerous intentional and injury intentional; abstract danger crimes and concrete danger crimes; danger crimes and iter criminis.</p>
---	---

SUMARIO: I. Introducción. Contextualización de los supuestos de comercialización de vieiras contaminadas. La toxina ASP. II. La salud pública como bien jurídico protegido en el delito de fraude alimentario nocivo. III. El delito del art. 363 CP y la exigencia de peligro abstracto o concreto. IV. El tipo subjetivo: consideraciones generales. V. El dolo y la imprudencia en los delitos de peligro abstracto. 1. El dolo. 2. La imprudencia. 3. Análisis de los casos de la jurisprudencia. VI. El dolo y la imprudencia en los delitos de peligro concreto. 1. El dolo. 2. La imprudencia. 3. Análisis de los casos de la jurisprudencia. VII. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN. CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE COMERCIALIZACIÓN DE VIEIRAS CONTAMINADAS. LA TOXINA ASP.

El presente trabajo pretende profundizar en algunos aspectos esenciales del llamado *delito de fraude alimentario nocivo* a partir de una serie de casos ocurridos en Galicia relativos a la comercialización de vieiras con presencia de biotoxinas marinas potencialmente peligrosas para la salud.

En el escaso número de sentencias dictadas sobre delitos de fraude alimentario es apreciable –como observa DOVAL PAIS- un sesgo de la jurisprudencia, pues la mayoría de las resoluciones dictadas en este ámbito se refieren a casos de administración de sustancias prohibidas al ganado vacuno para su engorde artificial. Ello puede explicarse, según este autor, por la acentuación de los mecanismos de control sanitario

sobre este concreto sector de actividad a raíz de las crisis alimentarias que han obligado a extremar las medidas de vigilancia, ocasionando una presión desigual en el control de los mercados¹.

Algo similar parece haber ocurrido (si bien a nivel local, como luego se explicará) en relación con las sentencias que han servido de base para el presente estudio y en las que se castiga por delito alimentario la comercialización de vieiras con presencia de biotoxinas marinas eludiendo los procedimientos administrativos de control.

Todas ellas emanan de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sin que consten en el resto del territorio nacional otros pronunciamientos condenatorios por delito contra la salud pública por hechos de esta naturaleza².

El tamaño de la muestra de resoluciones estudiadas (un total de 10, de las cuales 8 son condenatorias) puede considerarse escaso o muy reducido en términos absolutos, pero si se observa que las resoluciones se refieren a hechos ocurridos todos ellos en la Ría de Arousa (y en ninguna otra de las rías gallegas) y comprendidos temporalmente entre marzo de 2002 y agosto de 2005, habrá que concluir que la frecuencia relativa de condenas no resulta en modo alguno exigua ni insignificante. Se evidencia así que se trata de un fenómeno local y temporalmente determinado, pues no se encuentran sentencias similares con anterioridad a 2002.

A poco que se indague sobre la cuestión, todo apunta a que en este proceso ha tenido una influencia decisiva el desarrollo de la normativa administrativa –también europea y estatal, pero fundamentalmente autonómica – dedicada a regular la extracción y comercialización de moluscos bivalvos en general, y de la vieira en particular, en el marco del control de biotoxinas marinas en organismos procedentes de la pesca, el marisqueo y la acuicultura.

Se hace así aconsejable una breve exposición de la normativa surgida en este ámbito en las últimas décadas – al compás de los avances científicos – para entender el contexto en que se producen los hechos que han derivado en condenas penales. De la profusa reglamentación referida a muy variados aspectos de la seguridad alimentaria, señalaremos únicamente los instrumentos normativos que tienen incidencia directa en el producto de la vieira (pues, como se verá, presenta características específicas).

Primeramente, la Directiva 91/492/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas fijó las normas sanitarias aplicables a la producción y puesta en el mercado de moluscos bivalvos vivos, estableciendo ya niveles máximos de presencia de las toxinas PSP

¹ DOVAL PAIS, A. Problemas aplicativos de los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al umbral de peligro típico en la modalidad de administración de sustancias no permitidas a animales de abasto, en: BOIX REIG, J./BERNARDI, A. (codir.), Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores, 2005, 350; el mismo, Fraudes alimentarios, en: GARCÍA RIVAS, N. (coord.), Protección penal del consumidor en la Unión Europea, 2005, 256 ss.

² Las sentencias que han servido de base al presente estudio son: SSAP Pontevedra 46/2004, de 30 junio; 62/2004, de 21 julio; 93/2005, de 17 junio; 115/2005, de 9 septiembre; 18/2006, de 16 febrero; 102/2006, de 13 septiembre; 76/2007, de 25 mayo; 79/2007, de 19 junio; 24/2008, de 7 febrero y 30/2008, de 8 febrero.

(Paralytic Shellfish Poison)³ y DSP (Diarrhetic Shellfish Poison)⁴ en los moluscos destinados al consumo. En consonancia con la anterior Directiva, el Decreto 116/1995, de 31 de marzo, de la Xunta de Galicia⁵ estableció las mismas cantidades máximas autorizadas de aquellas toxinas, regulándose poco después en una Orden de la Consellería de Pesca, Marisqueo y Acuicultura, de 14 de noviembre de 1995, el programa de actuaciones para el control de biotoxinas marinas en moluscos bivalvos y otros organismos procedentes de la pesca, el marisqueo y la acuicultura. En esta Orden se incluían ya distintos planes de actuación de control y prohibiciones de extracción según niveles y zonas de toxicidad detectadas.

Pero no es hasta 1997 cuando se tiene conocimiento de la aparición de una nueva toxina marina, denominada “Amnesic Shellfish Poison”⁶ (ASP), también conocida como “toxina amnésica de los moluscos”, causante de desórdenes gastrointestinales y problemas neurológicos. El 14 de marzo de 1997, la Xunta de Galicia aprueba el Decreto 98/1997, de modificación del Decreto 116/1995, dando cuenta de la aparición de esta nueva toxina y estableciendo que el contenido de ASP en las partes comestibles de los moluscos (el cuerpo entero o cualquier parte comestible por separado) no debe sobrepasar los 20 microgramos de ácido domoico (AD) por gramo según el procedimiento de análisis HPLC⁷.

Curiosamente, es unos meses más tarde (el 20 de octubre de 1997) cuando el Consejo de las Comunidades Europeas aprueba la Directiva 97/61/CE⁸, la cual, considerando que los últimos conocimientos científicos han puesto de manifiesto la aparición de una nueva toxina marina, denominada “Amnesic Shellfish Poison” (ASP), en las zonas de producción de moluscos bivalvos y que ésta puede constituir un riesgo para la salud de los consumidores, establece que el contenido de ASP en las partes comestibles de los moluscos (el cuerpo entero o cualquier parte consumible por separado) no deberá

³ Para esta toxina PSP (o toxina paralizante de los moluscos), el Capítulo V del Anexo de la Directiva 91/492/CEE establecía que: “El porcentaje de «Paralytic Shellfish Poison» (PSP) en las partes comestibles de los moluscos (el cuerpo entero o toda la parte consumible separada) no deberá sobrepasar los 80 microgramos por 100 gramos, según el método de análisis biológico (...)”.

⁴ Respecto de la toxina DSP (o toxina diarreica de los moluscos), el Capítulo V del Anexo de la Directiva 91/492/CEE establecía que: “Los métodos habituales de análisis biológico no deben dar reacción positiva respecto de la presencia de «Diarrhetic Shellfish Poison» (DSP) en las partes comestibles de los moluscos (cuerpo entero o cualquier parte consumible por separado)”.

⁵ Derogado posteriormente por el Decreto 28/2005, de 28 de enero, de la Xunta de Galicia, por el que se regula el control de las biotoxinas en moluscos bivalvos y otros organismos procedentes de la pesca, el marisqueo y la acuicultura. Este Decreto lleva a cabo una actualización y refundición de la normativa vigente.

⁶ En realidad, la intoxicación amnésica por mariscos (ASP), conocida también como intoxicación por ácido domoico, fue reconocida por primera vez en 1987 en la Isla Príncipe Eduardo, en Canadá. En ese momento, como consecuencia de la ingesta de cholgas, la ASP causó tres muertes y 105 casos de intoxicación aguda en seres humanos. Los síntomas eran calambres abdominales, vómitos, desorientación y pérdida de memoria (amnesia). Cfr. más ampliamente, FAO, Biotoxinas marinas. Estudio FAO: Alimentación y Nutrición, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, 2005, 97 ss.

⁷ Las siglas HPLC corresponden a “High Performance Liquid Chromatography” (cromatografía líquida de alta resolución o alta eficacia).

⁸ Esta Directiva 97/61/CE modifica la anterior Directiva 91/492/CEE. Actualmente la Directiva está derogada y su campo de aplicación cubierto por el Reglamento CE nº 853/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por el que se establecen normas específicas de higiene de los alimentos de origen animal.

sobrepasar los 20 microgramos de AD por gramo según el procedimiento de análisis HPLC.

A nivel estatal español la transposición de la anterior Directiva tuvo lugar con la aprobación del real decreto 571/1999, de 9 de abril⁹, que estableció idénticos niveles de toxicidad permitidos de ASP que los previstos en las normas gallega y europea anteriores.

El establecimiento de estos estrictos límites legales sobre los niveles de toxicidad ASP permitidos, determinó que desde el año 1995 estuviese prohibida de manera ininterrumpida la extracción de vieira en la mayoría de las zonas de producción de Galicia. La toxicidad tipo ASP tiene una incidencia especialmente relevante en la vieira, pues el proceso de intoxicación es rápido y el proceso de eliminación de la toxina es extremadamente lento¹⁰ en comparación con otros moluscos, amén de que la presencia casi continua de poblaciones de fitoplancton productoras de toxicidad tipo ASP en las aguas gallegas impide que el nivel de toxicidad descienda por debajo del límite legalmente admisible.

Así las cosas, y teniendo en cuenta el fuerte impacto que esta situación generaba sobre un sector de especial importancia socioeconómica en muchos puertos de Galicia, el gobierno gallego, a través de la Consellería de la Presidencia, Relaciones Institucionales y Administración Pública, dictó la Orden de 15 de enero de 2002, por la que se regula la extracción y comercialización de vieira (*Pecten maximus*). Según se recoge en el preámbulo de esta disposición, la existencia de evidencias científicas pone de manifiesto que, en la vieira, el AD se concentra preferentemente en el hepatopáncreas, de tal manera que las concentraciones de AD entre 20 y 250 microgramos por gramo en cuerpo entero se corresponden, en determinadas condiciones, con concentraciones de AD por debajo de 20 microgramos por gramo en el músculo aductor y/o las gónadas. En atención a ello, la citada Orden permite la extracción de vieira con niveles de toxicidad de ASP en cuerpo entero superiores a 20 microgramos por gramo (siempre que no superen los 250 microgramos por gramo) y regula un proceso controlado de evisceración, tras el cual se conseguiría reducir tales niveles a límites legalmente adecuados, antes de poner el producto (eviscerado) en el mercado.

Se modifican así las condiciones de autorización de extracción de vieira, en función de las circunstancias, subdividiéndose en tres niveles:

⁹ Derogado por la Disp. Derog. Única ñ), del RD 640/2006, de 26 de mayo, en coherencia con la reestructuración y actualización de la normativa, llevada a cabo por el Parlamento Europeo y el Consejo, mediante la adopción de nuevos reglamentos y directivas (particularmente, para lo que aquí interesa, por la aprobación del Reglamento CE 853/2004, de 29 de abril).

¹⁰ BLANCO, J. et. al., Depuration and anatomical distribution of the amnesic shellfish poison (ASP) toxin domoic acid in the king scallop *Pecten maximus*, *Aquatic Toxicology*, 60, 2002, 111-121; BLANCO, J. et. al., Depuration of domoic acid from different body compartments of the king scallop *Pecten maximus* grown in raft cultura and natural bed, *Aquatic Living Resources*, 19, 2006, 257-265.

1º Cuando, en función de los controles periódicos, la concentración de AD en cuerpo entero sea inferior a 20 microgramos por gramo (algo que generalmente no ocurre), se autorizará la extracción para su comercialización directa.

2º Cuando la concentración de AD supere los 20 microgramos por gramos, pero no exceda de 250, y simultáneamente la concentración de AD sea inferior a 4,6 en las partes destinadas al consumo humano (músculo y gónada) analizadas por separado, se podrá autorizar la extracción controlada, bajo supervisión del Servicio de Protección de Recursos. La vieira en tales casos sólo podrá ser comercializada tras un proceso de eviscerado que elimine el hepatopáncreas, branquias y otros tejidos blandos diferentes del músculo aductor y la gónada, que serán las únicas partes susceptibles de ser puestas en el mercado. A su vez, el proceso de saneamiento sólo podrá ser realizado por plantas de eviscerado previamente autorizadas por la Xunta.

3º Cuando la concentración de AD en cuerpo entero sea superior a 250 microgramos por gramo, se prohibirá la extracción de vieira.

Dos meses después de la Orden de la Xunta (en concreto, el 15 de marzo de 2002) la Comisión de las Comunidades Europeas adopta la Decisión 2002/226/CE en virtud de la cual los Estados miembros podrán autorizar la recolección de moluscos bivalvos de las especies *Pecten maximus* y *Pecten jacobaeus* con una concentración de AD en el cuerpo entero superior a 20 mg/Kg e inferior a 250 mg/Kg, siempre que se cumplan determinados requisitos (condiciones especiales de recolección, transporte y preparación del molusco que incluya ablación del hepatopáncreas, los tejidos blandos o cualquier otra parte contaminada).

En todo caso, la Orden autonómica entra en vigor el 18 de enero 2002, y es el 14 de marzo de ese año cuando tienen lugar los hechos por los que se formula la primera acusación por delito contra la salud pública (en este primer caso, con resultado absolutorio).

No puede dejar de señalarse que el sistema de vigilancia y control de toxicidad de los moluscos se actualiza continuamente – para algunas especies casi diariamente, según zonas – y que todos los episodios a los que ha seguido acusación (y en muchos casos, condena) han tenido lugar en la Ría de Arousa, siendo ésta precisamente una ría que periódicamente se abre a la extracción controlada¹¹, a diferencia de las restantes zonas

¹¹ Así, por ejemplo, en el año 2009, la Resolución 1/2009, de 2 de enero, del Instituto Tecnológico para el Control del Medio Mariño de Galicia resuelve levantar el cierre, para evisceración de vieira según la Orden de 15/01/2002, en la Ría de Arousa, Zona III, subzona 2; y la Resolución 2/2009, de 27 de enero, resuelve levantar el cierre, para evisceración de vieira según la Orden de 15/01/2002, en la Ría de Arousa, Zona II. Asimismo, según consta en los Informes de Estado de biotoxinas en moluscos pectínidos del Instituto Tecnológico para el Control del Medio Mariño de Galicia, de fechas 01/05/2009 (Informe nº SP000004/09) y 22/10/2009 (Informe nº SP000005/09), mientras las restantes Rías gallegas permanecen en situación administrativa de cierre para extracción de vieira, las zonas I, II, III.1, III.2 y IV de la Ría de Arousa contemplan una excepción de cierre, estando en ellas permitida la extracción de vieira, si bien exclusivamente para evisceración según la Orden de la Xunta de 15/02/2002. Llama la atención que en los hechos probados de la SAP Pontevedra 46/2004, de 30 junio, se dice expresamente que “En la fecha de los hechos, la Ría de Arousa, salvo en al zona I, estaba aperturada para la extracción de vieira para evisceración, siguiendo determinados controles y cauces administrativos. No consta que la vieira incautada procediera de la referida Zona I de la Ría de Arousa”. Ello, sin embargo, no fue óbice para el

marítimas gallegas en las que existe una prohibición absoluta de extracción (por los elevadísimos niveles de toxicidad) - lo cual puede tener relevancia tanto en la determinación del peligro real¹² como en el desvalor subjetivo del hecho por posible error de tipo en el agente ante el desconocimiento del carácter peligroso del hecho.

Y resulta significativo que la mayoría de las sentencias condenatorias, cuando dan cuenta del nivel de toxicidad apreciado en las vieiras incautadas, no refieren si tales niveles han sido apreciados en cuerpo entero de la vieira o en las partes potencialmente comercializables tras evisceración. Las dos únicas resoluciones que excepcionalmente sí recogen este extremo, se refieren a toxicidad a cuerpo entero¹³.

Ciertamente, en todos los casos que han llegado a la jurisprudencia, las vieiras extraídas del mar superaban los niveles de toxicidad permitida para el consumo humano, que es de 20 microgramos por gramo. Pero si en el momento de la captura la situación administrativa era de apertura para la extracción controlada, ello significa que los valores promedio de toxicidad del producto en la zona superaban los 20 microgramos por gramo (sin exceder de 250), - pues si estuvieran por debajo de dicho límite, estaría autorizada la extracción para su comercialización directa¹⁴. Ello quiere decir que los índices de toxicidad apreciados en las vieiras ilegalmente capturadas habrían de ser similares a los existentes en los ejemplares de molusco legalmente extraídos para su posterior evisceración controlada y puesta en el mercado. Por tanto, en el momento de la incautación, el producto no resulta ser más peligroso que aquel otro que seguirá los cauces legales para su saneamiento. En consecuencia, aun cuando la jurisprudencia insiste en este extremo para fundamentar las condenas -y además por delito consumado en prácticamente todos los casos-, no es en la toxicidad original del molusco donde reside el peligro para la salud de los consumidores, sino, en su caso, en el mantenimiento de tales niveles tóxicos cuando el producto sea inmediatamente dispuesto para su consumo (o ingerido por el consumidor).

Presumir que ello será así por el mero hecho de eludir los procedimientos administrativos de extracción y evisceración controlada resulta ser una mera sospecha. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

fallo condenatorio, constatada la presencia de toxina ASP en la cantidad de 81,9 microgramos por gramo de AD.

¹² Pues es más que probable que, en esa zona, los niveles de toxicidad puedan ser reducidos a límites asumibles tras la evisceración del molusco.

¹³ SAP Pontevedra 102/2006, de 13 septiembre (FJ 2): “es evidente que las vieiras incautadas superaban *a cuerpo entero* la toxicidad permitida, que los análisis constataron la presencia de toxina neurotóxica ASP en la cantidad de 32,3 microgramos de ácido domoico por gramo y que como se dijo esa cantidad excede de la permitida para el consumo humano, de 20 microgramos por gramo”. SAP Pontevedra 79/2007, de 19 junio (FJ 2): “Acreditado que las vieiras incautadas superaban *a cuerpo entero* la toxicidad permitida, ya que los análisis constataron la presencia de toxina neurotóxica ASP en la cantidad de 49,2 microgramos de ácido domoico por gramo y que como se dice en la sentencia apelada esa cantidad excede de la permitida para el consumo humano, de 20 microgramos por gramo...”.

¹⁴ Un indicio de que efectivamente las capturas ilegales pudieron haberlo sido en períodos de extracción controlada, es que absolutamente en todos casos de la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra los niveles de toxicidad de las vieiras incautadas se encontraban en la franja entre 20 y 250 microgramos de AD por gramos, sin superarla en ninguno de los casos.

II. LA SALUD PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE FRAUDE ALIMENTARIO NOCIVO.

Como es sabido, los esfuerzos doctrinales encaminados a definir la “salud pública” como bien jurídico-penal han dado lugar a posicionamientos dispares que no pretendemos ahora reproducir, sino en lo esencial, para poner de manifiesto nuestra toma de postura y, sobre ella, aportar algunas consideraciones sobre la determinación del bien jurídico protegido en el delito de fraude alimentario nocivo.

Un sector doctrinal (que puede considerarse minoritario) defiende que la salud pública debe identificarse con la salud individual, no siendo posible reconocer en los delitos del Capítulo III del Título XVII, Libro II, del CP un objeto de protección distinto a la salud de las personas como bien jurídico individual¹⁵. A esta interpretación suele objetarse su complicada armonización con los tipos penales que ya directamente se orientan a la protección de bienes jurídicos individuales (particularmente, homicidio y lesiones) y, por otro lado, el desconocimiento o negación de la dimensión supraindividual que cabría predicar de la salud pública como conjunto de condiciones que garantizan y fomentan la salud de todos.

En su lugar, y como opinión más extendida, se sostiene que la salud pública es un bien jurídico supraindividual o colectivo con existencia autónoma. Las formulaciones que se aportan en este sentido apuntan a la preservación del conjunto de condiciones que posibilitan y fomentan la salud, lo cual comporta, sin embargo, el riesgo de derivar en un concepto excesivamente formal del bien jurídico ceñido a los estándares de calidad o seguridad de los productos¹⁶. Así concebido, el bien jurídico resultaría deficitario en su función delimitadora respecto de las meras infracciones administrativas por no incorporar referencias precisas de lesividad, con merma de la garantía limitadora de la intervención penal. La necesidad de esas referencias dimana, por ejemplo, del respeto al principio (orientador y limitador del *ius puniendi*) de ofensividad o de protección exclusivamente de bienes jurídicos, que requiere delitos como mínimo de peligro abstracto, con un mínimo de peligrosidad real de la conducta, siendo insuficiente el ilícito formal –la mera desobediencia a la ley–, lo cual diferencia no sólo cuantitativamente, sino también cualitativamente, el ilícito penal del ilícito administrativo¹⁷.

Es por ello por lo que la mayoría de las construcciones referidas a la salud pública como bien supraindividual autónomo incorporan una conexión interna con el bien jurídico salud individual, de suerte que la fundamentación de la salud pública como bien jurídico supraindividual descansaría en su instrumentalización para la

¹⁵ De esta opinión DOVAL PAIS, A., Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales, 1996, 239 ss., para quien la protección de la salud pública únicamente refiere una concreta estructura típica de protección (frente a la situación de peligro) de la salud individual, si bien, debido a la anticipación de la tutela, el sujeto pasivo de la acción resulta ser plural e indeterminado. Coincide con esta opinión SOTO NAVARRO, S., La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, 2003, 200 ss.

¹⁶ Cfr. más ampliamente, DOVAL PAIS, A., Delitos de fraude alimentario, 1996, 200 ss.

¹⁷ En este sentido, LUZÓN PEÑA, D.M., Posibles reformas de los delitos de circulación, en CANO CAMPOS/CARBONELL MATEU/DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA/LUZÓN PEÑA/MARTÍNEZ ARRIETA, Derecho Penal y Seguridad Vial, 2007, 32.

salvaguardia de la salud individual¹⁸.

Se sostiene que las amenazas que acechan a la salud individual en la sociedad tecnológica actual no pueden ser adecuadamente conjuradas con los tradicionales delitos orientados a la protección de intereses individuales, por lo que se hace necesario el reconocimiento de bienes jurídicos colectivos que garanticen el mantenimiento de la seguridad de las personas frente a supuestos especialmente graves para el desarrollo del individuo en la vida social¹⁹.

En nuestra opinión resulta acertada la denominada teoría monista personalista, que en relación con la fundamentación de bienes jurídicos colectivos, sostiene que sólo puede ser titular de bienes jurídico-penales el individuo (singular o colectivamente considerado), en función del cual se instrumentan los bienes supraindividuales. Los bienes jurídicos universales sólo tienen fundamento en la medida en que se corresponden con los intereses del individuo, asegurando las posibilidades vitales del hombre. Bienes como la salud pública, la ecología o la fe pública se tutelan no en cuanto bienes jurídicos colectivos o supraindividuales sino precisamente en cuanto que tienen como substrato la protección de los individuos²⁰.

La peligrosidad o probabilidad de lesión de los delitos contra la salud pública hay que proyectarla sobre el bien jurídico salud individual, lo cual no quiere decir que se esté protegiendo la salud de determinadas y concretas personas, sino que se protege a toda la sociedad en su conjunto²¹. La afirmación o negación del peligro para la salud pública se basa necesariamente en la potencialidad de lesión de la salud individual, pero no de un "otro" en particular (pues para eso están ya otros tipos penales), sino de un otro plural e indeterminado; de "todos los otros" en conjunto. En el delito de resultado de lesión –el que matare a "otro"–, el empleo de una dosis comprobada como insuficiente a posteriori, porque el sujeto tenía una salud de hierro, da lugar a un delito de homicidio en grado de tentativa (afirmación de la peligrosidad *ex ante*); si se trata de un diferente "otro", con precaria salud y bajas defensas, y la misma dosis por ese motivo le causa la muerte, el delito de homicidio es consumado porque (y siempre que) la peligrosidad *ex ante* resulta confirmada por un resultado objetivamente imputable. Sin embargo, en los delitos de peligro se protege la salud pública, de todos los sujetos de forma indeterminada, donde entrarían por igual todos los sujetos, con independencia de su mayor o menor tolerancia o resistencia al factor de riesgo²².

Ésta es, en nuestra opinión, la forma adecuada de caracterizar a la salud pública como

¹⁸ De esta opinión, PÉREZ ÁLVAREZ, F., La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992, ADPCP, t. XLVI, fasc. III, 1993, 1071; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., El delito farmacológico, 1995, 70.

¹⁹ En este sentido, CORCOY BIDASOLO, M., Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, 1999, 28.

²⁰ Así, expresamente, SANTANA VEGA, D. M^a., La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, 2000, 89 ss.

²¹ ROSO CAÑADILLAS, R., Comentario al art. 359, en: COBO DEL ROSAL, M. (dir.), Comentarios al Código Penal. Segunda época, t. XI, 2008, 42 s.

²² En sentido semejante, refiriéndose a que en el concepto de "nocividad" no se tiene en cuenta la mayor o menor tolerancia de una persona en particular, BARBER BURUSCO, S., Comentario al art. 360, en: COBO DEL ROSAL, M. (dir.), Comentarios al Código Penal. Segunda época, t. XI, 2008, 99.

objeto de protección, aunque – como se ve – de ello no se deriva necesariamente la atribución del carácter autónomo de la salud pública como bien jurídico esencialmente distinto a la salud individual, sino, a lo sumo, una correcta interpretación de la innegable dimensión colectiva de aquélla en comparación con la tutela individual de la salud.

Creemos, por tanto, que no existe inconveniente en seguir sosteniendo la referencia a la salud pública como objeto de protección (en coherencia con la rúbrica legal), en la medida en que ello contribuye a la correcta interpretación de los tipos penales como delitos de peligro que diseñan una tutela anticipada de la salud. Nos parece, por el contrario, menos evidente la necesidad de predicar de la salud pública un contenido propio y autónomo, más allá de su consideración como mera abstracción conceptual – como sostiene RODRÍGUEZ MONTAÑÉS – “para hacer referencia al conjunto de vidas e integridades de los sujetos individuales participantes en el tráfico, que constituyen una colectividad más o menos difusa”²³.

Centrándonos ahora en la concreción del bien jurídico “salud pública” en el ámbito alimentario, cabe señalar que los peligros a los que se ve expuesto el ciudadano en este concreto sector de actividad derivan principalmente del sistema industrializado de producción y distribución de alimentos. En las sociedades en las que el autoabastecimiento del sustento por parte del individuo ha sido sustituido por el sistema de producción masiva de alimentos (con la consiguiente pérdida de control del usuario final sobre los productos que adquiere y consume), es necesario que el consumidor pueda confiar en que tales productos reúnen las condiciones de salubridad adecuadas para prevenir posibles daños²⁴. Se trata por tanto de garantizar a los consumidores que los alimentos dispuestos al consumo público no van a vulnerar su salud, integridad corporal o vida por no ser aptos para el consumo humano²⁵.

Inciendo en esta idea, señala CORCOY BIDASOLO que “en una sociedad rural proteger la calidad de los alimentos carecería de sentido porque se encuentran en su situación natural y todos pueden conocer en qué circunstancias están comprando esos productos”, indicando esta autora que la protección de la seguridad y confianza cobra

²³ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., Delitos de peligro, dolo e imprudencia, 1994, 309.

²⁴ Como señala DÍAZ MADERUELO, R., Alimentos disfrazados. De la metáfora al fraude, Política y Sociedad, 2006, Vol. 43, Núm. 2, 177-198, “saber lo que comemos recibe una especial relevancia en momentos como el actual, en que la mayor parte de los consumidores se encuentran cada vez más alejados de los centros de producción de alimentos (...), por lo cual, difícilmente se puede conocer con exactitud su identidad, su procedencia, sus procesos de manipulación, almacenamiento, conservación, elaboración culinaria, etc.”. El mismo autor explica cómo la producción industrial de alimentos y su forma de enmascarar o disfrazar las materias primas (mediante incorporación de nutrientes, alteración de la estructura genética de algunas especies, empleo de aditivos, etc.) deriva en que al consumidor, a quien resulta prácticamente imposible comprobar su autenticidad por otros medios, sólo le queda el recurso de confiar en los mensajes publicitarios o en el texto de la etiqueta o la marca que acompaña al alimento, siendo éste el elemento legitimador, pocas veces a partir de comprobación empírica, sino más bien por un acto de adhesión o creencia.

²⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, F., La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992, ADPCP, t. XLVI, fasc. III, 1993, 1071. Como señala este autor (*ibidem*) “La moderna mecanización e industrialización alimentaria, ha decidido que se libere al ciudadano, individualmente considerado, de la servidumbre y esclavitud de la consecución y preparación del alimento, sin embargo, se le ha encadenado mucho más sutilmente, por cuanto depende del sistema de producción”.

sentido en sociedades como la actual en la que los alimentos llegan empaquetados y manipulados, sin que el consumidor pueda advertir directamente en qué estado se encuentran²⁶.

Entendemos que ello es coherente con la premisa de reconocimiento de un bien jurídico supraindividual en el delito contra la seguridad alimentaria, motivo por el cual la misma autora niega la existencia del delito cuando el producto nocivo no esté destinado al mercado, sino únicamente al alcance de un número determinado de personas. En estos casos, entiende CORCOY BIDASOLO, que no se ha lesionado la seguridad y confianza de los usuarios en que los productos que están en el mercado no superan el límite del riesgo permitido, y que únicamente se podrá castigar cuando se produjeran lesiones o muerte de alguna de esas personas como delito doloso o imprudente de homicidio o lesiones²⁷.

Coincidiendo en lo fundamental con esta postura, la aplicación del criterio resulta sin embargo espinosa cuando el producto nocivo se distribuye en lo que podríamos denominar un “mercado local” en el que no hay una distribución masiva, sino una puesta a disposición de un reducido número de destinatarios²⁸ que adquieren el producto directamente de quien lo extrae de la naturaleza y sin que la materia prima alimentaria haya pasado por ningún proceso de transformación controlado. Tal es el caso de los supuestos de comercialización de vieiras con biotoxinas marinas por parte de mariscadores furtivos que eluden los procedimientos administrativos de control. En estos casos, el mero hecho de que el adquirente pueda comprobar el producto “en su situación natural” no garantiza que ostente el control sobre el estado (salubre o insalubre) del molusco, porque precisamente en estos casos, el riesgo para la salud derivado de la toxina ASP es imperceptible a simple vista.

Los efectos tóxicos sobre la salud de la biotoxina ASP han sido científicamente estudiados a partir del episodio por ingesta de mejillones contaminados que sucedió en Canadá en 1987 en el que 107 personas resultaron intoxicadas por AD. La sintomatología clínica se manifestó en las primeras 48 horas y consistió principalmente en alteraciones gastrointestinales y neurológicas: vómitos (76%), cólicos abdominales (50%), diarreas (42%), dolor de cabeza (43%), alteraciones de la memoria (incluida amnesia, 25%) y en los casos más severos coma y desenlace fatal. Este síndrome se

²⁶ CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro*, 1999, 194. Igualmente sostiene DÍAZ MADERUELO, R., *Política y Sociedad*, 2006, Vol. 43, Núm. 2, 179, que el desconocimiento de los procesos de transformación de las materias primas alimentarias viene determinado por la producción industrial y la comercialización a gran escala, pero que en una economía campesina tradicional, el propio consumidor conoce la mayor parte de esos procesos de manipulación, porque suele ser él mismo quien los lleva a cabo.

²⁷ CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro*, 1999, 257.

²⁸ CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro*, 1999, 257, repara también en el caso límite de utilización de un alimento nocivo en un banquete, entendiéndose que en este caso “la decisión en uno u otro sentido dependerá de si se realiza el banquete en un establecimiento público, en cuyo caso concurre delito contra la salud de los consumidores, sea cual sea el número de invitados, o se trate de una fiesta privada servida por los mismos que invitan (en caso de ser servida por terceros estaríamos en un supuesto idéntico al anterior), en cuyo caso la decisión dependerá del grado de privacidad, atendiendo siempre a en qué medida realmente se ha lesionado el bien jurídico protegido”.

conoce desde entonces como intoxicación amnésica²⁹ por consumo de mariscos³⁰, aunque como informa la FAO, el único brote confirmado e informado a nivel mundial de ASP con resultado de enfermedades graves es el ocurrido en 1987 en Canadá. Con posterioridad a ese primer brote en Canadá, solamente se observaron enfermedades en seres humanos (benignas y cortas) en un brote causado por el consumo de navajuelas contaminadas de la costa oeste de los Estados Unidos³¹.

Los estudios científicos acreditan efectos de toxicidad aguda (derivados de la ingesta de una dosis única), pero no se han demostrado por el momento efectos de toxicidad crónica (derivados de la exposición a largo plazo)³².

Cabe esperar, por tanto, efectos adversos tras la ingesta de vieiras cuya concentración de AD sea superior a 20 microgramos por gramo y en principio constituiría delito alimentario la puesta en el mercado del producto en tales condiciones, siempre que con ello se ponga en peligro la salud de los consumidores.

No concurre el delito si el destino de las vieiras contaminadas es el autoconsumo por parte de quien las posee, resultando igualmente impune la tenencia para el consumo en familia o para un círculo privado de amistades³³. En estos supuestos falta la puesta en el mercado (puesta a disposición de un número indeterminado de personas) y tampoco puede afirmarse la pérdida de control del riesgo por parte del agente, por lo que la solución de estos casos será la anteriormente apuntada, de castigar, en su caso, por delito de lesiones u homicidio (doloso o imprudente) si se producen resultados lesivos.

Resultan más problemáticos los casos en los que el destino de las vieiras es la venta a terceras personas, aunque la solución de estos supuestos puede variar en función de si el tipo penal del art. 363 CP se interpreta como delito de peligro abstracto o como delito de peligro concreto, a lo que dedicaremos el siguiente apartado.

III. EL DELITO DEL ART. 363 CP Y LA EXIGENCIA DE PELIGRO ABSTRACTO O CONCRETO

Doctrinalmente resulta discutido si el art. 363 CP se configura como un delito de peligro abstracto o como un delito de peligro concreto, y tales discrepancias derivan

²⁹ Aunque hay que señalar que la pérdida de memoria era fundamentalmente de corto plazo, y estaba relacionada con la edad, afectando más directamente a los pacientes mayores de 50 años. Cfr. FAO, Biotoxinas marinas, 2005, 120.

³⁰ Cfr. Informe del Comité Científico de la Agencia española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN) sobre los criterios de seguridad aplicables al contenido de ácido domoico en la vieira (*Pecten maximus*) para su recolección, Revista del Comité Científico de la AESAN, nº 10, 2009, 41-52.

³¹ FAO, Biotoxinas marinas, 2005, 225.

³² FAO, Biotoxinas marinas, 2005, 120.

³³ La SAP Pontevedra 62/2004, de 21 julio, planteándose esta cuestión, rechaza la interpretación propugnada por el Ministerio Fiscal, según la cual, haciendo un paralelismo con el art. 368 CP, lo único que puede considerarse impune es el autoconsumo, pero el destino para "consumo humano" que implique donación (aunque sea con un círculo reducido de amistades) resultaría punible según el art. 363.5 CP, por ser equiparable al "comercio". La Sala, mostrando su desacuerdo con tal interpretación, entiende que ni se ha probado que el acusado ostentase la condición de productor, distribuidor ni comerciante, ni tampoco el destino para consumo humano tiene necesariamente que implicar el comercio que lleva implícita la necesidad de ánimo de lucro.

sobre todo de que la redacción actual del artículo incorpora un requisito de puesta en peligro de la salud de los consumidores, referida en principio a todas las modalidades concretas, las cuales, independientemente consideradas, parecen tipificar (al menos algunas de ellas) delitos de peligro abstracto.

Ello es consecuencia de que el CP 1995, manteniendo las modalidades de conducta que estaban previstas en el art. 346 CP anterior (allí como delitos de peligro abstracto), añade sin embargo en la versión actual la exigencia de que se ponga en peligro la salud de los consumidores.

La jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en todos los pronunciamientos estudiados, mantiene la concepción del art. 363 CP como delito de peligro abstracto, pero recurriendo en muchos casos a la doctrina jurisprudencial del TS surgida en interpretación del antiguo art. 346 CP, lo que constituye (por lo anteriormente dicho) un endeble punto de apoyo.

La doctrina, como apuntábamos, se halla sin embargo dividida. Un sector doctrinal considera que la referencia a la puesta en peligro de la salud de los consumidores no hace sino incorporar un elemento de aptitud lesiva de la conducta, sin exigir un resultado de puesta en peligro concreto. Se trataría, por tanto, según estos autores, de un delito de peligro abstracto-concreto o de peligro hipotético³⁴, que impide interpretar el delito como delito de mera desobediencia o de peligro presunto.

Otro sector doctrinal –en el cual nos incluimos– sostiene que el delito del art. 363 CP exige un resultado de peligro concreto³⁵, estimando algún autor que, si bien la fórmula empleada por el legislador en el art. 363 CP permitiría también acoger la alternativa de peligro abstracto, existen mayores argumentos para sostener que estamos en presencia de un delito de peligro concreto que exige para su consumación un inminente contacto entre el alimento y el consumidor final³⁶.

El empleo de conceptos tales como delitos de desobediencia (que no exigirían peligro, pero que se incluyen en la categoría de peligro abstracto), de peligro hipotético (que requerirían que el peligro fuese posible) o de peligro presunto (que no requerirían un peligro efectivo, pero que cabría presumirlo), a los que se suele recurrir para tratar de diferenciar –sobre la base de la creación, o no, de un efectivo peligro– los delitos de peligro abstracto respecto de los de peligro concreto, introducen a veces más confusión que claridad. Consciente de ello, propone MIR PUIG la siguiente diferenciación, mucho más clarificadora, que reproducimos textualmente: “... mejor

³⁴ De esta opinión, BALLESTEROS MARTÍN, J. M., El delito alimentario, en: VVAA, Protección penal de consumidores y usuarios, Manuales de Formación Continuada, nº 15, CGPJ, 2001, 228; MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial, 17.ª ed., 2009, 597; GRAUER GODOY, A., “El delito alimentario”, Revista de Derecho y Proceso Penal, núm. 21, 2009, 18-19.

³⁵ DOVAL PAIS, A., Delitos de fraude alimentario, 1996, 353 ss.; BOIX REIG-DOVAL PAIS, en: VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), Comentarios al CP de 1995, Vol. II, 1996, 1667; MENDOZA BUERGO, B., en: BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.), Compendio de Derecho Penal. (Parte Especial), Vol. II, 1998, 655; CARMONA SALGADO, C., en: COBO DEL ROSAL, M. (coord.), Derecho Penal español. Parte Especial, 2.ª ed., 2005, 759 ss.

³⁶ En este sentido, GARCÍA ALBERO, R., en: QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal, 8.ª ed., 2009, 1381.

que decir que en los delitos de peligro abstracto no es preciso un efectivo peligro, es formular su distinción respecto de los delitos de peligro concreto en los términos siguientes: el los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la *proximidad* de una *concreta* lesión (así, que la acción haya estado *a punto* de causar una lesión a un bien jurídico determinado), mientras que en los delitos de peligro abstracto no se exige tal *resultado* de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la *conducta*, peligrosidad que se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano. Pero tanto los delitos de peligro concreto como los de peligro abstracto son verdaderos delitos de peligro porque exigen que no se excluya previamente todo peligro³⁷.

Volviendo al problema antes planteado sobre la posibilidad de apreciar un delito de fraude alimentario cuando las vieiras contaminadas se venden a terceras personas, hay que señalar que el elemento de la nocividad real del producto para afectar a la salud es requisito necesario, tanto si el delito se interpreta como de peligro abstracto (con elementos de aptitud o idoneidad), como si se interpreta como de peligro concreto. La constatación de la lesividad de las vieiras no plantea sin embargo problemas en los casos aquí estudiados, puesto que está demostrado que cantidades de AD por encima de 20 microgramos por gramo son suficientes para provocar alteraciones en la salud del ser humano. La puesta en el mercado de vieiras en las condiciones apuntadas puede dar lugar sin duda al delito si éste se concibe como delito de peligro abstracto, pues en este caso, basta que el sujeto sea consciente de los elementos que fundamentan la peligrosidad de la conducta, los cuales no tiene posibilidad de evitar.

Por el contrario, dicha consecuencia es muy discutible si el delito se concibe como delito de peligro concreto. Más aún: en los casos aquí estudiados resulta perfectamente verosímil excluir el resultado de peligro en sí (que no se dará por las medidas precautorias que con seguridad adoptará el consumidor antes de ingerir o servir el producto) o, en todo caso, el desvalor subjetivo del hecho, puesto que actúa con la diligencia debida quien presupone que el molusco será debidamente preparado con carácter previo a su degustación, eliminando las partes blandas del molusco en las que se acumulan las mayores dosis de toxina (y podría decirse, que la ingesta del producto a cuerpo entero es un accidente con el que ningún ciudadano medio podría contar, resultando objetivamente imprevisible).

Ello es así porque, según constatan los estudios científicos, las concentraciones de AD a cuerpo entero que no exceden de 250 microgramos por gramo consiguen reducirse hasta convertir el producto en inocuo cuando son retirados el hepatopáncreas y las restantes partes blandas del animal, de modo que el marisco una vez saneado (tras evisceración) resulta, en condiciones normales, perfectamente apto para el consumo humano. Y no sólo es que ésa – la retirada de partes blandas - sea la forma ordinaria de preparar la vianda (además de ser práctica habitual generalmente conocida, bastaría leer cualquier libro o manual de cocina en el que se dé cuenta de la preparación de vieiras, para observar las indicaciones de limpieza previa del molusco, retirando las partes blandas), sino que cualquier otra interpretación sería tanto como

³⁷ MIR PUIG, S. Derecho Penal. Parte General. 8.ª ed., 2008, 230.

imaginar que quien adquiere en el mercado una lechuga correctamente envuelta en un plástico, va a proceder a ingerir su envoltorio en lugar de retirarlo.

Por lo demás, tampoco parecen existir evidencias de que el eviscerado industrial (llevado a cabo por plantas de eviscerado autorizadas administrativamente) resulte más eficaz que el eviscerado manual, sino que éste último se demuestra en estudios científicos como método efectivo³⁸.

IV. EL TIPO SUBJETIVO: CONSIDERACIONES GENERALES

Con anterioridad al sistema actual de incriminación cerrada o específica (*numerus clausus*) de la imprudencia se discutía si sólo debían castigarse los delitos de peligro dolosos y, en consecuencia, entre ellos, el denominado fraude alimentario. La determinación de la concurrencia de dolo en esos hechos tenía por tanto una gran trascendencia, pues la ausencia del mismo implicaba (o podía implicar) la atipicidad de la conducta. Por el contrario, en el sistema actual, dicha ausencia de dolo puede derivar en responsabilidad por imprudencia cuando ésta es grave (pues la leve es atípica) porque el Código penal vigente la tipifica expresamente: frente a la pena prevista en el art. 363 para el delito doloso (prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de tres a seis años), dispone el art. 367 que se impondrán respectivamente las penas inferiores en grado si los hechos descritos en el citado art. 363 fueran realizados por imprudencia grave.

A pesar de esta previsión legislativa vigente sigue habiendo opiniones discrepantes en la doctrina (no así en la jurisprudencia) acerca de la punibilidad (o de su alcance) de los delitos de peligro imprudentes. Para la jurisprudencia³⁹, el planteamiento de que sobre la base del sistema anterior cabía cuestionarse por parte del juez (en uno u otro sentido) la punibilidad de la comisión imprudente, se sustituye con el sistema actual de tipificación expresa por la consideración de que el juez queda relevado de esta tarea

³⁸ Cfr. LAGO, J., et. al., Disminución del contenido de ácido domoico en vieiras (*Pecten maximus*) mediante un proceso fácilmente aplicable en la industria transformadora, en: GILABERT, J. (ed.), Avances y tendencias en Fitoplancton Tóxico y Biotoxinas. Actas de la IX Reunión Ibérica sobre Fitoplancton Tóxico y Biotoxinas, 2008, 253-257. Los resultados de este estudio demuestran que el eviscerado manual en vieiras frescas lograba reducir una concentración de AD superior a 120 microgramos por gramo a valores próximos a cero. Aunque hay que señalar que, aplicado el mismo método a vieiras tras un mes de congelación, resultaba una concentración de AD superior a 20 microgramos por gramo.

³⁹ A la vista de la jurisprudencia consultada, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, se observa que en la mayoría de los casos se ha optado por la calificación de imprudencia grave. Las argumentaciones acerca de la apreciación de dolo o imprudencia son, sin embargo, muy escasas y absolutamente inexistentes en lo que se refiere a la determinación del grado –grave o leve- de imprudencia. No obstante, siempre se aplica el art. 367. Por otra parte, da la impresión de que en algunos casos, en la jurisprudencia, partiendo de la base de las consecuencias (gravedad de la pena) que se derivarían de una correcta aplicación de las normas, se ajusta o compensa el tipo subjetivo con el *iter criminis* (o viceversa). Por ejemplo, calificado el hecho de doloso se aprecia tentativa en casos prácticamente iguales a los que se consideran consumados cuando la acción se ha calificado de imprudente. O también, calificado el hecho de consumado, se aprecia imprudencia en casos prácticamente iguales a otros en los que se afirma el dolo (e incluso contradiciendo a veces los argumentos en la propia sentencia, que implicarían a todas luces la apreciación de dolo). Las decisiones sobre la parte subjetiva del tipo (concurrencia de dolo o imprudencia) deben ser independientes de las que procedan en relación con la parte objetiva, en atención, en particular, a la exigencia de peligrosidad real *ex ante* de la conducta.

por el legislador. Como consecuencia de ello, no sólo suelen ser muy escasos los argumentos aportados por la jurisprudencia sobre la concurrencia de los elementos del tipo subjetivo, sino también, y consecuentemente, muy numerosas las conclusiones de que la ausencia de dolo deriva de forma prácticamente automática en la calificación por imprudencia grave, sin cuestionarse en absoluto, por otra parte, la posibilidad de concurrencia de imprudencia leve o de cualquier otra consideración políticocriminal (por ejemplo, el menor desvalor subjetivo de la imprudencia –respecto del dolo- unido a un también menor desvalor objetivo, la tentativa de lesión, frente a la consumación) que pudiera o debiera conducir a la impunidad por falta de necesidad o merecimiento de pena aunque conceptualmente cupiese la imprudencia. Por el contrario, la doctrina que se ha pronunciado sobre estas cuestiones suele considerar que no deben incriminarse todos los casos de delitos de peligro imprudentes, sino únicamente los que se sitúan en el eslabón final del proceso (puesta a disposición de los consumidores del producto nocivo), dando lugar a un peligro concreto para la salud⁴⁰. Sea como fuere, de *lege lata* están incriminados los hechos dolosos e imprudentes graves, sean de peligro abstracto o concreto, por lo que se hace necesaria su delimitación.

Como observa Roxin⁴¹, aunque el número de los delitos de peligro aumenta constantemente en la legislación moderna, su investigación sigue estando en sus inicios. Ello se debe, entre otras cosas (aparte de, por ejemplo, la ausencia de perceptibilidad sensorial en la consumación de los delitos de peligro frente a los de lesión, lo cual, por otra parte, no debe plantear mayores dificultades que las que surgen en los delitos consumados de resultado ideal o de tentativa en los de resultado material) a que las categorías de la teoría general del delito se concibieron y desarrollaron fundamentalmente en relación con los delitos de lesión, y no directamente con los de peligro, en los cuales se presentan sin embargo difíciles y peculiares problemas, referidos, entre otros, al ámbito de la imputación, el *iter criminis*, la participación, así como a la parte subjetiva del tipo, sobre la determinación de la concurrencia de dolo o imprudencia (a la que nos referimos a continuación) y sus consecuentes relaciones concursales con el delito de lesión en caso de producirse el resultado lesivo.

V. EL DOLO Y LA IMPRUDENCIA EN LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO.

1. El dolo.

Se denominan delitos de peligro abstracto aquellos cuya tipificación se basa en la concurrencia de una conducta que se considera peligrosa como tal, sin necesidad de que en el caso concreto produzca un resultado de puesta en peligro. En consecuencia, dicha evitación de concretos peligros y posibles resultados de lesión no constituyen elementos del tipo, sino que son únicamente el motivo del legislador para crear los mencionados tipos de peligro abstracto.

⁴⁰ GARCÍA ALBERO, R., en: QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), Comentarios PE, 8.ª ed., 2009, 1402.

⁴¹ ROXIN, C., Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito (Trad. de la 2.ª ed. alemana por LUZÓN PEÑA, D.M. / DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. / DE VICENTE REMESAL, J.), 1997, 403.

En este ámbito de la salud pública estarían comprendidos aquellos casos en los que concurren conductas que el legislador considera que entrañan inexorablemente factores de riesgo para la salud de los consumidores, siendo ello suficiente para su tipificación con independencia de que lleguen o no, en el caso concreto, a producir un peligro real –de lesión inmediata o próxima⁴²- para el objeto protegido por el tipo correspondiente.

Surgen así, fundamentalmente, dos modalidades de delitos de peligro abstracto. Por una parte, los que incorporan elementos normativos de aptitud, es decir, exigiendo la nocividad o lesividad general del producto (por ejemplo, en el art. 359, la elaboración, despacho, suministro o comercio de sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos) y, por otra, aquellos que ni siquiera exigen dichos elementos, en los cuales, a modo de “conductas tabú”, es el propio legislador quien ha considerado que la realización de una determinada acción lleva implícita la aptitud lesiva general (por ejemplo, en art. 364.2.4^a, despachar al consumo público las carnes o productos de los animales de abasto sin respetar los periodos de espera en su caso reglamentariamente previstos).

Pues bien, en los delitos de peligro abstracto que ni siquiera incluyen elementos normativos de aptitud (es decir, aquellos en los que el legislador no hace una selección entre elementos nocivos y no nocivos, pues parte de la base “*iuris et de iure*” de la potencial nocividad general de la acción en sí misma), para la afirmación del dolo basta con el conocimiento de los elementos objetivos de la conducta que el legislador ha considerado adecuada o idónea para generar el peligro⁴³. No es preciso que el sujeto conozca o se represente la peligrosidad que dicha conducta entraña ni que actúe con la voluntad de que se genere el riesgo. Eso ya lo ha hecho el legislador por él al crear esta modalidad de tipos. (En el ejemplo anterior, del art. 364.2.4.^a, basta para la afirmación del dolo con que el sujeto sepa que despacha al consumo público las carnes o productos de los animales de abasto sin respetar los periodos de espera en su caso reglamentariamente previstos).

De ello se deriva, por otra parte -como veremos posteriormente-, la exclusión de la posibilidad de comisión de estos hechos (a saber, de los delitos de peligro abstracto, en las dos modalidades referidas, a diferencia de en los delitos de peligro concreto⁴⁴) por imprudencia consciente⁴⁵.

En lo que refiere al caso que nos ocupa, de comercialización de vieiras contaminadas, la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra mantiene en todos los pronunciamientos estudiados, como hemos señalado, la concepción del art. 363 CP

⁴² LUZÓN PEÑA, D. M., Curso de Derecho Penal. Parte General I, 1996, 314.

⁴³ En este sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., Delitos de peligro, en: LUZÓN PEÑA, D. M. (dir.), Enciclopedia Penal Básica, 2002, 497; GARCÍA ALBERO, R., en: QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), Comentarios PE, 8.^a ed., 2009, 1401;

⁴⁴ Considerando, por el contrario, esta imposibilidad para todos los casos de delitos de peligro, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., en: LUZÓN PEÑA (dir.), EPB, 2002, 497: “... en los delitos de peligro... la actuación pese al conocimiento del riesgo es expresión de la decisión del autor a favor de la puesta en peligro, al no haber posibilidad de confianza fundada en su exclusión”.

⁴⁵ LUZÓN PEÑA, D. M., DP. PG I, 1996, 432, 515.

como delito de peligro abstracto. Aunque no se manifiesta expresamente sobre cuál de las dos modalidades planteadas concurre, puede desprenderse de sus fundamentos jurídicos que se trata en la mayoría de los casos de delitos de peligro abstracto con elementos de aptitud.

Con independencia por ahora de que esta consideración sea correcta, sí lo sería, por el contrario, la exclusión de los delitos de peligro abstracto que ni siquiera incorporan dichos elementos. Y ello porque (además de por los argumentos relativos a las modalidades del art. 363 que recogen expresa o implícitamente la nocividad), de acuerdo con la doctrina, todos los supuestos incluidos en el art. 363 CP son -en virtud de la inclusión global de la referencia a la puesta en peligro de la salud de los consumidores- o bien delitos de peligro concreto, o bien de peligro abstracto con elementos de aptitud porque dicha referencia no hace sino incorporar un elemento de aptitud lesiva de la conducta, sin exigir un resultado de puesta en peligro concreto y al mismo tiempo excluyendo su consideración como delito de mera desobediencia.

Las consecuencias derivadas de la inclusión de esa referencia o exigencia global o genérica aclaran las dudas que pudieran surgir precisamente respecto de los supuestos del art. 363 en los que no se menciona, directa o indirectamente, la nocividad y, en consecuencia, a explicar los requisitos exigidos para la concurrencia del dolo en ellos. Nos referimos sobre todo a la modalidad de “ocultando o sustrayendo efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos”, en la cual incluye la mencionada jurisprudencia varios de los supuestos sobre los que se ha pronunciado⁴⁶. (Si dicha modalidad -por ejemplo, con anterioridad a la inclusión de la mencionada referencia genérica- se considerase un delito de peligro abstracto de los de esta clase -sin elementos de aptitud- bastaría, para la afirmación del dolo, con que el sujeto conociese o fuese consciente de que lo que oculta para comerciar está destinado a ser inutilizado o desinfectado⁴⁷; sin requerirse, además, el conocimiento de la nocividad o la conciencia de los factores de riesgo. Si, por el contrario, sobre la base de la regulación actual, se considera que estamos ante delitos de peligro abstracto con elementos de aptitud o ante delitos de peligro concreto, no sería suficiente con aquel conocimiento).

En los delitos del peligro abstracto que incorporan elementos normativos de aptitud lesiva (que, sobre la base de lo dicho, serían todas las modalidades del art. 363, excepto para quienes las consideran delitos de peligro concreto), el dolo ha de referirse -siquiera eventualmente⁴⁸ -a los elementos de valoración de la potencialidad lesiva de la conducta. Para la afirmación del dolo es condición *necesaria* que el autor

⁴⁶ La inclusión de supuestos en una u otra modalidad del art. 363 -respecto de lo cual no se encuentra un criterio claro en la forma de proceder de dicha jurisprudencia- no es cuestión baladí, pues de ello pueden derivarse consecuencias importantes en, por ejemplo, la determinación del *iter criminis* o del grado de participación. Por otra parte, en ningún caso la citada jurisprudencia apreció la modalidad de “ofreciendo en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición”, respecto de la cual podrían hacerse semejantes observaciones a las contempladas en el texto.

⁴⁷ Sumamente ilustrativo sobre los problemas que pueden plantearse en la interpretación de este elemento típico, LUZÓN PEÑA, D. M., Ocultación o sustracción de efectos destinados a la inutilización o desinfección. Comentario a la STS (Sala 2.ª) de 12 de abril de 1989, La Ley, 1989 (3), 327-337.

⁴⁸ GARCÍA ALBERO, R., en: QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), Comentarios PE, 8.ª ed., 2009, 1401.

sea consciente (elemento intelectual del dolo) de la aptitud o idoneidad lesiva de su actuación en los términos establecidos en la ley, pero, como veremos después, es también condición *suficiente*, pues la actuación con consciencia de los elementos que fundamentan la peligrosidad de la conducta no es compatible con la confianza en la evitación del peligro (abstracto), implicando necesariamente la asunción del riesgo (elemento volitivo). No es preciso, por el contrario, que el sujeto conozca y quiera, además, la materialización de su conducta en un peligro (lo cual sí es exigible para el dolo en los delitos de peligro concreto): basta con que sea consciente de los factores de riesgo incorporados a la acción típica⁴⁹, de la nocividad del producto en el momento de realizar la acción (por ejemplo, la venta de comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud)⁵⁰.

En este tipo de delitos, al igual que en los de lesión, el dolo puede ser de primer grado, de segundo grado o eventual, si bien consideramos que en la mayoría de los supuestos de comercialización de vieiras en los que concurre dolo se trataría normalmente de dolo eventual. Es prácticamente inimaginable que el sujeto conozca el grado exacto de toxicidad de las vieiras, e incluso que superen el límite mínimo permitido, pero en general sí concurre el conocimiento de esa eventualidad: aun contando con esa probabilidad, objetivamente fundada, la acepta y pone el producto en el mercado

Por otra parte, no cabe duda, ciertamente, de que existirá dolo directo de primer grado respecto del peligro –tanto abstracto como concreto– en todos los casos (posiblemente raros) en que, además, existe dolo –directo o eventual– respecto de la lesión (pues el dolo de lesionar implica necesariamente el de poner en peligro), pero puede existir puro dolo de peligro sin dolo –ni siquiera eventual– de lesionar. Así –en lo que se refiere a los delitos de peligro abstracto–, en todos aquellos casos en los que el autor sea consciente de la peligrosidad de su conducta, sin poder confiar ya, de forma mínimamente fundada o razonable, en la evitación de la peligrosidad (o del peligro mismo, en los delitos de peligro concreto), pero no acepte la eventual producción de la lesión, sino que confíe con un mínimo fundamento en poder controlar el peligro y en evitar finalmente la lesión⁵¹.

2. La imprudencia.

Como hemos indicado, en los delitos de peligro abstracto la concurrencia del elemento cognoscitivo implica necesaria y simultáneamente la del elemento volitivo. Y esto rige para las dos modalidades a las que hemos hecho referencia, si bien con algunas diferencias, como veremos. En términos generales, en los delitos de peligro abstracto, “la imprudencia radica en la realización de la acción típica peligrosa sin consciencia de su aptitud lesiva (en los delitos de aptitud) o de los elementos típicos que la fundamentan, existiendo posibilidad y deber objetivo de conocimiento. La imprudencia es, por tanto, siempre inconsciente respecto de la acción típica, confiando

⁴⁹ En este sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., en: LUZÓN PEÑA (dir.), EPB, 2002, 497.

⁵⁰ GARCÍA ALBERO, R., en: QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), Comentarios PE, 8.ª ed., 2009, 1401.

⁵¹ LUZÓN PEÑA, D. M., DP. PG I, 1996, 431-432.

erróneamente en haber adoptado las medidas de aseguramiento necesarias para evitar la peligrosidad de la acción”⁵².

En los delitos de peligro abstracto con elementos de aptitud, (es decir, en todos los casos del art. 363, salvo si, como entendemos nosotros, se consideran delitos de peligro concreto), el conocimiento de los factores de riesgo implican la auténtica consciencia del peligro y, necesariamente, su aceptación si, pese a todo, se decide actuar. De ello se deriva la imposibilidad de supuestos de imprudencia consciente en los delitos de peligro abstracto, en los que, a diferencia de en los delitos de peligro concreto, se produce una identidad entre el dolo de peligro y la imprudencia consciente de lesión⁵³: cuando el autor es consciente de la posibilidad de la lesión que implica su actuación y, pese a ello, actúa, no ha lugar a que *ex post* pueda afirmar que no consentía en cuanto a la creación del peligro⁵⁴.

Siendo esto así, sólo podrá aplicarse el art. 367 en los casos de imprudencia inconsciente (grave), aplicándose, por el contrario, el art. 363 a los de consciencia – y por tanto, aceptación- de la peligrosidad.

En los delitos de peligro abstracto que no incluyen elementos normativos de aptitud, la comisión imprudente no puede fundamentarse en la infracción del deber objetivo de cuidado referido a la peligrosidad de la conducta (pues el conocimiento de ésta no se requiere en tales delitos)⁵⁵, sino únicamente referido al conocimiento de los elementos objetivos que la fundamentan. En el ejemplo citado del art. 364.2.4ª (“despachar al consumo público las carnes o productos de los animales de abasto sin respetar los periodos de espera en su caso reglamentariamente previstos”) la comisión imprudente puede venir determinada porque el sujeto, infringiendo el deber objetivo de cuidado, incumple la obligación de respetar los periodos exigidos; por ejemplo, por no conocer los periodos de espera o por equivocarse en el cálculo de los mismos; no, sin embargo, por no conocer la peligrosidad de su acción.

Si, como acabamos de señalar, basta para el dolo con el conocimiento de los elementos que fundamentan la conducta típica, la comisión imprudente debe ser necesariamente por imprudencia inconsciente, pues la imprudencia consciente implica también el conocimiento de dichos elementos requeridos. En el mismo ejemplo, si el sujeto es consciente de que, pudiendo hacerlo, no se entera de los diferentes periodos de espera según el tipo de animales, o conscientemente no comprueba sus anotaciones para cumplir con dichos periodos, en tales casos sabe y consiente en que, al menos eventualmente, puede no estar respetando los periodos de espera requeridos. Realizaría el delito con dolo eventual. Por el contrario es posible la comisión imprudente (por imprudencia inconsciente) cuando realiza los elementos del tipo por no haber creído erróneamente, por ejemplo, que los periodos de espera eran

⁵² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., en: LUZÓN PEÑA (dir.), EPB, 2002, 497.

⁵³ En este sentido, considerando discutible que dicha identidad se produzca también en los delitos de peligro concreto, LUZÓN PEÑA, D. M., DP. PG I, 1996, 432 y 515.

⁵⁴ En este sentido, pero afirmando la identidad de dolo de peligro y de imprudencia consciente también para los delitos de peligro concreto, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., en: LUZÓN PEÑA (dir.), EPB, 2002, 496 ss.

⁵⁵ GARCÍA ALBERO, R., en: QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), Comentarios PE, 8.ª ed., 2009, 1401.

los mismos para todos los tipos de animales o por haberse equivocado, él mismo o quien recibió la mercancía, en las anotaciones sobre el cómputo de dichos periodos.

3. Análisis de los casos de la jurisprudencia.

Prácticamente en todas las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Pontevedra se manifiesta expresamente que el delito del art. 363 es de peligro abstracto, e incluso en algún caso parece admitirse que se trata de delitos de mera desobediencia, sin necesidad de elementos normativos de aptitud

“... cuando existe una prohibición formal de esta naturaleza, basada en el principio de precaución, la realización del tipo no depende de un peligro concreto ... La materia regulada por estos delitos ... requiere no sólo la prohibición de peligros totalmente demostrados, sino inclusive la de aquellos peligros razonablemente sospechados por la Administración”⁵⁶.

Sobre esta base se argumentan por la jurisprudencia los requisitos exigidos para la concurrencia de dolo, que, lejos de ser coincidentes (lo cual sería lo más normal si se tratase realmente de delitos de peligro abstracto), son claramente discrepantes debido a que aplican los criterios propios de los delitos de peligro concreto a esos pretendidos delitos de peligro abstracto. Consecuencia de ello es que, en algunos casos se dice ser suficiente el mero conocimiento, aun eventual, de la prohibición de la venta –incluso especificándose a veces que no es preciso un conocimiento exacto y puntual del grado de toxicidad-, argumentándose en otros, por el contrario, que el dolo requiere dicho conocimiento del grado de toxicidad, y con ello la plena consciencia del peligro para la salud de los consumidores.

Concretamente, aprecia dolo basándose en el argumento de que “basta con que el sujeto conozca la prohibición de la venta, por los peligros para la salud” en los siguientes casos:

(Caso 1): La SAP Pontevedra 79/2007, de 19 junio (un marinero que iba a bordo de una embarcación se da a la fuga tras advertir la presencia de la policía, encontrándose en dicha embarcación 117 vieiras destinadas a la comercialización, con una presencia de toxina de 49,2 micrgr./gr.) considera que basta con que pueda inferirse que el sujeto (por su profesión de marinero) conocía la prohibición y que estaban afectadas por la toxina, aunque no se trate de un conocimiento exacto y puntual⁵⁷.

(Caso 2): En el mismo sentido se pronuncia la SAP Pontevedra 18/2006, de 16 febrero (caso en que un sujeto se dirige con su furgoneta a la cetárea y cuando se disponía a acceder al interior de ésta emprende la huida al ver a la policía, hallándose en el interior del vehículo 3 capachos con 244 vieiras que el sujeto iba a vender en la cetárea sin haber pasado los controles de evisceración reglamentariamente establecidos), en la cual se parte asimismo de la concurrencia de dolo porque “el acusado conocía la prohibición de la venta libre de vieira por los peligros que la sustancia tóxica

⁵⁶ SAP Pontevedra 93/2005, de 17 junio.

⁵⁷ SAP Pontevedra 18/2006, de 16 febrero: “...b) que las mencionadas vieiras, que son especies vedadas y con cierre cautelar, no habían pasado el control de evisceración por los centros correspondientes y obviamente carecían de documentación c) que el acusado marinero de profesión conocía que estaba prohibida la venta sin el control referido y puede inferirse que conocía que estaban afectadas por la toxina ASP habida cuenta las circunstancias antes referidas, pues no es preciso que tenga un conocimiento exacto y puntual propio de la analítica...”.

detectada podía ocasionar a la salud, pese a lo cual procedió a su captura con fin de su venta para el consumo”, pero utilizando además este mismo argumento para calificar el hecho de consumado⁵⁸.

(Caso 3): La SAP Pontevedra 102/2006, de 13 septiembre (tres mariscadores se dirigen en planeadora a la zona de las bateas, sumergiéndose durante más de una hora, y después dejan en una batea 2 salabardos con 179 vieiras que son interceptadas por el Servicio de Protección de Recursos) confirma la sentencia del Juzgado por imprudencia grave, pero sólo en virtud del veto que supone el principio acusatorio. “...Es claro que los acusados conocían la prohibición de la venta libre de vieira por los peligros que la sustancia tóxica detectada puede ocasionar a la salud, pese a lo cual procedieron a su captura con fin de su venta para el consumo estando además en veda la zona donde procedieron a su extracción ... la conducta de los acusados resulta indiciariamente dolosa pero el Ministerio Fiscal aunque en su escrito de impugnación del recurso, protesta por la aplicación del tipo imprudente que efectuó la juzgadora, al no haber por su parte apelado la sentencia, limitándose a solicitar su confirmación, el principio acusatorio veta la revisión de la calificación aunque se mantengan los mismos hechos, al ser más gravosa ...”

Pues bien, si como entiende esta jurisprudencia todos los supuestos del art. 363 constituyen delitos de peligro abstracto, sería correcta la apreciación de dolo en todos los casos anteriores, pues (y porque) basta con que el autor sea consciente de los elementos que fundamentan la peligrosidad de su conducta, de la nocividad de las vieiras en el momento de realizar la acción (factor éste que, por otra parte, de concurrir realmente –lo cual se ha verificado científicamente en todos los casos- el autor no puede evitar⁵⁹). Y esto puede afirmarse en todos ellos porque es objetivamente razonable que el sujeto conozca, cuando menos, la eventualidad de la concurrencia del factor del riesgo (y realmente en estos casos suele haber un conocimiento pleno de la prohibición de la venta en esas condiciones).

Pero la jurisprudencia excluye el dolo, por exigir el conocimiento del grado de toxicidad, en estos otros casos, en los que aprecia imprudencia:

(Caso 4): La SAP Pontevedra 46/2004, de 30 junio (dos vendedoras de pescado en el mercado transportaban en un vehículo 284 vieiras, que habían adquirido de un tercero, destinadas en parte al consumo y en parte a la venta a algún restaurante) considera que el dolo (incluso el eventual)⁶⁰ requiere el conocimiento del grado de toxicidad ... la plena conciencia del peligro para la salud de los consumidores; “... no existe dolo si no se ha probado que la acusadas eran conscientes del estado de las

⁵⁸ SAP Pontevedra 79/2007, de 19 junio: “...Acreditado que las vieiras incautadas superaban a cuerpo entero la toxicidad permitida, ya que los análisis constataron la presencia toxina neurotóxica ASP en la cantidad de 49,2 microgramos de ácido domoico por gramo y que como se dice en la Sentencia apelada esa cantidad excede de la permitida para el consumo humano, de 20 microgramos por gramo y que el acusado conocía la prohibición de la venta libre de vieira por los peligros que la sustancia tóxica detectada podía ocasionar a la salud, pese a lo cual procedió a su captura con fin de su venta para el consumo, debe entenderse consumado el delito por el que resulta condenado el ahora recurrente, ya que este delito se perfecciona y consume con la simple posesión del producto en tales condiciones con propósito y ánimo de venta a terceras personas (STS 18-12-1981, 22/5/92), no existiendo infracción del principio acusatorio, toda vez que la sentencia no se aparta de los hechos que se reconocen en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal”.

⁵⁹ En el hipotético caso de que las vieiras no alcanzasen la toxicidad requerida, el hecho sería atípico: no sólo si concurriese imprudencia (inconsciente, pues la consciente constituiría dolo), sino también si concurriese dolo, lo cual daría lugar a una tentativa imposible que, por referirse a un delito de peligro, debe quedar impune.

⁶⁰ Esta SAP Pontevedra 46/2004, de 30 junio, descarta el dolo eventual –el cual no se plantea- aun reconociendo que lo que falta es la “plena” conciencia del peligro para los consumidores, lo cual puede entenderse en el sentido de que admite que podían sospechar esa posibilidad, e incluso aceptándola, pero califica el hecho de imprudente (frente a la absolución de Primera Instancia).

vieiras e incluso puede aceptarse que creían que eran aptas para el consumo ... por eso se penará el delito en forma imprudente...”⁶¹.

(Caso 5): La SAP Pontevedra 30/2008, de 8 febrero (los procesados H. y J. descargan de una planeadora 167 kilos de vieiras, introduciéndolas, junto con C., en una furgoneta con la finalidad de distribuir las a terceras personas para consumo), si bien no resuelve el problema de fondo sobre la concurrencia de dolo eventual –planteada por el Ministerio Fiscal- por considerar que en ese recurso se plantea un supuesto de hecho que no resulta de la sentencia de instancia, afirma expresamente, por el contrario, al hilo de la calificación por imprudencia grave en dicha sentencia de instancia (con el argumento de que “dado que no se habían analizado las piezas no se puede considerar probado que el acusado fuera consciente del estado de aquéllas, pudiendo aceptarse que creyera que eran aptas para el consumo”), que “el dolo se configura como el conocimiento por parte del sujeto activo de la idoneidad de la conducta para afectar a la salud o como conocimiento de la nocividad del producto”⁶².

⁶¹ SAP Pontevedra 46/2004, de 30 junio: “El único elemento dudoso es el dolo, porque al no haberse efectuado los preceptivos análisis no se podía conocer su grado de toxicidad. No se puede considerar probado que las acusadas fueran conscientes de su estado, e incluso puede aceptarse su creencia de que fueran aptas para el consumo. Tampoco esta duda excluye la obligatoriedad de los controles con sus correspondientes repercusiones administrativas, pero sí permite la aplicación del art. 367 C.P. que prevé la realización de esos delitos por imprudencia grave. No es éste un delito estrictamente doloso, por lo que al concurrir todos sus elementos objetivos y no apreciarse en cambio la plena conciencia del peligro para la salud de los consumidores, se penará el delito en su forma de imprudencia, con las correspondientes penas inferiores en grado”.

⁶² SAP Pontevedra 30/2008, de 8 febrero: “...Indiscutidos los hechos declarados probados de la sentencia impugnada debe partirse necesariamente de los mismos a fin de resolver el recurso planteado que se centra en la indebida aplicación al supuesto de autos del art. 367 del C.P en relación con el Art. 363.3 C.P. En el caso de autos la sentencia recurrida describe como hechos probados que los acusados procedieron a introducir los salabardos (con 167 Kg. de vieiras) "en una furgoneta con la finalidad de distribuir las a terceras personas para consumo" y que "sometida una muestra de las vieiras intervenidas a análisis se constató la presencia de la toxina neurotóxica ASP en la cantidad de 213 microgramos de ácido domoico por gramo cantidad dañina para la salud al exceder notoriamente de la permitida para el consumo humano ..." concluyendo en el párrafo último de su fundamento jurídico primero que " aun considerando que el acusado conocía la imposibilidad de extraer la vieira, como se extrae de la declaración del primero de los peritos que refiere la existencia de un sistema de control por el que se puede conocer en cada zona cómo está la vieira" dado " que no se habían analizado las piezas no se puede considerar probado que el acusado fuera consciente del estado de aquellas, pudiendo aceptarse que creyera que eran aptas para el consumo", por lo que opta por la aplicación al supuesto del Art.367 del C.P . relativo a la comisión por imprudencia grave en relación al Art. 363.3 del C.P que castiga al productor, distribuidor o comerciante que ponga en peligro la salud de los consumidores traficando con géneros corrompidos, y en el que [observa la Audiencia Provincial de Pontevedra] el dolo se configura como el conocimiento por parte del sujeto activo de la idoneidad de la conducta para afectar a la salud o como conocimiento de la nocividad del producto; ... por tanto, en este sentido, la aplicación al supuesto de autos del Art. 367 C.P resulta adecuada pues tras la valoración de la prueba practicada que no ha sido cuestionada, la Juzgadora concluye la falta de acreditación del conocimiento de esa nocividad. [Y concluye la Audiencia Provincial, rechazando la apreciación de dolo eventual:] Expuesto lo anterior, y limitado el análisis del elemento subjetivo a los extremos del recurso planteado por el Ministerio Fiscal que parte de que la evisceración manual de las piezas antes de su comercialización, al no garantizar un límite de toxicidad por debajo del legal, supone un riesgo aceptado por los acusados que cometerían el delito por dolo eventual, el recurso debe ser desestimado pues en el mismo se plantea un supuesto de hecho que no resulta de la sentencia de instancia pues no señala que la condena de los acusados por imprudencia grave se fundamente en la posible evisceración manual que llevarían a cabo posteriormente antes de la comercialización de las piezas, hipótesis en la que cabría

Sobre la base de los argumentos que anteriormente hemos expuesto, consideramos que en estos casos, si los hechos tipificados en el art. 363 fueran realmente de peligro abstracto, también habría que afirmar en todos ellos la concurrencia de dolo, cuando menos eventual. La exclusión del mismo por parte de la jurisprudencia se debe a que los tratan como si fueran (y en realidad lo son) delitos de peligro concreto. En ninguno de los casos anteriores es objetivamente descartable la aceptación de la eventualidad de la aptitud lesiva del objeto, a pesar de la cual el sujeto se decide a actuar en todos ellos; la exigencia del conocimiento exacto del grado de toxicidad eliminaría, quizás, el dolo directo de primer grado, pero no el eventual.

En ello coincidimos con lo que manifiesta el Ministerio Fiscal en el recurso recogido en la citada SAP Pontevedra 30/2008, de 8 febrero⁶³: “la conducta de los acusados es dolosa, por dolo eventual, y no gravemente imprudente como sostiene la juzgadora a quo, ya que en relación al elemento subjetivo del tipo, el mero hecho de que los acusados no conocieran el grado de toxicidad de las vieiras, pues lógicamente no las habían analizado, no implica que su conducta sea gravemente imprudente como

valorar la adecuada aplicación del tipo imprudente o doloso por dolo eventual como apunta el Ministerio Fiscal; pero aun entendiendo que la venta en las condiciones señaladas en la sentencia de instancia se realiza con infracción de las normas sanitarias relativas a la evisceración controlada, esta cuestión no ha sido valorada ni tampoco el posible conocimiento de la misma por parte de los acusados ni sus consecuencias en el ámbito de la imputación subjetiva, sin que proceda realizar interpretaciones extensivas en su perjuicio, siendo así que supondría una nueva valoración de la prueba practicada y la modificación de hechos probados que no han sido cuestionados y que no es posible realizar en esta segunda instancia.”

⁶³ SAP Pontevedra 30/2008, de 8 febrero: “Frente a la sentencia dictada por la Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal nº 2 de Pontevedra en la que condena a Catalina, Héctor y Jose Ignacio como autores de un delito contra la salud pública por imprudencia grave de los art. 363.3 y 367 del C.P absolviéndolos de los delitos de los art. 363.2 y 363.5 del C.P, el Ministerio Fiscal interpone Recurso de Apelación por aplicación indebida del art. 367 del C.P interesando la revocación de la misma y en su lugar se dicte otra condenando a los penados como autores de un delito del art. 363.2 y 363.3 del C.P por dolo eventual a la pena para cada uno de ellos de un año de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 6 meses a razón de 6 euros diarios y ello en base a que entiende que la conducta de los acusados es dolosa, por dolo eventual, y no gravemente imprudente como sostiene la juzgadora a quo, ya que en relación al elemento subjetivo del tipo, el mero hecho de que los acusados no conocieran el grado de toxicidad de las vieiras, pues lógicamente no las habían analizado, no implica que su conducta sea gravemente imprudente como considera la sentencia apelada sino que entra en juego la figura del dolo eventual y ello porque en Galicia es notoriamente conocido que el tráfico de este molusco se encuentra sometido a control reglado por la Administración desde hace ya 15 años de manera que al ser público y notorio que las vieiras deben ser necesariamente tratadas para su evisceración por las entidades reglamentariamente autorizadas a este fin, no puede compartirse que la evisceración artesanal constituya meramente la infracción grave de una norma objetiva de cuidado sino que el sujeto actúa con temerario desprecio al grado de toxicidad que ésta pueda presentar tras la evisceración, lo que no le aparta de su propósito de ponerlas en el mercado. Concluye el escrito de recurso afirmando que existe dolo eventual porque en estos casos los sujetos nunca hacen ellos mismos los análisis del grado de toxicidad por carecer de medios técnicos para ello y asumen el riesgo de que queden restos de toxina en la vieira. Por las defensas de los acusados se impugna el recurso interesando la confirmación de la resolución recurrida”.

considera la sentencia apelada sino que entra en juego la figura del dolo eventual y ello porque en Galicia es notoriamente conocido que el tráfico de este molusco se encuentra sometido a control reglado por la Administración desde hace ya 15 años de manera que al ser público y notorio que las vieiras deben ser necesariamente tratadas para su evisceración por las entidades reglamentariamente autorizadas a este fin, no puede compartirse que la evisceración artesanal constituya meramente la infracción grave de una norma objetiva de cuidado sino que el sujeto actúa con temerario desprecio al grado de toxicidad que ésta pueda presentar tras la evisceración, lo que no le aparta de su propósito de ponerlas en el mercado". Discrepamos, no obstante, de que dichos argumentos sean suficientes para fundamentar el dolo eventual si consideramos este delito como delito de peligro concreto, lo cual trataremos en posteriormente.

La apreciación de imprudencia (consciente) en estos casos por parte de la jurisprudencia se debe a que –aun considerando estos delitos de peligro abstracto– refieren la posibilidad de producción de la parte objetiva del hecho típico al peligro concreto, con la consecuencia de que dicha representación no integra –como debería ser– el dolo. Si el sujeto tiene conciencia o se representa la probabilidad de aptitud lesiva del objeto, su decisión de actuar no podrá evitar el resultado de peligro abstracto porque no cabe confiar con un mínimo fundamento en dicha evitación. Sólo tendría cabida aquí la imprudencia inconsciente en virtud de error: el sujeto no se representa la probabilidad de producción de la parte objetiva del hecho típico, siendo ésta (en tales supuestos) dicha idoneidad o aptitud lesiva del objeto, que daría lugar a imprudencia si el error fuera vencible, resultando impune en caso de error invencible. Pero, ciertamente, esto es difícilmente imaginable en estos casos de comercialización de vieiras sobre la base de su dinámica comisiva.

VI. EL DOLO Y LA IMPRUDENCIA EN LOS DELITOS DE PELIGRO CONCRETO

1. El dolo

Se denominan delitos de peligro concreto aquellos que requieren que en el caso concreto se produzca un resultado de peligro real, constatable y verificable, para un objeto protegido por el tipo respectivo⁶⁴. Para ello es preciso que la acción generadora del riesgo, por el acercamiento del curso de la puesta en peligro al objeto de la acción, haya creado el peligro inmediato o próximo⁶⁵ de lesión del bien jurídico, lo cual implica, en el ámbito al que nos referimos, la puesta a disposición del producto peligroso al consumidor⁶⁶.

La discutida cuestión acerca de cómo debe verificarse la concurrencia o ausencia de ese resultado de peligro concreto ha de basarse, en nuestra opinión, en la denominada teoría normativa del resultado de peligro, defendida por un relevante sector de la

⁶⁴ ROXIN, C., DP. PG, 1997, 404.

⁶⁵ LUZÓN PEÑA, D. M., DP. PG I, 1996, 314, considerando como tal, por ejemplo, la oferta de alimentos contraviniendo los requisitos legales sobre caducidad o composición, del art. 363.1 CP.

⁶⁶ Esto es decisivo para la determinación de los grados imperfectos de ejecución, con las importantes consecuencias que de ello se derivan cuando concurre dolo y, mucho más, cuando concurriendo sólo imprudencia procede sobre aquella base la impunidad de la conducta.

doctrina⁶⁷. La idea rectora normativa para afirmar la existencia de un peligro concreto consiste en no poder confiar de forma objetivamente sensata o razonable en su evitación. De todas las hipotéticas circunstancias que podrían excluir el peligro concreto sólo serían admisibles las que respondieran a su previsibilidad objetiva. Por otra parte, dichas circunstancias o causas salvadoras pueden provenir no sólo de la víctima potencial (a la que suele referirse la doctrina, en el ámbito de la seguridad viaria), sino también del propio autor de la acción peligrosa. En los supuestos relacionados con el tema que nos ocupa, de comercialización de vieiras contaminadas, podrían darse ambos casos: puede evitar el peligro quien vende o sirve las vieiras, o el propio consumidor.

Lo señalado acerca del dolo y sus posibles clases en relación con los delitos de peligro abstracto es en cierta medida aplicable también aquí. No obstante, existe entre aquéllos y los delitos de peligro concreto una diferencia fundamental, que afecta esencialmente al contenido del dolo y a la posibilidad de concurrencia de imprudencia consciente (e incluso de caso fortuito): a saber, que el peligro concreto (además de ser un elemento del tipo correspondiente: que “pongan en peligro la salud de los consumidores”) es un “resultado” distinto de la acción peligrosa.

Por consiguiente, la comisión dolosa requiere, por una parte, que el sujeto conozca la concreta peligrosidad de su acción y la posibilidad de lesión del bien jurídico (elemento cognoscitivo) y, además, que quiera esa puesta en peligro concreto (elemento volitivo). Caben aquí tanto el dolo directo como el dolo eventual, pero siendo válida también aquí la observación, antes señalada, de que el dolo de peligro no puede identificarse sin más con el dolo eventual de lesión⁶⁸.

2. La imprudencia

Frente a la opinión de que en todos los delitos de peligro es imposible su comisión por imprudencia consciente⁶⁹, consideramos –de acuerdo con LUZÓN PEÑA⁷⁰– que ésta puede concurrir en los delitos de peligro concreto, porque en ellos no siempre se produce la identidad de dolo de peligro e imprudencia consciente de lesión, así como la vinculación forzosa de la conciencia del peligro con su aceptación y consiguiente imposibilidad de imprudencia consciente.

En los delitos de peligro concreto hay que partir de una identidad estructural con los delitos de lesión, pues tanto en aquéllos como en éstos el resultado (de peligro o de lesión) es un elemento integrante del tipo. Y de ello se deriva precisamente su diferencia con los delitos de peligro abstracto (y su semejanza con los delitos de lesión)

⁶⁷ Cfr. en este sentido, ROXIN, C., DP. PG, 1997, 407 s. y las opiniones allí recogidas de SCHÜNEMANN, WOLTER, KINDHÄUSER y OSTENDORF.

⁶⁸ De otra opinión, CUELLO CONTRERAS, J., El Derecho Penal español. Parte General, 2002, 537, quien, partiendo de un concepto naturalístico (no normativo) de peligro, entiende que “si en los delitos de peligro concreto se requiere la representación de una ley causal adecuada puesta en marcha por la acción del autor, lo que el autor del delito de peligro (concreto) se está representando (y haciendo) es lo mismo que se representa y hace el autor del delito de lesión”.

⁶⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., en: LUZÓN PEÑA (dir.), EPB, 2002, 497.

⁷⁰ LUZÓN PEÑA, D. M., DP. PG I, 1996, 432.

en lo que se refiere al contenido del dolo y a que la imprudencia consciente es diferenciable de aquél. El dolo requiere la conciencia de la posibilidad de que se produzca un peligro concreto, pero dicha conciencia no implica necesariamente (como en los delitos de peligro abstracto) la aceptación del resultado de peligro concreto, pues el sujeto (a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro abstracto, en los que no puede hacer nada en lo que confiar para evitar dicho peligro, pues la hipotética no producción del mismo dependerá únicamente de factores ajenos a su control, por ejemplo, de la inidoneidad ex ante del objeto) en el caso concreto puede confiar con un mínimo fundamento –objetivamente razonable, de acuerdo con la anteriormente mencionada “teoría normativa” del resultado de peligro- en poder evitar ese resultado de peligro concreto de lesión: por ejemplo, mediante una actuación por su parte capaz de conjurar el peligro, en la cual tendría cabida incluso, si de los datos científicos así se deduce, la evisceración manual o la depuración mínimamente adecuada de las vieiras tóxicas a cuerpo entero).

Siguiendo el razonamiento de LUZÓN PEÑA, “cabe sostener que, como el peligro concreto es un resultado distinto de la propia acción peligrosa, el dolo requiere una aceptación de ese resultado, distinta de (adicional a) la simple conciencia de la posibilidad de producir ese peligro concreto; y por tanto, que, aunque sean infrecuentes, podría haber casos de conciencia sin aceptación del peligro concreto, casos en que el sujeto tenga conciencia de su actuación peligrosa –p.ej. una conducción temeraria– y de que con ella podría llegar a poner en peligro concreto bienes jurídicos ajenos –p.ej. a estar a punto de chocar con otro vehículo o atropellar a algún peatón–, y sin embargo confíe con un mínimo fundamento en poder evitar ese resultado de peligro concreto –en el ej. cit., que confíe en no cruzarse con otros vehículos o peatones, por ser corto el trayecto a hora y en lugar de poco tráfico, o confíe en poder separarse a tiempo de algún eventual vehículo o peatón dejando distancia suficiente para que no llegue a producirse siquiera un peligro concreto de lesión”⁷¹.

Pues bien, si se parte de la base –como nosotros entendemos- que todos las modalidades del art 363 son delitos de peligro concreto, el planteamiento que se acaba de exponer es el que habrá que aplicar para determinar, en los supuestos de comercialización de vieiras contaminadas, si respecto de dicho peligro concreto existe dolo, únicamente imprudencia (en la cual tendrá cabida ya no sólo la inconsciente, sino también la consciente), o incluso caso fortuito.

3. Análisis de los casos de la jurisprudencia

Si se observan los supuestos que han llegado a la jurisprudencia relativos a la comercialización de vieiras contaminadas con biotoxina ASP, resultaría imposible en la práctica totalidad de los mismos referir el desvalor subjetivo del hecho al resultado de peligro concreto de la salud de los consumidores. Y ello porque (salvo en un caso, en que podría resultar dudoso) en el momento en que se descubren los hechos no es posible afirmar que el bien jurídico haya entrado en el ámbito de eficacia de la acción típica peligrosa, pues aunque se da por probado en todos los casos que el destino de

⁷¹ LUZÓN PEÑA, D. M., DP. PG I, 1996, 432.

las vieiras era la venta para consumo humano, los agentes son interceptados con el producto tóxico, bien en el mar (en las propias bateas donde depositan los sacos con la vieira⁷² o a bordo de una embarcación donde la transportan⁷³), en el puerto (durante la descarga⁷⁴) o sus inmediaciones (portando los sacos⁷⁵), o transportando el género en un vehículo⁷⁶.

Como se ve, en ninguno de estos casos cabe constatar la producción de un resultado de peligro concreto al que referir el desvalor subjetivo, pues el producto nocivo todavía no ha sido puesto a disposición inmediata del consumidor. El único supuesto de la jurisprudencia en que tal cosa podría ocurrir es el caso en que se descubren almacenadas en una cetárea 504 vieiras repartidas en cajas destinadas a la venta sin haber pasado los controles de evisceración⁷⁷. Aquí podría (en su caso) afirmarse un peligro concreto si tales vieiras estaban en la cetárea a disposición de cualquiera que acudiera a comprarlas. Pero, precisamente, en esta resolución se castiga por delito consumado a los responsables de la cetárea, y en cambio se sanciona por delito intentado a otro sujeto que, en el momento de los hechos, se aproximaba a dicho establecimiento con un vehículo en el que portaba 244 unidades de molusco que (según recogen los hechos probados) “iba a vender a la cetárea”.

Esta solución, que es coherente con la comprensión del tipo como delito de peligro concreto, debería llevar a considerar todos los restantes supuestos anteriormente indicados, a lo sumo, como casos de tentativa (siempre que ello pudiera contemplarse, según el plan del autor, como principio de ejecución de una inmediata posterior venta o puesta a disposición de terceros, que aquél se proponga realizar a título personal).

No obstante, dejando ahora de lado las cuestiones relativas al *iter criminis* (que no podemos tratar aquí), la realización dolosa del tipo (consumado o intentado) en los casos de comercialización de vieiras contaminadas exige que el *autor* abarque dolosamente la creación de un peligro concreto para la salud de los consumidores. Pensemos, por tanto, en los casos en que una persona pone directamente a disposición de los consumidores el producto nocivo -entendiendo que, por el contrario, quien colabora (extrayendo del mar, descargando, transportando, entregando etc.) para que otro lo haga ha de responder como partícipe.

Así las cosas, y en cuanto al elemento cognoscitivo del dolo, el autor debe conocer o representarse primeramente las circunstancias que fundamentan la peligrosidad de la conducta. En los casos examinados, (como ya se apuntó al hilo del análisis de los delitos de peligro abstracto) resultará relativamente sencillo afirmar este conocimiento, pues bastaría para ello con advertir que los procedimientos administrativos de control burlados han sido específicamente establecidos por razones de salud pública, extremo que ordinariamente conocen bien los mariscadores (y en

⁷² Caso de la SAP Pontevedra 102/2006, de 13 septiembre.

⁷³ Caso de la SAP Pontevedra 79/2007, de 19 junio.

⁷⁴ Caso de la SAP Pontevedra 30/2008, de 8 febrero.

⁷⁵ Caso de la SAP Pontevedra 93/2005, de 17 junio.

⁷⁶ Caso de las SSAP Pontevedra 46/2004, de 30 junio; 62/2004, de 21 julio; 115/2005, de 9 septiembre y 24/2008, de 7 febrero.

⁷⁷ SAP Pontevedra 18/2006, de 16 febrero. (*vid. supra* V.3.).

general cualquier paisano) de las zonas de producción del molusco. Quien pone a la venta la vieira fresca (ilegalmente extraída) tal y como sale de su medio natural sabe que el producto en esas condiciones no es apto para su consumo. Aun cuando no esté al tanto de los niveles exactos de concentración de toxina, alcanza a comprender su nocividad⁷⁸.

Pero además de lo anterior (que bastaría para afirmar el dolo de peligro abstracto), es necesario que el autor conozca las circunstancias que dan lugar al estado de peligro concreto, advirtiendo la inseguridad sobre la capacidad de evitación de la lesión (probabilidad de lesión)⁷⁹. Y esta es una exigencia adicional que habrá de probarse en cada caso.

Aplicado a nuestros ejemplos, hay dos resoluciones de la Audiencia Provincial de Pontevedra donde se plantea la posibilidad de poder (o no) confiar en la eliminación del peligro para la salud, mediante la evisceración del producto antes de su consumo, aunque sólo en una de ellas entra el Tribunal a conocer de esta cuestión⁸⁰. En ella (sentencia 102/2006, de 13 septiembre) sostiene el tribunal al respecto que:

“Insisten los recurrentes en que tras eviscerar manualmente dichos individuos (retirada hígado y páncreas) los niveles de toxicidad podrían con muchas probabilidades quedar dentro de los límites de lo permitido para el consumo humano -20 mg de ácido domoico por gramo de materia- y ello porque, tal posibilidad es solo eso; es decir; ni ha quedado acreditado que tras la retirada de dicha materia se redujera hasta tales límites la toxina, en cuanto que la verificación de esos valores requiere necesariamente un análisis posterior de la parte comestible (músculo y gónada) sin aquellas zonas no aptas para el consumo, ni que fueran a comercializar las vieiras ya limpias y sin ellas, sino que se deduce todo lo contrario; es decir, su comercialización a cuerpo entero, fuera de los cauces reglamentariamente establecidos con el fin de determinar su aptitud para el consumo y sin que se pueda presuponer que el usuario final conozca el proceso manual de evisceración a realizar antes de su consumo, contraviniendo pues la reglamentación en la materia como el propio Código Alimentario”.

Los argumentos aportados no pueden compartirse por varias razones. De entrada, aun cuando es innegable que no se ha comprobado *ex post* la inocuidad del producto

⁷⁸ Podrían plantearse supuestos de exclusión del dolo por desconocimiento ya de este extremo, pero serían casos verdaderamente extraños. Así, por ejemplo, un extranjero que llega a Galicia con intención de ganarse la vida y que, ignorando por completo la situación, decide extraer libremente el marisco y venderlo luego en un puesto.

⁷⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro*, 1994, 161 ss.

⁸⁰ No lo hace, en cambio, en la SAP Pontevedra 30/2008, de 8 febrero (conociendo en apelación contra sentencia condenatoria por imprudencia grave en primera instancia), donde el Ministerio Fiscal alega en el recurso que “la evisceración manual de las piezas antes de su comercialización, al no garantizar un límite de toxicidad por debajo del legal, supone un riesgo aceptado por los acusados que cometerían el delito por dolo eventual”. El Tribunal, sin embargo, desestima el recurso con una extraña argumentación, a saber: “...en el mismo (*scil.* recurso) se plantea un supuesto de hecho que no resulta de la sentencia de instancia pues no señala que la condena de los acusados por imprudencia grave se fundamente en la posible evisceración manual que llevarían a cabo posteriormente antes de la comercialización de las piezas, hipótesis en la que cabría valorar la adecuada aplicación del tipo imprudente o doloso por dolo eventual como apunta el Ministerio Fiscal; pero aun entendiendo que la venta en las condiciones señaladas en la sentencia de instancia se realiza con infracción de las normas sanitarias relativas a la evisceración controlada, esta cuestión no ha sido valorada ni tampoco el posible conocimiento de la misma por parte de los acusados ni sus consecuencias en el ámbito de la imputación subjetiva, sin que proceda realizar interpretaciones extensivas en su perjuicio, siendo así que supondría una nueva valoración de la prueba practicada y la modificación de hechos probados que no han sido cuestionados y que no es posible realizar en esta segunda instancia”.

eviscerado (y, por cierto, tampoco entonces se ha comprobado *ex post* el peligro concreto como resultado de la acción), el juicio subjetivo sobre el peligro típico debe realizarse desde una perspectiva *ex ante*. Y por tanto si desde la perspectiva *ex ante* el autor, pese a conocer la peligrosidad general de la conducta, confía con un fundamento mínimamente racional en que no se producirá el resultado de peligro (porque confía en evitarlo él mismo o porque es evitable con una actuación esperada del propio consumidor), no está actuando dolosamente.

No puede tampoco aprobarse la concepción subyacente en la argumentación, de que el mero conocimiento (aun eventual) de la peligrosidad de la acción suponga ya una aceptación del resultado de peligro concreto.

En consecuencia, quien vende las vieiras a determinados consumidores a los que conoce, y de los que, a su vez, sabe que están al tanto de la nocividad de la vieira a cuerpo entero y de las posibilidades de saneamiento con una adecuada evisceración manual, no abarca dolosamente el resultado de peligro concreto. No resulta por ello admisible con carácter general el argumento de la Audiencia de Pontevedra de que “no se pueda presuponer que el usuario final conozca el proceso manual de evisceración a realizar antes de su consumo”, pues en cada caso habrá que analizar si era racionalmente posible contar con esa posibilidad y confiar en ella.

Tampoco actuaría dolosamente quien sirve en su restaurante las vieiras una vez evisceradas y confiando fundadamente en que de esa forma resultan salubres.

Por el contrario, quien vende las vieiras a cualquiera, con la esperanza de que éste ya se informará por su cuenta, o de que ya retirará las partes tóxicas por mera cuestión estética, organoléptica o de presentación del alimento, no tiene posibilidad alguna de confiar fundadamente en la no producción del peligro, y por tanto estaría actuando con dolo –al menos- eventual (aun cuando aquellas circunstancias hubiesen felizmente evitado la lesión, pues de no ser así, el sujeto respondería por el delito consumado de lesión).

El error sobre la eficacia del factor de control del peligro (error sobre la capacidad de evitación del resultado) dará lugar a supuestos de imprudencia consciente. La confianza en la posibilidad razonable de evitar el resultado puede resultar equivocada. Por ejemplo, porque en el caso concreto, la evisceración no resulta ser totalmente efectiva. Ello puede ocurrir si, en lugar de consumirse las vieiras frescas, se congelan enteras y se evisceran tras la descongelación (supuestos en los que la evisceración no resulta tan eficaz).

Los casos de imprudencia inconsciente serían más extraños. Serían casos de imprudencia inconsciente aquellos en los que el autor ni siquiera conoce la potencialidad lesiva del producto (igual que en los delitos de peligro abstracto) y aquellos otros en los que, pese a conocer este extremo, ignora que las vieiras que proporciona serán destinadas al consumo humano (por ejemplo, porque suministra las vieiras a una empresa que se dedica a análisis químicos, creyendo erróneamente que

serán utilizadas en ensayos de investigación, cuando en realidad van a ser distribuidas entre los empleados para su consumo).

VII. CONCLUSIÓN

La problemática de la interpretación y aplicación de los delitos de fraude alimentario nocivo deriva ya de su misma consideración como delitos contra la salud pública y de la consiguiente dificultad de definir el bien jurídico protegido (de carácter individual o supraindividual), pero fundamentalmente de su configuración en el CP como delitos de peligro (sin que la técnica legislativa empleada deje suficientemente claro si se trata de delitos de peligro abstracto o concreto).

Los desarrollos y debates doctrinales que al respecto han surgido -y que por la obligada concisión de este trabajo sólo hemos podido recoger someramente – dan buena cuenta de las dificultades de interpretación que, como hemos constatado en los ejemplos jurisprudenciales examinados, se trasladan inevitablemente a su aplicación práctica.

Los supuestos reales analizados, de comercialización de vieiras con biotoxinas marinas, nos han permitido llegar a la conclusión de que en muchos casos la fundamentación de la condena penal desde una perspectiva estrictamente formal (por incumplimiento de la normativa administrativa) no satisface las exigencias de lesividad de la conducta, especialmente si – como aquí entendemos – el delito del art. 363 CP debe considerarse como delito de peligro concreto.

A ello se une, en cuanto a la fundamentación del desvalor subjetivo del hecho (doloso o gravemente imprudente), una escasa ponderación de los indicios sobre los que asentar una u otra conclusión, de lo que derivan en ocasiones conclusiones apresuradas o escasamente razonadas.

Es para nosotros un honor y una gran satisfacción poder contribuir con esta aportación al libro homenaje al Profesor MIR PUIG con motivo de su doctorado honoris causa por la Universidad de Alcalá, a quien manifestamos nuestro mayor afecto y admiración.

FRAGMENTOS ELEMENTALES SOBRE PENAS Y PENALISTAS.

PROF. DR. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO*

Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León

RESUMEN.- Se presentan cuatro escritos aparecidos como entradas del blog *Dura lex* y con propósito divulgativo y polémico. Tratan asuntos como el punitivismo, la pena justa, la presunción de inocencia, el principio *in dubio pro reo*, la cadena perpetua revisable, la relación entre bioética y Derecho penal y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

ZUSAMMENFASSUNG.- Hier alus vier Schriften dargestellt, die als *Dura lex* Blog-Einträge und zum informativen und polemischen Zweck erschienen sind. Sie beffassen sich mit Themen wie dem Punitivismus, der gerechten Strafe, der Unschuldvermutung, dem *in dubio pro reo* Grundsatz, der überprüfbaren lebenslangen Freiheitsstrafe, der Beziehung zwischen Bioethik und Strafrecht und der strafrechtlichen Haftung juristischer Personen.

PALABRAS CLAVE.- Pena, presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, punitivismo, culpabilidad, clonación, bioética, cadena perpetua.

STICHWORTE.- Strafe, Unschuldvermutung, *in dubio pro reo*, Punitivismus, Schuld, Klonierung, Bioethik, lebenslange Freiheitsstrafe, strafrechtliche Haftung juristischer Personen.

SUMARIO

0.- Presentación. 1.- ¿Pero aún existe el Derecho penal? 2.- De pena. 3.- ¿Cadena perpetua revisable? 4.- Dioses y penas. 5.- Carta a un punitivista exaltado.

0. Presentación.

Creo que soy el único filósofo del derecho patrono de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, honor y privilegio que debo a los queridos amigos penalistas que la impulsan, con el admirado maestro Diego Manuel Luzón Peña a la cabeza. Que *Libertas* esté dirigida por mi gran amigo y compañero de tantas fatigas y tan buenos momentos universitarios, Miguel Díaz y García Conlledo, es un acicate adicional para que me apunte con entusiasmo a colaborar en este número 0 de la publicación.

Es mucho lo que en tantos años he podido aprender de los colegas penalistas, empezando por nuestros encuentros anuales en León, en el *Seminario de Derecho penal y Filosofía del derecho* que cada año celebramos y que ya ha superado la docena de ediciones. Inevitable y placentero ha sido hacer más de una incursión en temas de teoría penal¹, ratificándome así en la idea de que el filósofo del derecho no puede dejar de asomarse a las cuestiones de que se ocupa la buena dogmática jurídica.

* Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de León.

¹ García Amado, J.A., “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, *Doxa*, 23, 2000, pp. 233-264; “El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs”, *Nuevo Foro Penal*, 69, 2006, pp. 100-136; “Riesgo y Derecho penal. Sobre presupuestos constitutivos del Derecho penal en el Estado de Derecho”, en: José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández, Eduardo Demetrio Crespo (coords.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 81-106; “Sobre el ius puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites”, *Documentación Administrativa*, nº 280-281, enero agosto 2008 (número monográfico -tomo I- sobre “La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas” - dir.: Tomás Quintana López), pp. 11-41.

Esa afortunada influencia ha sido la causa de que más de una vez me haya tentado comentar temas penales en el blog que desde hace seis años mantengo, *Dura lex*. De los motivos que un ciudadano común o un profesor de derecho puedan tener para alimentar un blog ya he dado cuenta en otro lugar². Básteme aquí señalar que resulta muy tentador y gratificante escribir cada tanto sobre asuntos políticos o jurídicos sin las servidumbres o el explicable acartonamiento de las publicaciones convencionales y con la ventaja de la inmediatez y la facilidad para el diálogo espontáneo. No se trata de poner en solfa ni de cuestionar en modo alguno las pautas de las publicaciones académicas ni el estilo más ortodoxo de la prosa jurídica, sino de resaltar que caben también otras herramientas para la exposición de ideas, el buen debate y, por qué no, un propósito de llegar a público más amplio, con ánimo divulgativo y polémico.

Por esas razones me permito aquí recoger algunas de las entradas que en estos últimos años he redactado para dicho blog y que tocan asuntos relacionados con el Derecho penal y su doctrina. No se busque en ellas ni la erudición penal que no poseo ni la profundidad que no pretendo y tómense únicamente como testimonio del interés y la admiración que en mí despiertan los temas y el quehacer de los buenos penalistas.

Trascribo dichas entradas en su forma originaria y nada más que con levísimas correcciones y podando alguna errata que en su momento se me escapó. En consecuencia, en el estilo se apreciará un desenfado que es propio del lugar de aparición de los textos y con el que, por qué no decirlo, el autor se siente a menudo más cómodo que cuando, en otros contextos, se atiende a más rigurosas convenciones. Se notará también el carácter circunstancial de los escritos, pues surgieron al hilo de noticias puntuales o de eventos en los que en su día participé; pero, como ya he dicho, no tienen más pretensión que la de dar testimonio de un interés constante y de la importancia que, como teórico del derecho, concedo a las grandes cuestiones del Derecho penal.

1. ¿Pero aún existe el Derecho penal?³

He asistido en Madrid a un seminario magnífico sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas. Como iusfilósofo, debo de tener una crisis de identidad, aunque también me parece que ando donde tengo que andar para poder hablar de algo cuando se supone que hablo de Derecho y para no verme obligado, como tantos, a pasarme el día agitando entes imposibles o puramente imaginarios, dizque jurídicos.

Lo malo es que mis crisis las proyecto sobre anfitriones e interlocutores y acabo viéndolos fatal a todos. Por ejemplo, después de un día entero escuchando a los mejores penalistas hablar de sus cosas, he llegado a la convicción de que el Derecho penal ya no existe y de que esa buena gente también busca a ciegas su objeto, igual que el otro buscaba desesperadamente a Susan. La hipótesis que manejo es que el catálogo tradicional de las disciplinas jurídicas necesita una urgente actualización, y no por puros afanes clasificatorios, sino porque los corrimientos o

² García Amado, J. A., "Por qué escribo un blog en el que a veces se habla de derecho", en: Gonzalo Ramírez Cleves (ed.), *Los blogs jurídicos y la web 2.0 para la difusión y la enseñanza del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 305-320.

³ Entrada de 10 de febrero de 2010 (<http://garciamado.blogspot.com/2010/02/pero-aun-existe-el-derecho-penal.html>).

movimientos tectónicos en las prácticas y en los fundamentos han quitado toda coherencia a las viejas parcelaciones y taxonomías de lo jurídico. Me explicaré, con mucha osadía, a propósito del Derecho penal.

En el planteamiento clásico de la penalística moderna el centro es la persona, por supuesto, pero no hay más persona real que el individuo de carne y hueso. Este, como para toda la filosofía política de la Modernidad, es alfa y omega de la sociedad, pues la sociedad es nada más que el agregado de individuos autónomos, y ha de servir a sus intereses, en lo que tengan en común, por un lado, y en lo que sean compatibles en lo diverso, por otro. No hay más persona real ni más sujeto auténtico que el individuo, y cualquier grupo configurado como persona jurídica es persona ficta, ficción, un como-sí, metáfora, un “analogon” del individuo.

Hoy el panorama se va tornando el inverso: es el individuo de carne y hueso el que, en su dimensión “personal” y moral, se tiene por ficticio, por alusualit nada más que teórico, por entelequia culturalmente determinada, por espejismo, mientras que a la sociedad o a diversos grupos se los reviste de ontología “subjetiva”, se los configura como seres, ciertamente complejos, pero con una identidad específica que los hace “sujetos” únicos; se los pinta como seres autónomos en cuanto que titulares de conciencia y psiquismo y, por tanto, capaces de deberes y responsabilidades, tanto éticos como jurídicos. Aquel desdoblamiento de cuerpo y alma, como componentes tan inescindibles como heterogéneos de un mismo sujeto individual, se vuelve ahora partición entre un “cuerpo” social formado por seres humanos de carne y hueso, pero agrupados en colectividades que podrían ser meramente contingentes, mas que no caen en tal contingencia por cuanto que los unifica y les da su razón de ser colectiva y su sentido en el mundo un “alma” cultural, un “ser así” común. Lo que los individuos tienen de particular es lo que tienen en común y lo que tienen en común es su pertenencia a un cuerpo socio-cultural determinado.

Mencionemos, muy provisionalmente algunos datos o fundamentos de esa trasmutación, de ese cambio de papeles.

Que el individuo como tal, en los términos en que la Modernidad lo concebía, es pura ficción, es un punto de vista que encuentra su respaldo filosófico-político en las doctrinas de índole comunitarista y su fundamento jurídico en las teorías de corte normativista-funcionalista. Para el comunitarismo, nada de lo que nos “humaniza”, nada de lo que nos da nuestra identidad o particularidad en el plano moral e intelectual es individual, todo es proyección o reflejo de la cultura en la que crecemos. Culturalmente, éticamente, políticamente, jurídicamente, somos lo que mamamos, pues ninguno de los conceptos con los que explicamos nuestra vida social y nuestra manera de estar en el mundo es descubrimiento de una realidad objetiva por obra de una razón desubicada e imparcial, sino sólo expresión de la manera en que una sociedad construye sus límites de sentido y sus diferencias frente a otras al explicarse a sí misma; y, al tiempo, porque se explica a sí misma, es tal como a sí misma se explica: particular y diferente de las otras. Ahora el individuo es un ser nada más que cultural, pues, volviendo a la vieja bipartición, el humano sin cultura es cuerpo sin alma, receptáculo vacío, como una hoja de papel en blanco, apta para contener cualquier mensaje, pero que ninguno porta mientras alguien no lo escribe en ella. Es la comunidad cultural la que, para el

comunitarismo, escribe todas las historias que llevamos grabadas en ese papel que es nuestro intelecto o nuestra conciencia.

En un curioso cruce, el normativismo pone un parecido elemento relativístico, pero esta vez desde la teoría jurídica. Del mismo modo que en la filosofía política se enfrentan, por un lado, un individuo “natural”, portador como tal de derechos primarios y obligaciones básicas (derechos y obligaciones que son la base de la sociedad y dan sentido a la misma), y, por otro, la sociedad o el grupo como límite de la realización de esa individualidad, así también en la teoría del Derecho compiten una concepción “natural” del orden y las categorías jurídicas y una concepción normativista. La pregunta decisiva podría enunciarse así: cuando el Derecho, cuando un sistema jurídico emplea categorías referidas a propiedades de los sujetos, ¿parte del dato “natural” y objetivo de tales propiedades, con lo que describe para luego prescribir, o constituye esas realidades mediante su propia descripción, la descripción jurídica de las mismas, con lo que al prescribir configura el mismo objeto, y hasta el sujeto, de la prescripción?

Pongamos un ejemplo precisamente del campo penal: cuando el Derecho penal sitúa como elemento crucial la culpabilidad del sujeto penal, su capacidad para obrar autónomamente y al hilo de sus intenciones, ¿reconoce dicha condición de los sujetos y parte de ella o simplemente la imputa a los sujetos? En otros términos: ¿el sujeto penal puede ser culpable porque antes que nada es libre, o es libre y puede ser culpable porque el Derecho penal dice que puede serlo?

Hasta hace poco, relativamente, el individuo de carne y hueso se tenía por constitutivamente libre, autónomo, capaz de gobernarse, mientras que los entes grupales o meramente jurídicos, las personas jurídicas, sólo parcialmente podían contemplarse así, por analogía más o menos forzada y como ficción operativa. Pero la amalgama entre normativismo y funcionalismo altera esa perspectiva y sienta que toda “persona” es, en el fondo, persona jurídica, es decir, un alusualit del Derecho, un artefacto configurado por las normas del sistema jurídico. Si, por seguir con el ejemplo, la culpabilidad, la aptitud para ser culpable, es un “invento” del sistema jurídico y no realidad previa o en sí, nada se opone a imputar dicha condición también a las personas jurídicas, igual que hasta ahora el sistema la atribuía nada más que a los individuos particulares.

Esa presencia simultánea del comunitarismo en la filosofía política y del normativismo funcionalista en la teoría jurídica siembra de tensiones y paradojas el pensamiento jurídico-político actual. Mientras que la herencia moderna y liberal explica la necesidad de “moralizar” el Derecho y de ponerlo al servicio de los derechos humanos, entendidos como derechos de doble faz, morales o prejurídicos, por un lado, y fundamento del sistema jurídico mismo, por otro, la influencia comunitarista y normativo-funcionalista conduce a dos alteraciones sustanciales de los esquemas heredados. Una, la “subjetivización” plena de los entes colectivos. Dos, el predicar cualidades morales de tales entes colectivos. De ahí que, por ejemplo, se hable, sin pensar que se trata de simples metáforas o analogías más o traídas por los pelos, de derechos colectivos, como es el caso del derecho de los pueblos a su autodeterminación o el derecho de las culturas a la salvaguarda de su identidad; y de ahí también que se aluda a cosas tales como la ética de las organizaciones.

El Derecho se convierte en un instrumento de ingeniería social, pero esta expresión debe ser aclarada en sus nuevos presupuestos. De la misma forma que antes se creía que un individuo, desde su libertad constitutiva, conformaba su propia vida siguiendo los dictados de su conciencia y de su personal vocación, ahora son los grupos, las sociedades, los que se hacen a sí mismos y se autogobiernan al generar sus propias normas y al manejar, a través de ellas, su identidad. Que el Derecho se transforme herramienta de ingeniería social no quiere decir que sean las normas jurídicas el artilugio a través del que los individuos ponen la sociedad a su servicio, sino que es el recurso con el que las sociedades se hacen a sí mismas disponiendo de los individuos y conformándolos al servicio de la identidad colectiva. Ya no es que “el mundo” deba diseñarse como convenga a los individuos, únicos sujetos reales, sino que los sujetos deben hacerse como convenga “al mundo”, al sujeto colectivo. Ya no es que los particulares deban ser buenos y legales para que ninguno dañe a otro, sino que es el “mundo”, el supersujeto, el que ha de ser bueno y legal para que la vida de los individuos tenga sentido y razón de ser.

Bajemos el nivel de abstracción y trabajemos con un ejemplo más cercano. Pensemos en el modo de concebir las empresas. Reaparecen las tensiones, pues venimos de una ideología en la que la empresa privada es un artilugio económico y jurídico a través del que, en el contexto del mercado y el capitalismo, ciertos sujetos buscan maximizar su beneficio económico. Para la visión liberal se trata de un producto de la legítima contraposición de la libertad y de los intereses individuales en el mercado; para la ideología socialista es una herramienta de ventaja y explotación. Pero, de pronto, la empresa se ve como un ente colectivo con vida propia y responsabilidad “personal”, con plena capacidad moral, sujeto de “derechos” y obligaciones morales que deben tener su trasunto jurídico, su reconocimiento en normas de Derecho. Por eso también las empresas y otras personas jurídicas se afirman como titulares de derechos fundamentales. La empresa se moraliza y se hace “propietaria” de derechos cuasinaturales; y de parejas obligaciones.

El Derecho pretende que las empresas internamente decidan con la libertad, la ponderación, el equilibrio y la responsabilidad por las consecuencias que antes se querían sólo para o se creían posibles únicamente en los individuos. Y, por las mismas, no se aprecia inconveniente en que de las empresas, personas jurídicas, se exija lo mismo que antes se demandaba de los individuos: plena responsabilidad moral y, consiguientemente, plena responsabilidad jurídica, incluida aquella responsabilidad penal que va ligada a la capacidad para ser culpables. También la empresa como tal puede actuar con dolo o culpa, también ella puede recibir castigos y puede dolerse de ellos; ella, la empresa en sí, como sujeto “pensante” y “sintiente” distinto y relativamente independiente de sus directivos, sus gestores y sus socios. Desde el holismo filosófico-político, es un ente grupal más, en plenitud; desde el normativismo funcionalista cabría decir que así es si así nos parece.

Ese es el marco en el que se sitúan y, al menos parcialmente, se explican ciertos fenómenos jurídicos que alteran los esquemas de la doctrina jurídica heredada. Mencionemos algunos relacionados con el Derecho penal. En primer lugar, han ido desapareciendo los límites que marcaban diferencias esenciales entre sanciones administrativas y castigos penales. Al tiempo que para la sanción administrativa se quiere que sean efectivos algunos de los

principios y garantías de las penas, aunque sólo caben matizadamente, en el propio Derecho penal se va rebajando el significado de aquellos principios, comenzando por la idea nuclear de culpabilidad. La extensión de la responsabilidad penal a las personas jurídicas es el último y mejor indicio de esa “desdiferenciación” entre sanciones administrativas y penales. Otro indicador de ese acercamiento es el aumento de los delitos de peligro abstracto. El Derecho administrativo sancionador se penaliza, entre otras cosas porque muchas de sus sanciones son más aflictivas, más duras que gran parte de los castigos penales; y el Derecho penal se administrativiza, pues se asume su condición de herramienta de gestión social antes que nada.

En segundo lugar, también se vuelven porosas las fronteras entre sanción penal y responsabilidad civil. Mientras que, por una parte, la responsabilidad civil toma cada vez más tintes sancionatorios, como se aprecia no sólo en la utilización de los *punitive damages*, sino también en el cálculo del daño moral en términos más de castigo para ciertas infracciones que como auténtica compensación del daño padecido por la víctima, la responsabilidad penal supera barreras hasta ahora infranqueables, como pueda ser la de la responsabilidad penal por la acción de otro. Además, el avance común en lo civil y lo penal hacia mecanismos de responsabilidad objetiva acerca igualmente ambas ramas del Derecho. Cada vez más, no se indemniza civilmente o se castiga penalmente por los efectos dañosos o reprobables de una acción, sino como consecuencia de que el sujeto no ha configurado ejemplarmente su modo de ser y sus actividades o no se ha organizado de la mejor manera posible o imaginable; o, más simplemente aún, porque alguien tiene que cargar con los costes de un accidente o una desgracia y se imputan esos costes a quien se piensa que está en la situación más ventajosa u obtiene mayor beneficio de las relaciones sociales de que se trate. De nuevo, Derecho civil y Derecho penal uniformemente reconfigurados como herramientas de ingeniería social y al servicio de una cierta justicia distributiva, en una versión, o de objetivos de eficiencia económica global, en otra. También en esta encrucijada la responsabilidad jurídica –civil y penal- de las empresas aporta el mejor indicio de los nuevos tiempos. Podríamos mencionar otros cambios en el sistema penal que van en la misma dirección de aproximación a parámetros iusprivatistas, como la creciente consideración de las víctimas y su papel o la orientación hacia la pena negociada.

Observamos cómo en el Derecho penal actual aquellas señas de identidad que lo definían se van disolviendo. El principio de culpabilidad pierde sus perfiles para que las normas penales puedan abarcar nuevos comportamientos y nuevos tipos de relaciones sociales. El principio protector de bienes jurídicos exclusivamente se relativiza al colocar la vida social, como tal, las estructuras sociales en sí, como bien jurídico omniabarcador o único. La noción de la pena como última ratio deja su sitio a un movimiento de vaivén realmente curioso, pues cada vez se pide al Derecho penal que castigue más cosas y más duramente y, a la vez, se despenalizan comportamientos para que se sancionen con menos garantías y mayor eficacia desde el Derecho administrativo. El Derecho penal deja de ser un sistema de responsabilidad por la acción o la omisión concretas y propias y va ganando campo el derecho penal de autor, por una parte, y se abren las puertas a la responsabilidad penal por hecho ajeno, por otra parte. El Derecho penal se desvincula poco a poco de aquel ius puniendi del Estado y cobra la apariencia de un derecho compensador de las víctimas o reparador de daños. Y así sucesivamente.

Volvamos al principio de este escrito, que ya va muy largo. ¿Cómo están los penalistas? Desconcertados, desorientados. Unos mantienen los viejos principios contra viento y marea, contra la marea de los nuevos hechos sociales y políticos y de las nuevas normas que no encajan en las divisiones de siempre. Otros se apuntan a la fuerza normativa de lo fáctico, pero empeñándose en seguir llamando Derecho penal a lo que cada vez se parece menos, en el fondo y en la forma, al Derecho penal de toda la vida.

¿Qué hacer? En términos del sistema jurídico y de su análisis e investigación, nos hallamos ante la enésima muestra de que es necesario romper las fronteras disciplinares heredadas. Hoy, quien sólo sabe Derecho penal, Derecho administrativo o Derecho civil no sabe casi nada, puede explicar bien poco de lo que en el Derecho pasa. Y da gusto ver, como ayer mismo yo vi, a algunos jóvenes y brillantes penalistas españoles moverse con soltura entre todos esos campos y con visión del conjunto. Esa visión de conjunto, por cierto, que suele faltarnos por completo a muchos de los que más debiéramos tenerla, los filósofos del Derecho.

Lo curioso y lamentable es que los planes de estudios han vuelto a hacerse como si no hubiera llovido, como si nada hubiera pasado ni estuviera pasando. Un plan de estudios de Derecho, con buen sentido y adaptado a los tiempos, debería arrancar de unas pocas divisiones bien elementales: teoría de las fuentes, estructura y funcionamiento de las instituciones, teoría de las normas, teoría de las sanciones y teoría de las decisiones jurídicas. El resto, lo de siempre, no es más que seguir en la inopia y mareando la perdiz, una perdiz disecada por Ticio y Cayo, que, por cierto, están muertos también.

2. De pena⁴.

Ayer hubo una manifestación en Madrid para reclamar la cadena perpetua, se supone que previo paso por la correspondiente reforma constitucional. Nada que objetar, pero me llena de perplejidad saber que la convocaba la familia de la chica asesinada en Sevilla. Y el otro día leí que ya habían pedido vez para que los reciban en La Moncloa. Estupendo, tenemos nuevos rituales. Visto lo visto en los últimos tiempos, cada vez que una familia pierda un hijo de resultas de algún crimen horrendo, acudirá a La Moncloa unos días después del funeral y del sepelio y allí será recibida por el Presidente de Gobierno de turno, que pondrá la consiguiente cara de cretino apenado, posará con el padre mucho rato y luego dirá a la pobre gente que jolín qué fatal está todo y cuánto criminal anda suelto. Al siguiente día convocará de nuevo a la prensa para informar de que el Ministerio de Justicia ya está formando una comisión para el estudio de la correspondiente reforma penal que endurecerá la pena del delito que haya venido al caso. De dicha comisión, por supuesto, formarán parte algunos de los penalistas más progres del país, los cuales hasta el mismísimo día anterior habrán sostenido de palabra y por escrito que el punitivismo galopante y a golpe de víscera es moralmente reprochable y jurídicamente incompatible con la Constitución y el Estado de Derecho. Por no sé qué misterio ocurre que si eres penalista progre (o jurista progre en general) y te llama el Presidente de un Gobierno progre (o, posiblemente, cualquier Presidente, incluso el de una

⁴ Entrada de 22 de febrero de 2009 (<http://garciamado.blogspot.com/2009/02/de-pena.html>).

Autonomía cutre) para decirte que te va a meter en una comisión para legalizar la tortura con picana de los que se exciten pensando en ovejas, tú te apuntas porque hay que darse cuenta de que las buenas doctrinas no son para el verano ni para cuando las elecciones. Y, caramba, hay elecciones cada dos por tres, por lo que conviene tener a la bestia popular saciada de sangre y bien surtida de laxantes penales. Todo tiene sus excepciones, lo sé. Pero contadas.

Es una calamidad lo mal que nos está educando este perverso contubernio de políticos y medios de comunicación. Nos quieren asustados, nos quieren histéricos, nos quieren mezquinos, nos quieren sumisos a ellos, con esa pueril cobardía del que busca para sus miedos amparo en padres ya imposibles. Con lo fácil que sería ir y preguntarle al manifestante si tendría narices para exigir la misma cadena perpetua o la misma pena de muerte si el asesino fuera hijo suyo, o incluso sobrino. Porque, ¿sabe usted?, un hijo violento o desequilibrado o psicótico total o con alguna sorprendente perversión nos puede salir a cualquiera, pasa hasta en las mejores familias. Además, no nos engañemos, si somos de víscera fácil y de los que nos calentamos con un par de telediarios para ir a gritar que maten a tirios o a troyanos a base de garrote vil, es más fácil, por razones genéticas y educacionales, que nos salga un hijo problemático. Si es nuestro hijo el que golpeó hasta la muerte con el cenicero y luego tiró el cadáver de la chica al río, ¿qué pena solicitamos? ¿Y si es hijo nuestro el pedófilo que nos enseñan cada semana? Porque no hay semana sin pedófilo nuevo, igual que no hay mes sin su luna llena, no sé si ustedes se han dado cuenta.

Con lo fácil que sería también recordarnos a los ciudadanos lo que son los riesgos generales de la vida, hacer que no olvidemos que vivir es peligroso y que la vida es una tómbola, una puñetera tómbola de la que no podemos librarnos. Cada vez que cojo el coche y salgo a la autopista estoy comprando papeletas para matarme o para matar a alguien, con culpa o sin ella, por torpeza o por pura mala suerte, por un fallo mecánico del coche o un fallo neurológico mío. Y eso no lo puede cambiar ninguna ley que amenace con pena de muerte, pongamos por caso, a los conductores imprudentes o a los que no lleven en su debido nivel el líquido de frenos. Cada vez que voy al fútbol y grito ¡gol! Al marcar el Sporting, me estoy arriesgando a que camuflado a mi lado haya un forofo violento del Oviedo y que me haga fosfatina con una navaja trapera; o a que me llegue una bengala de la grada de enfrente y me atraviese la panza. ¿Qué hago? ¿Dejo de ir al fútbol o pido pena de muerte para los *hooligans*?

Si soy mujer, cada vez que accedo a irme a la cama con un señor al que no conozco desde hace veinte años y me meto en su apartamento o en una habitación de hotel me expongo a que sea un tarado violento y asesino. ¿Qué hago, pido plaza de monja o me sumo a la legión de los y las que reclaman penas salvajes para la violencia contra la mujer, como si eso fuera a disminuir el riesgo de dar con un psicópata al subirse la falda? Pero es que si soy hombre también me puede pasar y me puede estrangular con mis propios pantalones el hermano macarra de la chica o el padre islamista de la señora. Y así sucesivamente, hasta el infinito. La única manera de que no haya delitos ni crímenes de los que pueda uno ser víctima es pegarse un tiro a tiempo. O renunciar por completo a vivir y a salir de casa. Cosa que, por cierto, es inútil, porque también se te puede caer encima la escayola del baño y dejarte los sesos en plan pastel de cabracho, lo cual puede ser excelente ocasión para que, animadas por los periódicos, las masas se manifiesten en pro de la cadena perpetua para escayolistas

despistados y el Presidente de turno se entrevistó con la asociación de madres de víctimas de la escayola.

Los penalistas se pasan muchas horas y gastan mucha tinta dando vueltas a cuál es para cada delito la pena justa y proporcionada, así como intentando explicarse cuáles son los límites debidos de cualquier castigo penal. A lo mejor podríamos patentar un método revolucionario y solucionar tan esquivo enigma. Pregunte usted a cien personas qué pena querrían para el asesino de un hijo suyo. Luego pregunte a otras cien qué pena querrían para su hijo si éste hubiera asesinado al hijo de otro. Saque la media y ésta será seguramente la pena justa, proporcionada, aplicable y respetuosa tanto con las garantías del reo como con los fines del Derecho penal. Eso sí, procure que los entrevistados sean normales y que sus datos queden en el anonimato. Porque los hay que, con tal de salir en la tele treinta segundos, pueden decir cualquier cosa.

3. ¿Cadena perpetua revisable?⁵

Ayer, domingo, cuatro “prestigiosos juristas” exponían en ABC por separado su opinión sobre la constitucionalidad de la pena de cadena perpetua revisable. A favor de la constitucionalidad se manifestaban Luis Rodríguez Ramos, Jesús Santos Vijande –este fue alumno mío en tiempos y hoy es catedrático de Derecho procesal, ¡cómo pasan los años!- y Manuel Jiménez de Parga. En contra, Félix Pantoja, fiscal. ¿No habrá catedráticos “prestigiosos” que también se opongan con argumentos constitucionales? Sin duda sí, pero casualmente no fueron interrogados por el diario conservador. Así se construyen las opiniones dominantes.

Qué sea o no compatible con esta Constitución hecha jirones es cuestión bien enigmática en estos tiempos en que hasta los más desleales a ella la invocan cuando les conviene y se la pasan por el arco del triunfo cuando les interesa. La norma de normas se vuelve vaporosa y oscura y sus costuras crujen cuando unos y otros la estiran y la sacuden. A falta de mínimos acuerdos y de una básica lealtad, se convierte en traje que a cualquier cuerpo se adapta y que por igual puede servir a un buen señor o al más villano. Pero, como lo constitucional se hace en el debate sobre lo constitucional, es necesario argumentar y, desde luego, legítimo que todos lo hagan con honestidad y rigor, como si esto fuera una democracia deliberativa, y no lo que es.

Desde el sincero respeto a los doctos juristas citados, me permito unas humildes consideraciones sobre los inconvenientes de la cadena perpetua revisable y vestida con traje constitucional.

Lo primero que debería explicitarse son los crímenes para los que se reclama. A lo mejor, si se propusiera para determinados delitos económicos o de cuello blanco, para los pelotazos salvajes de los politicastros que destruyen ecosistemas y paisajes y que cubren de hormigón los caminos y de millones de euros sus cuentas corrientes, un servidor se replantearía el tema con ánimo más conciliador. Pero sabemos que no. Además, esos

⁵ Entrada de 1 de febrero de 2010 (<http://garciamado.blogspot.com/2010/02/cadena-perpetua-revisable.html>).

personajes suelen estar educadísimos y de lo más adaptados a la sociedad, con lo que mediante la pena no necesitan ser ni reeducados ni reinsertados y la rápida revisión de la condena iría de suyo. No, la cadena perpetua sería un homenaje a nuestros miedos inducidos y se aplicaría a cabezas de turco y pobres diablos delincuentes del arroyo, para que los árboles no dejen ver el bosque y nada cambie de lo que más importa. Maniobras de despiste, populismo punitivo de tres al cuarto, carnaza para obsesos y puritanos disfrazados. Repito, me trago cada una de estas líneas si la cadena perpetua se hace incondicional y sin remisión para concejales de urbanismo que se lucren indebidamente o para directivos de laboratorios farmacéuticos que inventan epidemias y pandemias, por ejemplo. Pero todos sabemos que no caerá esa breva.

¿Revisable la cadena perpetua? Eso es puro ardid conceptual, estratagema retórica para vender la moto. ¿Cuándo se considerará resocializado y reformado un violador peligroso? ¿Cuándo escriba cien veces que está arrepentido y que no volverá a hacerlo? ¿Cambiaría el estilo de las noticias en los medios de comunicación amarillísimos al contar que ayer salió de la cárcel un violento delincuente sexual que estaba condenado de por vida, pero que se muestra ya muy reformado y dispuesto a convertirse en el más probo ciudadano? No. La presión sobre los medios judiciales y sobre el personal de prisiones que dictamine sería insoportablemente mayor si existiera esa posibilidad de mantener encerrado para siempre al delincuente-coco⁶. ¿Que viviríamos todos más seguros precisamente así? Falso. Hablamos de proporciones ridículas y de índices de inseguridad desdeñables, salvo para histéricos y pescadores de río revuelto. Llámese a cada cosa por su nombre y admítase que no es el riesgo real de reincidencia de cuatro gatos lo que nos mueve, sino el más primitivo afán de venganza. Ahora no queremos que salgan ni después de cumplir penas bien largas; luego no toleraríamos que volvieran a la sociedad por mucho que se afirmara que están perfectamente resocializados.

Ya sé, podrían replicar ahora mismo ochocientos mil vociferantes que qué pensaría yo mismo si un desalmado violara y asesinara a mi pequeña hija. Dos cosas respondo. La primera, que desearía su muerte y hasta intentaría matarlo yo mismo, si pudiera. Pero ni yo soy el Estado de todos ni a mí me pone freno más norma que la de mi moral personal o mis instintos, mientras que sobre la base de la Constitución y el ordenamiento jurídico pretendemos

⁶ Dice el profesor Rodríguez Ramos lo que sigue: “En la actualidad se da en nuestro país la paradoja de que el legislador, además de imprevisor al suprimir en 1978 la pena de muerte por imperativo constitucional sin sustituirla por ninguna otra (imprevisión que reiteró en 1995), es hipócrita porque somete a los presos condenados por los delitos más graves a una pena privativa de libertad mucho peor que la prisión sine die y, además, sin gozar de las ventajas de prevención general y especial que sí tiene esta moderna cadena perpetua, que amedrenta más a los delincuentes, tranquiliza en mayor medida a la población y a los familiares de las víctimas y, en fin, estimula mejor al arrepentimiento y a la reinserción social al delincuente, que tiene que elegir entre estar de por vida en la cárcel o marcar una fecha de cumplimiento a su pena, cuya ejecución gozaría ya del sistema penitenciario progresivo hacia la libertad”. Me sorprende en boca de un autor cuyos textos a menudo he admirado. Será mi ignorancia de los menesteres penales y criminológicos la que me provoca el pasmo. Pero, para empezar, no llego a entender por qué pena se supone que se debería haber sustituido la pena de muerte después de 1978. ¿Quedaron impunes los delitos que antes se castigaban con la pena capital? Para seguir, el cuadro de esa cadena perpetua revisable desde el primer día, si el primer día el reo ya se muestra arrepentidísimo y dispuesto a integrarse como un exquisito ciudadano, me temo que no cuela. Se pondrán plazos mínimos que den gusto a las masas sedientas de duro castigo. Y, por último, es de temer que lo que tranquilice a los familiares de las víctimas y al pueblo exaltado no sea el carácter revisable de la pena, sino su condición de perpetua, precisamente.

construir un sistema de convivencia racional en lo posible y en el que las frías razones imperen sobre la calentura de las pasiones.

En segundo lugar, y como aquí ya he escrito otras veces, no sólo tengo hijos que pueden ser víctimas de los más atroces criminales, pues también podría ocurrir la desgracia inversa: que fuera alguno de ellos el violador y asesino. ¿Qué debo pensar y decir en tal caso? ¿Constitucional la cadena perpetua revisable? Será a condición de forzar los términos y los conceptos hasta el absurdo. El artículo 25.2 de la Constitución establece que “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social”. La única interpretación razonable de ese precepto consiste en entender que en él se dispone una obligación del sistema penitenciario y, por extensión, del Estado, no un deber del penado que, en caso de incumplimiento, pueda acarrear sanción mayor. El condenado no está obligado a cambiar ni su pensamiento ni sus ideas ni su modo de ser ni nada de nada⁷. Eso sí, si cumplida la pena y recuperada la libertad, vuelve a delinquir, podrá ser de nuevo castigado, con el agravante de la reincidencia, en su caso. Olvidémonos de delitos sexuales o terrorismo y pensemos en presos de conciencia de los que en algún país siguen existiendo. ¿Qué diríamos si se les aplicara cadena perpetua revisable sólo si prescinden de sus ideales o sus convicciones? Miren por dónde anda la derecha haciéndole guiños al padrecito Stalin.

¿Queremos llevar a sus últimas consecuencias esa disposición del artículo 25.2? Bien, pues apretemos las tuercas al que en verdad fracasa, al Estado que, después de tener en sus prisiones a una persona durante veinte o treinta años, no ha sido capaz de reeducarlo y resocializarlo según los estándares establecidos. ¿O es que las condiciones en las que se hallen los que pagan pena privativa de libertad y de las que dependerá grandemente su resocialización no han de contar de ningún modo en esta polémica? El argumento común es, en su conjunto, magnífico: primero, que se apliquen muy largas penas de cárcel a los autores de ciertos delitos seleccionados con curioso criterio; segundo, que durante el cumplimiento de esas penas las pasen canutas y estén lo peor posible; tercero, que no vuelvan a la libertad si no se tornan ciudadanos ejemplares e inofensivos. En el fondo, todo es sublimación de un deseo mucho más elemental: que los maten, salvo que sean de los nuestros.

Sigamos dando vueltas a la Constitución. El artículo 15 dice que “Todos tienen derecho a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura, ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. ¿A qué se refiere el “en ningún caso”? ¿Solamente

⁷ ¿O sí? Ante las consideraciones de un constitucionalista de la talla del profesor Jiménez de Parga, que ha sido Presidente del TC, pongo mis apreciaciones jurídicas en remojo y retornan mis tentaciones de dedicarme al punto de cruz. Pues se pregunta primero qué pasa “si un recluso no se reeduca para reinsertarse”, y concluye que “Un condenado que no se reeduca en prisión no debe volver a la sociedad para actuar con libertad, verbigracia para volver a cometer crímenes”. Se le olvidó puntualizar a qué delitos se refiere o si así ha de ser generalmente. Todo se explica por su idea de la función de la pena: “Se impone la cadena perpetua para reducir los riesgos que producen delincuentes especialmente peligrosos y para aumentar las garantías de seguridad en una convivencia de seres libres”. Acabáramos. No le vendría mal al eximio jurista una pasadita por Kant y aquello de que ningún ser humano debe ser usado como puro objeto o medio para la consecución de fines colectivos. Y yo que pensaba que don Manuel se había vuelto un liberal... Hasta el derecho penal de autor asoma su patita por debajo de la puerta: “Hay que recuperar la confianza en la adecuación de las penas al comportamiento delictivo de los reos”.

a la tortura o también a las penas o tratos inhumanos o degradantes? Bonito ejemplo para explicar lo que es la ambigüedad sintáctica en un enunciado jurídico. Si entendemos que el “en ningún caso” alude a todo, a la tortura, a las penas y a los tratos inhumanos y degradantes (salvo que forcemos una nueva ambigüedad sintáctica y sostengamos que “inhumano” y “degradante” se predica ahí únicamente de los tratos -¿qué tratos?-, pero no de las penas), no queda más salida que mantener que la cadena perpetua no es ni inhumana ni degradante, y eso es mucho decir, obviamente⁸. Si, por contra, nos animamos a sostener que el “en ningún caso” hace referencia tanto a la prohibición de la tortura como a la de las penas y tratos inhumanos y degradantes y, acto seguido, entendemos dicha prohibición como condicionada por las circunstancias o los resultados, habrá que admitir que también es constitucional torturar cuando el caso lo merezca y bajo ciertas condiciones. No se puede torturar o condenar a penas inhumanas “en ningún caso”, dice la Constitución, pero mantienen los punitivistas felices que sí cabe condenar a la inhumana pena de por vida si el penado no se regenera; bien, entonces también se podrá torturar, por ejemplo, al sospechoso detenido que no confiese lo que conviene saber para evitar ciertos males adicionales. Si vale lo uno, vale lo otro; pero mejor no preguntar cuántos aplaudirían esa conclusión tan sorprendente como grata para ellos.

4. Dioses y penas⁹.

No me refiero a las tristezas y los quebrantos de la ordinaria vida, sino a los castigos penales. Ahora verán por qué lo digo. A fines de la pasada semana volvimos mi “hermano” Miguel Díaz, catedrático de Derecho Penal, y un servidor a organizar el seminario de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, ya en su edición duodécima, y otra vez contamos con cuatro ponentes de lujo: Atienza, Corcoy, Gascón y Romeo Casabona. En esta ocasión se debatía sobre Bioética y Derecho Penal. Los penalistas, bastante prudentes en los asuntos de fondo, como corresponde a lo delicado de su oficio y por la cuenta que a todos nos tiene. Los iusfilósofos más echados p’adelante y siempre dispuestos a liarse la manta a la cabeza para preguntar que a cuento de qué tanto castigo por tanta (o por tan poca) cosa; o, al menos, que por qué penar determinadas conductas. Y a eso voy.

Entre las docenas de cuestiones que salieron a relucir, en un momento determinado se mencionó que tenemos en el Código Penal de por aquí un delito de clonación reproductiva. O sea, que se castiga penalmente que a usted lo dupliquen en laboratorio y ande por ahí repetido, con peligro de convertirse, si le coge vicio, en un individuo en serie. Otro asunto es que tal prodigio aun no sea científicamente viable, como nos explicó quien sabía. Pero el legislador es tan precavido a veces, o tan asustadizo, que se anticipa a la posibilidad poniendo el carro antes que los bueyes, el castigo antes que la oportunidad de pecar. Y sí, digo pecar y ahora veremos por qué. Pero tiene su gracia que no haya manera de enchironar un rato a quienes por manirrotos y alusualita nos arruinan desde gobiernos autonómicos y alcaldías y,

⁸ Aunque hay quien lo dice. El profesor Jesús Santos Vijande afirma en la nota de ABC que “El legislador ha de respetar ciertos límites absolutos al establecer penas: la pena de muerte y las inhumanas o degradantes (art. 15 CE), esto es, las que acarrearán padecimientos infligidos de modo vejatorio y con la intención de humillar y doblegar la voluntad del reo. Circunstancias no predicables de la cadena perpetua revisable”.

⁹ Entrada de 19 de septiembre de 2011 (<http://garciamado.blogspot.com/2011/09/dioses-y-penas.html>).

sin embargo, se amenace con las penas de este mundo y por si acaso a quienes no pueden clonarse, aunque quisieran.

Es sabido que las buenas gentes del Penal dan gran importancia a la idea de bien jurídico como fundamento del delito. Esto es, que insisten en que únicamente debe ser delito el comportamiento que atente contra un bien jurídico, contra algún bien o interés cuya importancia justifique tan estricta protección, la protección mediante esa última ratio que es el palo y tente tieso, la pena, el castigo máximo que en un Estado de Derecho se permite. Conocido es también que va habiendo doctrinas que cuestionan esa idea de que el Derecho penal resguarde bienes específicos. Si no lo tengo mal entendido, Jakobs y su escuela, por ejemplo, alegan que lo que el sistema penal ampara no son tales bienes, sino los esquemas normativos de la sociedad. Digamos que la norma penal defendería la normatividad social básica, sin más, sin que a la postre importe el contenido de dicha normatividad. El Derecho penal, pues, no se ocupa de más bien que la sociedad en sí con sus normas y comunicaciones, las que sean, con lo que no está comprometido con una moralidad material racional o justa, sino con la coyuntural organización social, la que toque y cualquiera que sean sus contenidos o presupuestos.

A mí, modestamente, me parece que de esa jakobsiana alianza entre funcionalismo y normativismo es cuestionable el ciego funcionalismo, la idea de sociedad como máquina que se autodefende, mientras que quizá haya que salvar el normativismo para mantener la "lógica" peculiar de lo jurídico. Pero no es ese el asunto que quiero aquí poner sobre el tapete. Básteme señalar que si afirmamos que un bien jurídico-penal es tal antes de que la norma penal lo acoja, tenemos que admitir que existen bienes que son jurídicos por sí y con anterioridad a su presencia en los códigos legales, lo cual conduce a considerar que la naturaleza del Derecho penal es moral antes que jurídica, o jurídica por moral. O sea, que alusualitario el delito es comportamiento inmoral antes de poder ser comportamiento jurídicamente tipificado. Si al decir ahí moral hacemos alusión a la moral social positiva, afirmamos poco más que una trivialidad y no parece que nos alejemos tanto de aquel funcionalismo normativista; si nos referimos a "la" moral racional u objetiva, a la moral verdadera, nos damos de bruces con un objetivismo moral que hará falta fundamentar rigurosamente. Mas reservemos eso para otra oportunidad.

Se mencionó, repito, el delito de clonación reproductiva y se insistió en la idea de que todo delito, y también ese, ha de proteger un bien "jurídico" identificable y merecedor de tan estricta salvaguarda. Así que la pregunta que había que hacer era esa, la de cuál es el bien que respalda el mencionado tipo penal. Nos vimos sumidos en un mar de dudas. Mi tesis, o más bien hipótesis, es que en estos campos en los que bioética y Derecho penal se dan la mano hay mucho delito que no obedece a más explicación que a un prejuicio cultural de trasfondo religioso. Se trata, en suma, del arraigado y atávico temor de que los hombres rebasen su humilde condición y quieran y puedan comportarse como dioses. La naturaleza se mitifica y alterar sus designios, rebasar con medios científicos los límites de "lo natural", supondría un desafío que nos aboca al ineluctable castigo, equivale a volver a comer de la manzana prohibida, aunque esta vez no sea una Eva retozona la que nos ponga a los pies de los caballos celestes, sino unos señores con batas blancas y microscopios.

Por qué, en suma, se ha de prohibir la clonación humana, la reproducción autorreproductiva, esa es la pregunta. Los que comulgan con el dogma religioso ven un atentado contra el orden debido de la Creación, una interferencia en el acontecer

predeterminado del mundo, a la postre un pecado, un desafío a Dios en toda regla. Por las mismas razones han querido antes prohibir y hasta penar el uso de anticonceptivos, el adulterio, las prácticas homosexuales, la fecundación con semen ajeno al del marido y tantas otras cosas de similar jaez. La aspiración de muchos ha sido y tal vez siga siendo la de poner los Mandamientos y su interpretación eclesiástica bajo el amparo del Derecho penal. De eso nos enseña la historia a manos llenas. Esa debe de ser la explicación de que hayan hecho de la bioética su último reducto y se apliquen con saña a su interesado cultivo. En cierta manera, sus mayores preocupaciones han sido siempre las bioéticas, en el sentido más amplio de la expresión, las cuestiones relacionadas con el sexo, la reproducción y la disposición sobre el propio cuerpo. Otras "éticas" les han preocupado y les ocupan bastante menos. Sus tesis han de tener cabida en el debate de una sociedad pluralista y de un Estado de Derecho democrático, pero por razón del mismo pluralismo constitutivo conviene que entre todos nos interroguemos sobre si es de recibo que, medio inconscientemente, siga el Derecho penal operando como arma de una ideología más, por mucho que se presente como doctrina basada en la verdad y no como una más de las concepciones del bien que en libertad compiten y debaten.

Los penalistas que no se abrigan bajo ese tipo de fundamentos ofrecen dos tipos de justificaciones para un delito como el que comentamos. Por un lado, echan mano de la idea de riesgo y hacen ver que puede haber peligros serios en prácticas científicas como esas, cuyas consecuencias últimas se desconocen. Es la versión jurídico-penal del mito de Frankenstein. El sueño de la ciencia puede parir monstruos, y a ver qué hacemos luego. Es el componente conservador y culturalmente arraigado de quienes para nada se pretenden conservadores. Es la defensa del orden establecido frente al orden (todavía) desconocido. Cuando se quiere vestir con el ropaje de un principio jurídico muy en boga, se cita el principio de precaución: no juguemos con las cosas de comer hasta que no sepamos bien qué puede pasar. Pero como lo que haya de poder pasar no lo sabremos mientras no podamos jugar, nos quedamos nada más que con la prohibición del juego. Por si las moscas y por si nos vienen de arriba siete plagas por andar retando a los poderes celestiales.

¿Riesgos? Ciertamente, los habrá. Pero por esa regla de tres, castíguese igualmente la construcción de centrales nucleares o prohíbanse los experimentos con aceleradores de partículas y a la busca de la materia oscura, no vaya a venirnos desde lo Oscuro, o desde la Luz, un maporro de cuidado. Al fin y al cabo, ¿no pudieron valer temores semejantes cuando se descubrieron los rayos X?

La otra justificación hace referencia a los peligros de discriminación social, pues es de suponer que acabaran clonándose nada más que los ricos, que viéramos a Cresos multiplicados en sus clones, mientras que el menesteroso de mi pueblo seguiría agotándose en su vida individual de sujeto único. Loable espíritu social, pero témome que levemente desenfocado, por las siguientes razones.

Los ricos riquísimos ya se perpetúan y perpetúan la desigualdad a través de sus herederos. Si en verdad nos importa la discriminación proveniente de las atroces desigualdades sociales desvinculadas del puro mérito, atáquese la institución de la herencia, sin ir más lejos. No se combata el hipotético efecto alusultarios derivado de la clonación, sino el mecanismo real que mantiene las desigualdades sociales o permite aumentarlas. ¿Qué diferencia existe, al fin, entre que Botín, pongamos por caso, se multiplique por cinco o se reproduzca ortodoxamente cinco veces? ¿No resultaría, a fin de cuentas, más grato tener cinco

idénticas duquesas de Alba -¿pero podría haber cinco duquesas de Alba?- dispuestas a casarse *in extremis* con un señor muy simpático y nada interesado, que contemplar a sus retoños propiamente dichos con su lote hereditario entre las fauces y disertando sobre la incompatibilidad entre el amor y la legítima?

Entre prohibir tajantemente y permitir sin trabas, hay un término medio que no parece irrazonable: la regulación de la clonación reproductiva. Suena a broma el modo como lo voy a decir, pero entiéndase la intención de fondo: que se proporcionen becas de clonación o que se sortee entre los solicitantes y se financie a algunos que no puedan pagarse la faena.

Tiene cierta gracia que algún enemigo de la clonación reproductiva por razón de desigualdades sociales haga compatible tan nobles motivos con la defensa de causas tales como que en los pueblos depauperados no se repartan preservativos y se siga invitando al creced y multiplicaos; y no digamos con la alabanza de la economía de puro mercado y de un orden nacional e internacional basado en la explotación de las necesidades y la miseria. Que tu hemisferio izquierdo no sepa lo que predica tu hemisferio derecho. Me refiero a hemisferios cerebrales, pero tómese en cualquier sentido.

Si prescindimos del trasfondo religioso y de la superstición (cuidado, en este momento no pretendo identificarlos, pues no estoy atacando las creencias religiosas de unos, sino cuestionando los prejuicios irreflexivos de otros), supondrá un reto arduo el de hallarle justificación algo razonable a delitos como este. Porque superstición o prejuicio parece el pensar que el clon de usted fuera a tener exactamente la misma personalidad y la misma vida que usted mismo. ¿Acaso es idéntica la vida y el destino de los gemelos? En cuanto al destino social de los clones, por qué encomendarse a extraños determinismos. ¿Botín –sigo con el ejemplo al buen tuntún- con cuatro clones suyos equivaldría a cinco presidentes de cinco bancos de Santander o a una pentapresidencia de un banco de Santander único? No veo por qué. Y, repitiendo lo de antes, ¿qué diferencia socialmente tangible hay entre que lo hereden o lo reemplacen o lo complementen cuatro clones o cuatro hijos? ¿Alguien encuentra especial consuelo en que los hijos de Ruíz Mateos no sean clones del patriarca, sino vástagos santamente habidos con su legítima esposa?

Me apuesto algo –con cargo a mis herederos- a que en cincuenta años, o antes, los juristas hablarán del derecho fundamental a ser clonado, como secuela del derecho a la vida digna prolongada o al libre desarrollo de la personalidad en el tiempo. Es lo bueno del Derecho y sus doctrinantes, que acaban haciendo virtud de lo que antes condenaron por vicio nefando y elevando a derecho subjetivo lo que antes les pareció aberración. Solo hay que acordarse de cuán inconcebible les parecía a nuestros abuelos lo que hoy tomamos por evidencia moral y conquista constitucional. El jurista siempre es esclavo de los hechos, aunque se sienta emperador de las normas. Por eso el mundo avanza, a nuestro pesar y, sin embargo, para nuestro beneficio, para ganancia de leguleyos y exprimidores de esencias inmarcesibles.

5. Carta a un punitivista exaltado¹⁰.

¿Usted, estimado amigo, cómo se considera habitualmente, como una persona legal y muy de orden o como un delincuente real o potencial? Si no se fía mucho de su apego a las normas o de lo recto de su carácter, a lo mejor se tranquiliza un poco al pensar que hay bastantes cacos que se libran de las garras de la ley. Por fortuna para ellos, tal parece, la

¹⁰ Entrada de 14 de abril de 2009 (<http://garciamado.blogspot.com/2009/04/carta-un-punitivista-exaltado.html>).

policía debe respetar ciertas barreras legales y los jueces a veces hasta tienen que absolverlos aun cuando están en su fuero interno convencidos de que son culpables. Por ejemplo, la policía no puede pincharle el teléfono a alguien al buen tuntún, simplemente porque le ve mala pinta o de manera aleatoria, a ver si por un casual caza a un delincuente inesperado a base de espiar sus conversaciones. Tampoco pueden los policías entrar en su casa y hacer registros así como así y por ver qué se topan. Si le estuviera permitido a la policía hacer esas cosas, muchos malandrines serían descubiertos y apresados, pero, como no puede, pues se libran, al menos de momento.

En cuanto a los jueces, muchas veces tienen que abstenerse de condenar a acusados sobre los que pesan pruebas obtenidas ilegalmente, o cuyas garantías procesales no fueron respetadas durante la instrucción o el juicio. Semejante suerte de los malvados suele producir indignación en la gente de bien, que estima que las leyes están hechas para beneficio de asaltantes, violadores, narcotraficantes, pedófilos y homicidas, entre otros, aunque no para evasores fiscales o conductores cargados de orujo de garrafa. Luego veremos si tienen razón esas buenas personas que piensan tan mal.

Si usted es persona muy honrada y sumamente respetuosa con las normas legales, pensará que no le acecha más riesgo que el de ser atacado por alguno de esos asociales que, para colmo, puede acabar librándose del castigo gracias a aquellas zarandajas legales. Pero si ése es su parecer, querido amigo, usted se equivoca grandemente. Digo más, usted padece esa forma de infantilismo propio de adultos que proyectan sobre el Estado los mágicos poderes que el niño atribuye a los papás antes de llegar a convertirse en un adulto moralmente maduro. Del mismo modo que el niño ve en el padre —o veía, tal vez hasta eso está cambiando— un ser sabio y poderoso al que nada se le escapa y cuyas órdenes son incuestionable ley que vela por los más débiles, hay mayores que piensan que el Estado es infalible y que la palabra de sus instituciones es palabra de Dios. Así, si un policía detiene, ha de ser porque ha dado con un indudable culpable, y si un juez condena, es porque está fuera de discusión la culpabilidad del acusado. Pero los adultos maduros y equilibrados sabemos que en toda actuación humana cabe el error y que, hasta con el mayor cuidado, cualquiera puede pifiarla.

Si usted es de los que a menudo se cabrean al pensar cuántos culpables andan tan campantes por la calle sin que nadie los moleste o beneficiándose de aquellas garantías procesales que tanto le inquietan, le aconsejo que medite también un poco sobre cuántos inocentes serán condenados y estarán pagando pena por lo que en realidad no hicieron. Más aún, si usted es del sector de los buenos, de los que no delinquen ni con el pensamiento, dígame concretamente y con sinceridad qué le preocupa más, si que le absuelvan de algún delito que sí cometió o que le condenen por el que no es suyo. Yo, en su lugar, estaría más preocupado por lo segundo. Usted sabe que a veces se dan casualidades terribles: un tremendo parecido entre dos personas, un testigo miope, el azar de que usted también andaba por allí cuando todo sucedió, que calza el mismo número y llevaba un modelo igual de zapato, que la matrícula de su coche es casi idéntica, que, incluso, la muerte había sido en tiempos novia suya y habían roto de muy mala manera. Qué sé yo. Y alguna tele echando leña al fuego, claro. También sabe usted que, a veces y en algunos países, cuando a los policías no se los ata corto falsean pruebas y amañan testimonios. Hay muchas películas sobre eso. Así que dese usted cuenta de que es sumamente terrible y no es del todo improbable que un día

le carguen a usted –o a un hijo suyo, por ejemplo- con el muerto de otro. Más le digo: es tanto más probable que esa desgracia le ocurra cuanto menores sean aquellas garantías procesales que, según tanto dice usted en el bar a todas horas, sólo sirven para que los ladrones y asesinos se vayan de rositas. Fíjese, le voy a poner algunos ejemplos.

Usted seguro que ha oído hablar de la presunción de inocencia. Le parece horrible, claro. Significa que o la acusación demuestra fehacientemente y con pruebas que el imputado es culpable o éste debe ser absuelto, aunque no se haya tomado ni la molestia de defenderse. Y no sólo eso, dicha demostración –que es siempre una demostración relativa, lamentablemente- ha de hacerse con pruebas legalmente obtenidas, dándole al acusado la ocasión de contraargumentarlas o de ofrecer las suyas y procurando que no esté en situación de inferioridad humana y procesal ante quien lo acuse. Terrible, sí, pero ahora cuénteme si no le alivia un poco pensar que esa presunción de inocencia y las dificultades para derribarla hacen un poco menos probable que usted sea condenado como autor de lo que no hizo y nada más que porque alguien mete la pata o le tiene ojeriza. No basta que contra usted declare el policía o la vecina del quinto, o que alguien que le haya espiado a hurtadillas muestre una foto supuestamente acusadora: hay que convencer al juez con argumentos y pruebas legales y fiables. ¿Verdad que ya se siente un poco más tranquilo?

¿Y le suena lo del principio de *in dubio pro reo*? Sí, lo sé, le suena fatal por lo del pro reo. Claro, eso es porque nunca se imagina que el reo sea usted o uno de sus seres queridos, y menos todavía piensa que puedan ser ustedes los encausados por error o mala fe. Mire esta historia, no tan infrecuente. Por algún mal querer, una señora que la tiene tomada con usted lo acusa de haberla violado. Tiene unos moratones que usted no le hizo, pero los tiene. Estuvo en verdad aquel día en el despacho de usted a una hora en que no quedaba nadie más en el edificio y usted sabe que nada malo ocurrió, pero ella dice lo contrario. En su ropa interior aparecen varios pelos suyos, que vaya usted a saber cómo llegaron allí o quién los puso. Además, un viandante declara que desde la calle oyó gritos de mujer que salían por la ventana de su oficina a la fatídica hora. Usted es inocente, repito, todo es un montaje. Alguna vez ha ocurrido, lamentablemente. Pero los medios de comunicación han saltado a su yugular y exigen medidas extremas y condena ejemplar. Ha habido incluso manifestaciones ciudadanas para pedir la cadena perpetua para usted y todos los violadores de su calaña. Pero resulta que usted no es un violador ni le tocó un pelo a aquella dama, cosa que no sabe esa gente que así se manifiesta y se alborota, de la misma manera que usted lo ha hecho otras veces cuando asistió a concentraciones por el mismo motivo o se excitó a la hora del café pidiendo mano dura con toda esa chusma.

Qué tristeza, ahora le ha tocado a usted mismo la china y escucha desde su celda el rechinar de los dientes de sus conciudadanos. Mas una última esperanza le queda. Le ha tocado un juez íntegro y que no se deja amilanar por las presiones ni influir por las campañas con las que algunos medios infames tratan de aumentar su audiencia o su tirada. Y ese buen juez tiene la mosca detrás de la oreja, duda seriamente sobre si usted será autor de la reprobable acción de la que se le acusa, pues ha visto en las pruebas alguna inconsistencia, no se fía del todo de algunos testimonios y no ha observado en usted los indicios habituales en el que comete fechorías de ese cariz. En suma, que duda y duda y no sabe qué hacer. Mejor

dicho, si es un juez de los buenos y si se atiene a los principios que rigen la justicia penal en un auténtico Estado de Derecho, sí sabe qué hacer en esa su dubitativa situación: aplicar el *in dubio pro reo* y, por tanto, absolverlo a usted. Se arriesga a que lo crucifique la opinión pública y, además, a que resulte que si en realidad usted sí fuera un violador y un día, en el futuro, comete una nueva agresión sexual, se le venga a él, el juez, el mundo encima. Pero algo le preocupa más: que usted pueda ser inocente y que, si él le condena, acabe pagando por lo que no hizo. Y ese juez sabe que esa preocupación es la que inspira garantías como la del *in dubio pro reo*. Así que cumple con su obligación, se atiene al hacer de un buen profesional y dicta sentencia absolutoria. Se ha librado usted por muy poco de los que, como usted, quieren que los jueces den leña a discreción. Ha tenido mucha suerte de que aún queden jueces en lugar de tiralevitas y trepas.

¿Verdad que ya se siente usted un poco mejor? ¿No le parece que, para nosotros, los buenos y legales, es una gran fortuna que rijan esos principios de presunción de inocencia y de *in dubio pro reo*? Pues a ver si no nos olvidamos de esta pequeña lección, y no se pone usted a pedir sangre otra vez y a la mínima, sin darse cuenta de que, si le hacen caso y el Estado se convierte en ese monstruo que usted invoca, lo probable es que esa sangre sea la suya y que sea él mismo, el Estado, el que se la saque sin miramientos y por un quítame allá esas pajas.

Y, por cierto, ya que estamos en confianza, contéstemme sinceramente otra pregunta: ¿a usted qué le da más miedo normalmente, sus vecinos o el Estado mismo? Piénselo despacio y no se apresure con la respuesta, pues si me va a decir que teme más que nada a sus conciudadanos porque pueden ser sangrientos asesinos o insaciables atracadores, y que, en cambio, el Estado y sus servidores le parecen buenos por definición, puros, castos e insobornables en todo caso, y que prefiere entregar su libertad y su tranquilidad por entero al Estado para que lo proteja contundentemente frente a tanta mala gente que hay por el mundo, si me va a decir todo eso, tendré que replicarle una cosa, aunque me duela: es usted un perfecto cantamañanas, un inconsciente y un ignorante; y, además, es usted carne de cañón de todas las tiranías pensables y, posiblemente, sería usted, pobre diablo, una de sus primeras víctimas. Así que ojito con lo que gritamos y lo que pedimos. La historia enseña que los más fieros monstruos, los más temibles leviantes, nacen de las manifestaciones multitudinarias de las gentes de ley y orden. Que no se le olvide.

Concepto dogmático y jurisprudencial de dolo. Su creciente aproximación a la imprudencia en nuestra jurisprudencia.

PROF. DRA. MIRENTXU CORCOY

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

ABSTRACT:

Este trabajo pretende establecer criterios que facilitan la prueba del dolo en el proceso penal evitando la actual tendencia, tanto judicial como legislativa, de ampliar el ámbito del dolo en detrimento de la imprudencia. Se pretende aportar criterios que aporten mayor claridad en la clásica discusión acerca de la delimitación entre dolo eventual y culpa consciente. Para ello se parte de un concepto de dolo que, respetando los elementos que justifican su mayor desvalor conforme a la función y finalidad que se predica del Derecho penal, posibilite la prueba en el proceso respetando los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo. A modo de ejemplo de la actual situación legislativa y judicial en relación con la referida delimitación, se analiza la situación en el ámbito del tráfico viario. Se trata de un área en la que, tanto el legislador como los jueces, han modificado el concepto de dolo y que además se trata de un ámbito con una elevada relevancia práctica. Entre los elementos a valorar para determinar la calificación como dolo o imprudencia son especialmente relevantes en la práctica dos: evitar una fundamentación del dolo en base a la personalidad del sujeto –derecho penal de autor- y tomar en consideración las circunstancias que el sujeto conocía respecto del riesgo inherente a su conducta, junto con aquellas que permiten afirmar la existencia de un error sobre la eficacia concreta del riesgo conocido.

ABSTRACT:

This work attempts to establish criteria that facilitate the proof of dolus on the criminal process avoiding the present trend, judicial and legislative, to broaden the scope of the dolus in detriment of imprudente. It is intended to provide criteria to improve clarity in the classic discussion concerning the delimitation between dolus eventualis and conscious imprudence. To do this it is part of a concept of dolus whilst, respecting the elements that justify its greater historical disregard in accordance with the function and purpose that is preached of the Criminal Law, allowing for the test in the process while respecting the principles of presumption of innocence and in dubio pro reo. As an example of the current situation legislative and judicial, in relation to the afore mentioned delimitation, analyzes the situation in the field of road traffic. This is an area in which both, the legislator such as judges, have changed the concept of dolus and that is also an area with a high practical relevance. Among the elements to assess to determine qualification as dolus or negligence are especially relevant in practice two: avoid a justification of the dolus on the basis of the personality of the subject – author criminal law -. And take into consideration the circumstances that the subject knew of the risk

inherent in its conduct, along with those which allow us to confirm the existence of an error on the practical effectiveness of the known risk.

PALABRAS CLAVE: Dolo; dolo eventual; imprudencia; ignorancia deliberada; manifiesto desprecio; temeridad; presunción de inocencia; *in dubio pro reo*.

KEYWORD: Dolus; *dolus eventualis*; imprudente; recklessness; obvious contempt; foolhardiness; presumption of innocence; *in dubio pro reo*.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Concepto y contenido del dolo; 3. Teorías doctrinales acerca del dolo eventual; 4. Propuesta de delimitación entre dolo e imprudencia; 5. Dolo e imprudencia en el ámbito del tráfico viario; 6. Límites a la calificación como dolo de la ignorancia deliberada o el manifiesto/temerario desprecio.

1. Introducción

En el Derecho penal la discusión acerca del concepto y los requisitos del dolo ha dado lugar a innumerables trabajos desde hace muchos años. Pese a ello la discusión sigue abierta y en algunas de las últimas construcciones ha tomado un papel preponderante la cuestión procesal. No puede olvidarse que en la práctica las sentencias no reflejan la “verdad ontológica” sino la “verdad procesal”. Es decir, el respeto del derecho de defensa y las garantías que de este se derivan determina que quien acusa es quien debe aportar las pruebas que pueden tomarse en consideración en la configuración de los hechos probados. Aun cuando en el proceso penal rige la libre valoración de la prueba, las conclusiones a las que llega el juzgador deben ser motivadas racionalmente, siguiendo los criterios de interpretación aceptados en Derecho. No son admisibles las presunciones, máxime cuando éstas sean contrarias al reo. En virtud del principio *in dubio pro reo* el juzgador está obligado a condenar exclusivamente respecto de los hechos de los que, una vez practicadas las pruebas, subsistan dudas. El respeto de estos principios tiene consecuencias especialmente relevantes en relación con los aspectos subjetivos del delito puesto que según se interprete su concepto, la prueba en el proceso devendrá imposible y será sustituida por las convicciones subjetivas del juzgador que no estarán basadas en los hechos jurídico-penalmente relevantes sino en consideraciones que nada tienen que ver con el fundamento de la sanción penal.

Desde una perspectiva dogmática es factible elaborar un concepto de dolo que responda a la concepción que, en cada caso, se defiende respecto de la teoría del delito. No obstante, entiendo que por mucho que esos planteamientos sean lógicos y razonables, atendiendo a la perspectiva adoptada, no son válidos si en el proceso son disfuncionales. Disfuncionales porque alguno de los requisitos no pueda probarse o/y porque conlleven en la práctica soluciones poco conformes con un Derecho penal del hecho y respecto del principio de proporcionalidad.

A partir de la concepción clásica del dolo que requiere que concurra un elemento cognoscitivo y otro volitivo, concebido como querer el resultado, determina que en el dolo eventual, la intención respecto de la producción del resultado se sustituya por su aceptación o la indiferencia frente a éste. En esta línea, la jurisprudencia tradicional, para fundamentar la calificación de un delito como doloso, utiliza argumentos que se relacionan con aspectos internos de la conciencia del sujeto que no sólo no pueden ser probados en un proceso, sino que, en la mayoría de ocasiones, el propio autor también desconoce. Un primer problema surge a partir de la naturaleza de los datos objetivos que se utilizan como indicios de que el sujeto aceptó, aprobó o le fue indiferente la producción del resultado. La segunda cuestión que debemos plantearnos es por qué, partiendo de un Derecho penal del hecho, el desvalor es distinto según sea la actitud interna del autor. Y estas son las cuestiones nucleares a la que tenemos que enfrentarnos y que plantean sintéticamente dos cuestiones: ¿en qué agrava el injusto que el sujeto acepte, apruebe o le sea indiferente el resultado? Y ¿cómo puede probarse esa presunta aceptación, aprobación o indiferencia?.

Sobre la primera cuestión podemos avanzar que desde un Derecho penal que pretende castigar hechos que lesionen o pongan en peligro bienes jurídico-penales, la gravedad del injusto no puede concretarse a partir de la bondad o maldad del carácter del sujeto, que pertenece a su intimidad. Atribuyendo una función de motivación a la norma primaria, el mayor desvalor de los hechos dolosos se fundamenta en la mayor contradicción de la norma que supone el actuar con plena conciencia del riesgo que con la conducta se está creando respecto del bien jurídico penal protegido, no en el carácter del sujeto ni en el móvil que le ha llevado a actuar de esa forma. Respecto de la actitud interna la gravedad del injusto sólo aumenta cuando esos pensamientos “malvados” se traducen en una mayor peligrosidad y desvalor del hecho, como sucede, por ejemplo, cuando el autor actúa con alevosía o con ensañamiento.

Así mismo, surge un problema estrechamente relacionado con lo anterior y que afecta a la comprensión que se tenga del Derecho penal, en concreto al principio de culpabilidad en sentido amplio, es decir, a la exclusión de la responsabilidad objetiva. Aceptar este principio determina que no se pueda castigar por un resultado que no estuviera abarcado por el dolo o la imprudencia del sujeto. Este planteamiento implica que no puede fundamentarse el dolo, en ningún caso, en la gravedad del suceso o en la alarma social. Sin entrar en la cuestión sobre si el resultado es una condición de punibilidad o si forma parte del injusto, lo que hoy día es doctrina prácticamente unánime es que no puede castigarse por resultados no imputables objetivamente a una conducta dolosa o imprudente.

Respecto al aspecto procesal, la cuestión se centra en que, a partir de las concepciones clásicas sobre el dolo, no es posible probar lo que el sujeto pensaba en el momento de los hechos y, lo que es muy probable, el sujeto tampoco sabe lo que quería en ese momento, como no fuera, en cada caso, alcanzar objetivos que en nada se relacionan con el hecho, en cuanto jurídico-penalmente relevante. No pueden confundirse las motivaciones que el sujeto tiene para llevar a efecto una determinada conducta con el dolo. En un proceso que reúna las garantías

exigibles en un estado de Derecho no es posible probar las intenciones del sujeto, que no se traduzcan en datos objetivos que puedan servir de indicio para esa atribución. Ello ha contribuido lógicamente a que el dolo se haya normativizado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sin que se hayan erradicado totalmente las posturas que siguen defendiendo ese elemento subjetivo¹.

2. Concepto y contenido del dolo

Siendo discutible dogmáticamente que exista una única concepción del dolo que sea válida, en términos absolutos, tampoco puede afirmarse en los mismos términos qué elementos o requisitos son esenciales. Obviando en este contexto la clásica discusión entre las teorías cognitivas y volitivas, en sus diferentes variantes, lo cierto es que, con independencia de la discusión dogmática, ésta no puede deslindarse del problema más relevante en la práctica: la prueba del dolo en el proceso². No restando importancia a los problemas dogmáticos y político criminales que suscitan unas y otras posturas, no es menos relevante que las diferentes teorías del dolo no pueden ni deben olvidar que el dolo no es un hecho sino una adscripción, una imputación, y como tal debe probarse en el proceso³. Por consiguiente, deben tomarse en consideración las consecuencias que en el proceso plantea la exigencia de la concurrencia de determinados elementos, esencialmente, los de naturaleza volitiva. Tampoco puede obviarse, que la calificación como dolo eventual en nada cambia que ello supone una condena por un hecho doloso.

El concepto de dolo eventual no es un término legal sino una construcción dogmática que se utiliza en la distinción entre dolo e imprudencia y que carece de consecuencias respecto de la calificación jurídico-penal de los hechos y, en consecuencia, respecto de la atribución de una pena. Legalmente sólo existen delitos dolosos e imprudentes. Desde la perspectiva del

¹ La referida normativización del dolo no supone la adopción de una concepción funcionalista del Derecho penal, entendiendo que la función de protección de bienes jurídicos se lleva a efecto a través de la estabilización de la norma, en el sentido defendido, entre otros por FEIJOO SÁNCHEZ, “Funcionalismo y teoría del bien jurídico”, en *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales* (Dir. Mir Puig/Queralt Jiménez. Coord. Fernández Bautista), Ed. Tirant lo Blanch 2010, p. 177 ss; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Barcelona 2003, p. 191.

² KINDHÄUSER, “Der Vorsatz als Zurechnungskriterium”, ZStW 96, 1984, p. 96, ya puso de manifiesto que no tiene ningún sentido exigir un elemento en el dolo que luego no puede ser apreciado, incluyendo en la crítica todas las diversas acepciones que se han ido proponiendo como sustitutivos del “querer”.

³ HRUSCHKA, “Sobre la difícil prueba del dolo”, en *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la Teoría de la Imputación* (trad. Sánchez-Ostiz), Ed. Thomson Aranzadi, 2005, p. 145 ss., que plantea los problemas procesales de la prueba del dolo, a partir del § 244.2 StPO, que introduce el concepto de “hecho relevante para la decisión”, afirmando que tales hechos son el objeto de la práctica de la prueba y entiende que el dolo, o al menos sus requisitos, forman parte de esos “hechos”. Este planteamiento le lleva de forma absolutamente coherente a resultados análogos a los aquí planteados, al afirmar que, aun cuando se requiera un elemento volitivo, como en Alemania requiere la doctrina procesalista, equiparando ambos elementos, volitivo y cognitivo, entre ambos “existe una relación de dependencia según la cual, siempre que un autor lleva a cabo una determinada conducta bajo unas determinadas circunstancias, conociendo el carácter de la acción y de las circunstancias, quiere realizar también tanto la conducta como las circunstancias en cuestión”.

principio de legalidad requerir que el sujeto “quiera” la producción del resultado carece de fundamento. La intención puede ser relevante respecto de algunos delitos concretos, en los que, por ejemplo, se requiera engaño, lo que está estrechamente vinculado a la intención del sujeto, o respecto de determinadas agravantes, como las mencionadas de ensañamiento o alevosía, que presuponen una intención de producción del resultado. Por el contrario, en muchos delitos, en concreto, por ejemplo, todos aquellos vinculados a actuaciones en sectores de riesgo permitido, como el tráfico viario, la seguridad en el trabajo o la medicina, así como en los relacionados con el llamado Derecho penal de empresa o en los relativos al buen funcionamiento de la Administración pública o de Justicia, la intención del sujeto, excepto en casos absolutamente excepcionales, no persigue la producción del resultado previsto en el tipo sino beneficiarse de una u otra forma. En estos supuestos lo usual es que el autor pretenda alcanzar otros objetivos, como puede ser, en los ámbitos de riesgo permitido, llegar en tiempo a una reunión (homicidio/lesión imputable a una conducción a extrema velocidad), conseguir terminar una obra en el plazo acordado (homicidio/lesión imputable a la infracción de normas esenciales de prevención de riesgos laborales), abordar una operación quirúrgica para no perder el puesto de trabajo (homicidio/lesión imputable a carecer de los conocimientos que exige la *lex artis*). En los relacionados con la Administración Pública o de Justicia, la intención del sujeto no será alterar su buen funcionamiento o la confianza del ciudadano sino que, generalmente, tratara de beneficiarse económicamente personalmente o a familiares o amigos.

Desde una perspectiva estrictamente de Derecho penal material entiendo que si la antijuricidad se fundamenta en la gravedad del hecho y no en la bondad o maldad del autor – Derecho penal del hecho y no Derecho penal de autor- lo que el sujeto quiera o no es algo que pertenece a su fuero interno y que no debe ser objeto de valoración. Por otra parte, y a partir de una concepción del Derecho penal fundamentada en la naturaleza imperativa de las normas penales, ya sean de prohibición o de mandato, supone que éstas tienen la finalidad de motivar al ciudadano para no realizar conductas idóneas para lesionar bienes jurídico-penales⁴. El resultado que pueda derivarse de esas conductas está en el origen de la prohibición, en la norma de valoración que lleva al legislador a establecer la de prohibición. Por consiguiente, lo que se tiene que desvalorar en el injusto son los hechos no los resultados, ya que su producción en el caso concreto no depende de la voluntad del sujeto sino del azar. El desvalor del injusto parte del desvalor del hecho, el desvalor del resultado sólo puede servir para limitar el desvalor del hecho, cuando no se produzca el resultado o éste no sea imputable –tentativa *versus* consumación- o impunidad en los delitos imprudentes. Impunidad que en la actualidad se ve “suplida” a través de la creación de tipos en los que se protegen diversos ámbitos de riesgo, entre los que están los delitos contra la seguridad en el tráfico viario, los delitos contra la seguridad en el trabajo o contra la salud de los consumidores⁵. Para condenar por los ilícitos contra la seguridad vial hay que probar exclusivamente que se ha creado un riesgo relevante para la seguridad en el tráfico viario y que el sujeto conocía ese riesgo. Es decir, el dolo abarca

⁴ Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Ed. Reppertor 2011, p. 68 ss., sobre la distinción entre normas de valoración y normas de determinación.

⁵ En el Código Penal español, en el Capítulo IV del Título XVII, se regulan los delitos contra la seguridad vial, en el Título XV, los delitos contra la seguridad en el trabajo y en el Capítulo III del Título XVII los delitos contra la salud pública.

exclusivamente el riesgo inherente a la conducta, no la producción de resultados lesivos para la vida o la salud.

Por lo demás, y en la práctica incluso más importante, hay que resaltar que en el proceso es imposible probar lo que el sujeto quería por lo que finalmente la prueba se va a llevar a efecto a través de presunciones que no son válidas (o no deberían serlo) en Derecho penal. Y ello, entre otras razones, ya apuntadas arriba, porque nos conduce a un Derecho penal de autor. Entender que la concurrencia del elemento volitivo es un requisito esencial del dolo tiene consecuencias inaceptables en el ámbito del proceso ya que se presume el dolo en determinadas personas que por sus antecedentes, por su carácter... se parte de que "querían" o "aceptaban" cualquier resultado lesivo y, por el contrario, se niega el dolo respecto de aquéllas que por su profesión (médicos, jueces, notarios, abogados...) o status, se presume que "en ningún caso querían"⁶. En el extremo opuesto, admitiendo la problemática que las posturas psicologicistas suscitan, también se plantean problemas procesales de diversa índole si se aceptan reglas estáticas de atribución del dolo que vinculen a los tribunales inferiores, máxime cuando no son revisables en casación⁷.

Tomando en cuenta las cuestiones enunciadas es necesario establecer criterios que nos permitan trazar una frontera entre el dolo eventual y la culpa consciente y para ello es necesario, previamente, dotar de contenido al dolo eventual y a la culpa consciente. Hay consenso doctrinal en afirmar que la culpa consciente supone "el conocimiento de la posibilidad de realización típica". No obstante, este concepto de culpa consciente, aunque cierto, no es suficiente ya que ese conocimiento ha de comprenderse, realmente, como "desconocimiento de la efectiva virtualidad lesiva de la conducta en el caso concreto". Con ello se consigue trazar una primera línea en la delimitación entre dolo e imprudencia, ya que el dolo es también "conocimiento de la posibilidad de realización típica" pero no "desconocimiento del efectivo peligro creado".

El concepto de dolo que aquí nos interesa es el de "dolo natural", y no entraremos a considerar el *dolus alus*, que abarca también el conocimiento de la antijuricidad del hecho. El *dolus alus*, que tradicionalmente había sido el concepto causalista de dolo, comprende tanto el conocimiento y voluntad de los hechos externos, como de su significación antijurídica. El conocimiento de la antijuricidad se considera actualmente, por la doctrina mayoritaria, en el ámbito de la culpabilidad y afecta a la problemática del error de prohibición. El "dolo natural" es un concepto más restringido de dolo, que aparece por primera vez en la obra de Welzel y que no incluye la conciencia de la antijuricidad. No obstante, recientemente hay autores que,

⁶ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., Ed. B de F, Buenos Aires 2005 (reimpresión 2008), p. 267 ss., acerca de los criterios jurisprudenciales "teóricos y prácticos" acerca de la concurrencia o no de dolo.

⁷ Cfr. LAPORTA, *El dolo y su determinación en casación*, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007, realiza un estudio sobre el dolo, partiendo de si el dolo se prueba o se imputa, pero lo esencial es que plantea la cuestión en el contexto del Derecho penal económico y criticando las consecuencias que en este ámbito, pienso que en todos, plantea una concepción psicologicista del dolo.

desde perspectivas diferentes, proponen una reformulación del dolo, en el que se incluiría el conocimiento de la prohibición⁸.

El "dolo natural" tiene dos elementos: conocimiento y voluntad y se concibe como "conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo de injusto". Este concepto de dolo natural es el que actualmente defiende la doctrina mayoritaria. De este dolo es necesario concretar dos aspectos: 1º) Qué se entiende como "voluntad" y en qué medida se puede diferenciar ésta de la "voluntad mala" propia del *dolus alus*; y 2º) Qué se entiende por "situación objetiva descrita por el tipo injusto", es decir, cuál es exactamente el objeto del dolo: qué elementos han de estar abarcados por éste. Y en este punto hay que evidenciar que también son objeto del dolo natural los elementos normativos del tipo, ya sean expresos, tácitos o se trate de leyes penales en blanco. Esta cuestión afecta al llamado error de subsunción, que la doctrina mayoritaria califica como error de prohibición cuando debería considerarse error de tipo⁹. Es error de tipo porque supone desconocimiento de un elemento del tipo o al menos de su verdadero significado. Que ese elemento sea normativo en nada debería afectar a que, siendo un elemento del tipo, el error sobre su concurrencia se calificase como error de tipo. Máxime cuando en realidad todos los elementos del tipo son normativos ya que su interpretación no se lleva a efecto a partir de una interpretación exclusivamente gramatical sino jurídica. Piénsese, como ejemplo, en el concepto penal de muerte y de vida independiente, con las diferentes posturas que existen, y que afecta a un elemento aparentemente "no normativo" como es el de persona viva en los delitos de homicidio o aborto.

El elemento volitivo del dolo, entendido como "querer" o como "voluntad" es, precisamente, el caballo de batalla del dolo eventual. En primer lugar, es necesario distinguir "querer" de "desear". Para que sea posible afirmar el "querer" es necesario que se reconozca la existencia de factores de riesgo que hacen posible la realización típica. Si el sujeto no conoce el riesgo inherente a su conducta, no es posible hablar de "voluntad de realización típica", sino

⁸ Cfr. JAKOBS, "Dolus Malus", InDret 4/2009 (www.INDRET.COM) (trad, Yamila Fakhouri Gómez), parte de una de las ideas centrales de su obra, la fidelidad jurídica, para concluir que la indiferencia también debe ser calificada como dolo. Considera que la falta de interés no es conocimiento pero tampoco es error y entiende que lo que denomina "*dolus indirectus*" es también dolo y no imprudencia. Su planteamiento, en cierta medida, aunque con una fundamentación muy diferente, se acerca al concepto anglosajón de la *recklessness* o ignorancia deliberada. Analicemos uno de los ejemplos que plantea: dos sujetos hacen caer una carpa bajo la cual se encuentra un gran número de personas para evitar que siga la función, uno ha pensado que se podría provocar una situación de pánico con consecuencias mortales y el otro no. Evidentemente en esta caso la conducta es dolosa para ambos, independientemente que se alegue que uno de ellos no pensó en las consecuencias mortales. Nos encontramos frente a un supuesto que tradicionalmente se incluiría en el dolo directo de segundo grado, y la razón que la conducta de ambos sea dolosa es porque, independientemente de lo que querían, lo relevante es que no podían confiar en que no se produjeran resultados lesivos siendo "indiferente" que les fuera "indiferente" la muerte de las personas o no.

⁹ Cfr. FAKHOURI GÓMEZ, "Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad – Un modelo para afrontar la cuestión del error en Derecho penal", InDret 4/2009 (www.INDRET.COM), se plantea la cuestión del error sobre elementos normativos, calificado tradicionalmente por la doctrina, como error de subsunción a considerar como error prohibición, y entiende que ello afecta al injusto y no a la culpabilidad. Siendo cierto este planteamiento la solución no está en considerar que el *dolus malus* también forma parte del injusto sino en la consideración de estos elementos normativos conforme a su naturaleza de elementos típicos y, en consecuencia, calificar directamente este error como error de tipo.

únicamente de "deseo de realización típica". En un ejemplo propuesto por Herzberg, el boxeador desea la muerte de su adversario y, en un combate en el que cumple todas las reglas del boxeo, el contrincante muere por un problema físico que tenía y que desconocía el otro. Que el boxeador "desea la muerte de su contrincante" no será dolo si no conoce "la especial constitución" de su adversario y respeta las "reglas técnicas", que rigen en el boxeo; mientras que, si conociese la especial constitución, cabría hablar de homicidio doloso, pese al "cumplimiento de las "reglas técnicas"¹⁰.

El segundo aspecto a considerar es el alcance que se dé al término "querer", o, según otros autores, a la "voluntad", en una palabra, al elemento volitivo del dolo. En la doctrina finalista, el concepto de acción final, tiene ya un componente volitivo, al caracterizarse como "ejercicio de actividad final". La acción concebida como voluntad conducida finalmente, implica que la finalidad sea elemento de ésta y, al mismo tiempo, llene de contenido al elemento volitivo del dolo. Esto explica que la doctrina de la acción final donde tropieza con mayores obstáculos es en el ámbito de la imprudencia, en especial la inconsciente. Incluso sectores doctrinales, no adscritos al finalismo ortodoxo, entienden que el elemento volitivo del dolo –"querer"– consiste en la resolución de ejecutar la acción típica.

El elemento volitivo del dolo, así concebido, presenta innumerables problemas, tanto materiales como formales. Desde una perspectiva material, juzgar sobre "la resolución criminal" determina la necesidad de entrar en la "intimidad psíquica" del autor lo que, con independencia de la poca fiabilidad de los resultados que se obtendrían, dado el estado actual de la psicología, nos llevaría, en muchos casos, a concluir que la "voluntad" que llevó al sujeto a actuar no guardaba ninguna relación con la realización típica. Se pueden pensar, en este sentido en un interminables número de casos: el sujeto que comete unos abusos deshonestos "con la voluntad" de perjudicar el buen nombre de su padre al que odia, el individuo que realiza un atraco "con la voluntad" de salir en los periódicos...; sin entrar ya en finalidades más ocultas del subconsciente que podría descubrirse en el examen de la psique del sujeto y que, probablemente, ni siquiera él conoce.

Junto a este primer problema se encuentra, el no menos importante, de la prueba de un proceso psíquico, que tendrá que fundamentarse, en todo caso, en los indicios que muestran los hechos externos. Ante esta dificultad, la voluntad político-criminal, que se advierte tras la exigencia del elemento volitivo, de restringir el ámbito del dolo a los supuestos en que se constate una "voluntad criminal", se ve refutada de pleno por la práctica jurisprudencial. La jurisprudencia ante la dificultad insalvable en muchos casos y, en particular, en los casos de dolo eventual, de probar la existencia del elemento volitivo, se guía en su decisión sobre la existencia o no de dolo por criterios totalmente ajenos a éste en la mayoría de supuestos a partir del carácter del sujeto y, en especial, de sus antecedentes delictivos¹¹.

¹⁰ Cfr. HERZBERG, "Die Sorgfaltwidrigkeit im Aufbau der fahrlässigen und der vorsätzlichen Straftat", *Juristische Zeitung*, 1987, p. 537 ss

¹¹ Cfr. CORCOY BIDASOLO, "En el límite entre el dolo y la imprudencia", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1985, p. 257-274, se pone de manifiesto como en la sentencia comentado la fundamentación del dolo de matar se basa, esencialmente, en el hecho de que el imputado se dedicaba al tráfico de drogas. Esta doctrina jurisprudencial se mantiene en la actualidad aun cuando se le esté dando

La exigencia de constatar un elemento volitivo en el dolo, entendido como resolución criminal, junto a la imposibilidad de encontrar esta "voluntad" en los supuestos de dolo eventual, conduce a un sector doctrinal a excluir el dolo eventual del ámbito del dolo, mientras que otros autores, en base al menor contenido de injusto del dolo eventual (como consecuencia del menor alcance del elemento volitivo en estos supuestos), proponen la aplicación, en estos casos, una atenuación análoga a la tradicionalmente conocida como "atenuante de preterintencionalidad"¹².

Otro sector doctrinal, en sentido opuesto, y al que me adhiero en este punto, considera el dolo eventual como auténtico dolo, en otras palabras, como el tipo básico de dolo. Considera, esta teoría, que no es necesario el elemento volitivo en el dolo, y no sólo por la dificultad de prueba, sino por razones dogmáticas. De acuerdo con una concepción del injusto, como injusto del hecho, en el que lo relevante es la creación de un riesgo típicamente relevante conocido por el autor, es irrelevante, en este contexto, la intención del autor que le mueve a actuar. Para esta postura doctrinal la exigencia del elemento volitivo en el dolo y, en particular, de "querer el resultado", es un residuo del concepto tradicional de dolo como *dolus alus*.

En esta línea, de restar vestigios del *dolus alus*, existentes en tanto se mantenga el elemento volitivo, puede plantearse la posibilidad de comprender la "voluntad" del dolo en el sentido de "comportamiento voluntario", que no choca ya con la "voluntad" propia del dolo eventual, ya que el "comportamiento voluntario" es presupuesto general de todo delito¹³. Aun cuando, a primera vista, parezca que con ello lo único que se hace es eliminar el elemento volitivo del dolo, ello no es totalmente cierto. La exigencia de "comportamiento voluntario" implica la conciencia del autor de sus propios actos, que conlleva la ausencia de comportamiento en los casos en que no concurre, como son los supuestos de fuerza irresistible, inconsciencia y actos reflejos. El "comportamiento voluntario" está, necesariamente, en relación con los conocimientos que el sujeto tenga sobre la relevancia del riesgo propio de su conducta, por lo que el contenido de la voluntad es, consecuentemente, distinto cuando el sujeto actúa conociendo la relevancia típica de su conducta –dolo- que si no la conoce, al menos en su exacta virtualidad –imprudencia-. La existencia de comportamiento voluntario unido al conocimiento propio del dolo constituye el contenido de la "voluntad" propio de los hechos dolosos. El elemento "voluntario" que acompaña al comportamiento tiene un contenido distinto en los hechos dolosos y en los imprudentes, como consecuencia inmediata del distinto nivel de conocimiento existente en uno y otro caso. En términos de teoría de la norma, la contradicción a la norma es mayor cuando el sujeto reconoce la probabilidad de lesionar un bien jurídico que cuando no sucede así, lo que justifica el mayor desvalor del injusto doloso respecto del imprudente.

una argumentación "moderna" a partir del concepto de "ignorancia deliberada". Ejemplo de esta jurisprudencia lo encontramos en la STS de 30 de septiembre de 2009 (Ponente Marchena Gómez).

¹² Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español. Parte General*, Barcelona 1984, p. 247 ss.

¹³ Afirmación que en la actualidad se pone en entredicho a partir de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si se pretende atribuir a estas la comisión de un delito, este en ningún caso tendrá como presupuesto un "comportamiento humano", ni voluntario ni involuntario.

Con ello, se quiere poner el acento en que, aun cuando el elemento cognoscitivo, el conocimiento de los hechos, es propio tanto del dolo como de la imprudencia, el contenido del conocimiento es distinto en uno y otro caso. La importancia que tiene el conocimiento que posee el sujeto respecto del riesgo que crea su conducta se pone de relieve al examinar la culpa consciente. En ésta, el sujeto tiene que contrarrestar, de algún modo, el conocimiento del riesgo que posee, para que no se le atribuya al hecho el carácter de doloso. En el homicidio, el elemento del tipo es la "idoneidad concreta de la conducta para causar la muerte de una persona", y es "esta idoneidad en el caso concreto para causar la muerte", lo que debe conocer el sujeto para que pueda calificarse el hecho como doloso. Para que el homicidio sea imprudente, el sujeto debe desconocer la idoneidad concreta de su conducta para causar la muerte de una persona en el caso concreto –por error sobre la efectiva peligrosidad de su conducta o sobre su capacidad de evitación-.

Otro aspecto del "dolo natural" que está necesitado de concreción es cuál deba ser el objeto del dolo –qué elementos debe de abarcar-. Para contestar este punto es necesario determinar, en primer lugar, qué es o qué se entiende por "situación objetiva descrita por el tipo de injusto". Si esta situación objetiva es la "creación de un riesgo típicamente relevante", como tipicidad de la conducta, éste será el objeto del dolo. El primer requisito necesario, para que pueda hablarse de dolo, es que exista un riesgo normativamente relevante. Objeto del dolo, son pues, los hechos externos en cuanto peligrosos, ya que si se conoce el "dato objetivo", pero se desconoce el riesgo típicamente relevante que representa ese "dato objetivo", ese aspecto no es objeto del dolo. El dolo ha de abarcar los elementos típicos en tanto que constitutivos del injusto, tanto descriptivos como normativos y tanto esenciales como accidentales. Objeto del dolo es pues la conducta, no el resultado ni la relación de riesgo (o el curso causal), ya que éstos no pertenecen al injusto. Cuestión diferente es que el conocimiento del riesgo típico implica el conocimiento de su idoneidad para producir un determinado resultado y que, por consiguiente, si se conoce el riesgo pero no su idoneidad no hay dolo respecto del resultado.

La doctrina, que podemos considerar mayoritaria, entiende, por el contrario, que el dolo abarca a todos los elementos pertenecientes al tipo legal, con lo que se incluye tanto el resultado como el curso causal. Esta concepción, unida a la exigencia del elemento volitivo, como "resolución de ejecutar la acción típica", debería conducir, necesariamente, a negar el carácter de dolo, no sólo al dolo eventual, sino también al dolo directo de segundo grado, ya que, tampoco en esta clase de dolo se exige "querer" el resultado. Los efectos de esta concepción del dolo, deberían conllevar, por ejemplo, en las lesiones la necesidad de probar, en cada caso, si el sujeto "quería" que la víctima necesitase de tratamiento médico quirúrgico y no exclusivamente de asistencia facultativa o, en su caso, que quedara inutilizado su riñón....

La problemática enunciada puede apreciarse analizando brevemente las diferentes modalidades de dolo elaboradas por la doctrina. En relación con las clases de dolo, atendiendo al contenido de conocimiento y voluntad, la doctrina es unánime en distinguir tres modalidades de dolo: 1º) dolo directo de primer grado, en el que es predominante el elemento volitivo y, en concreto, la intención de producir el resultado, 2º) dolo directo de segundo grado, que se aprecia cuando el autor se representa el resultado como consecuencia necesaria

de su actividad, sin que sea necesaria una voluntad dirigida al resultado; 3º) dolo eventual, el que nos ocupa y del que se discute tanto su contenido como su posibilidad de punición como dolo. Las diversas teorías del dolo enunciadas tratan precisamente de "buscar" "idear" el elemento volitivo, en relación con el resultado.

El problema surge porque la voluntad dirigida al resultado es patrimonio exclusivo del dolo directo de primer grado, por lo que también entraría dentro de lo posible entender que la intención –*Absicht*–, es un elemento agravatorio del injusto, que convierte al dolo directo de primer grado en un "dolo cualificado" y no un elemento esencial del concepto de dolo, mientras que, el dolo eventual, pasaría a constituir la modalidad básica de dolo, puesto que contiene todos los elementos esenciales de éste. Este planteamiento no es ajeno a algunas de las circunstancias agravantes como la alevosía o el ensañamiento, entre otras.

La consideración del resultado como condición de punibilidad no supone negarle importancia. En relación con el contenido del dolo hay que resaltar que el hecho de que el resultado no sea objeto del dolo, no quiere decir que no se le tome en consideración. Siendo, el objeto del dolo el riesgo propio de la conducta y exigiendo el conocimiento de ese riesgo típicamente relevante se deduce, de forma inmediata, la afirmación de que el sujeto ha previsto el resultado. El resultado previsible está implícito en el riesgo conocido por el autor: el conocimiento propio del hecho doloso comprende la "previsibilidad individual del resultado". En la culpa consciente, junto a la previsibilidad del resultado por el agente, se ha de constatar la exclusión en su conciencia de la efectiva realización.

La determinación de la existencia de dolo ha de considerarse *ex ante*, en el momento en que se desarrolla la conducta del sujeto, siendo irrelevante un dolo antecedente o subsiguiente. El dolo es pues conocimiento *ex ante* por el autor del efectivo riesgo concurrente en su conducta. La imprudencia, en particular la denominada "culpa consciente", supone conocimiento del riesgo pero error sobre su efectividad. Situación que, por diversas razones, es habitual en las conductas ilícitas que se desarrollan en el tráfico viario.

3. Teorías doctrinales acerca del dolo eventual

Antes de seguir con la propuesta hagamos un sintético análisis de las teorías desarrolladas por la doctrina en su búsqueda de criterios de delimitación entre dolo eventual y culpa consciente.

a) Teoría del consentimiento. Se contemplan, dentro de la teoría del consentimiento, todas aquellas posiciones doctrinales que otorgan un papel preponderante al elemento volitivo: el elemento esencial del dolo es el "querer". Como contenido del querer, propio del dolo eventual, se han considerado: la aprobación, la aceptación o la ratificación del resultado, es decir, siempre y, en todo caso, un elemento volitivo en relación con el resultado, que sustituya la "intención" o la "voluntad final". Estas teorías convierten al dolo eventual en una "subclase" del dolo directo de primer grado. Paradójicamente nada de eso sucede con el dolo directo de segundo grado. En el dolo directo de segundo grado, lejos de exigir la presencia de un elemento volitivo, se considera suficiente que el autor advierta la producción del resultado

como inevitable. Esta afirmación supone incurrir en una incoherencia, pues una variación "cuantitativa"- la mayor probabilidad de producción del resultado- característica del dolo directo de segundo grado- no puede nunca transformarse en un cambio "cualitativo" de los elementos que han de conformar el contenido del dolo.

Esta teoría se conoció como "**teoría hipotética del consentimiento**", por utilizar, como medio de prueba, la primera fórmula de Frank: según la cual debe de preguntarse cómo se hubiera comportado el autor en caso de haber contado con la seguridad de la realización del tipo. Dentro de esta corriente, los defensores de la "**teoría positiva del consentimiento**", se sirven de la segunda fórmula de Frank, en la prueba de la existencia del dolo eventual, preguntándose: "*Si el autor dijo: sea así o de otro manera, suceda esto o lo otro, en todo caso yo actúo, entonces su culpabilidad es dolosa*". No obstante, existen discrepancias sobre la naturaleza de esta última fórmula, hasta el punto de que hay autores que, negando expresamente ser partidarios de la teoría del consentimiento, la utilizan.

En ocasiones, autores que parece que podrían seguir la teoría del consentimiento, por exigir el elemento volitivo para la existencia del dolo eventual, parten del conocimiento del sujeto sobre la probabilidad de producción del resultado para apreciar, de forma inmediata, la presencia de dolo. De este modo si, pese a advertir el peligro de producción del resultado, el sujeto no hace nada para evitarlo, se presumirá que lo quería, o lo que es lo mismo, se afirma la existencia de dolo sino se manifiesta objetivamente una voluntad de evitación. En consecuencia, la exigencia del elemento volitivo se traduce, en el dolo eventual, para los defensores de una u otra modalidad de la teoría del consentimiento, en un "querer presunto" que debería ser ineficaz en el ámbito penal.

b) Teoría de la probabilidad. Pone el acento en el elemento intelectual: el conocimiento. Niega, por otro lado, la necesidad de que en el dolo haya un elemento volitivo. De acuerdo con este planteamiento, lo decisivo para estimar unos hechos como dolosos, es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor. En su comienzo, según la formulación inicial de esta teoría, habrá dolo eventual cuando el autor considera probable la producción del resultado y culpa consciente cuando sólo la cree posible. La **teoría estricta de la probabilidad** es muy imprecisa en la práctica y se hace merecedora de algunos de los reproches que se le dirigen. Si para el juez, *ex post*, le es imposible determinar cuando algo es posible o probable, para el autor, *ex ante*, aún será, si cabe, más difícil, conocer si un resultado se presenta como posible o como probable. Sobre la teoría estricta de la probabilidad cabe efectuar algunas precisiones que la hagan más viable. La distinción según probabilidad o posibilidad- será más satisfactoria si, junto a ello, se exige un momento de decisión a favor de la conducta en cuanto peligrosa: es decir, que se quiere la conducta como peligrosa para un determinado bien jurídico. La diferencia esencial, respecto a la teoría del consentimiento estriba en que el objeto del querer pasa del resultado a la conducta, con todas las consecuencias, tanto materiales distinto contenido del querer-, como formales –menores dificultades de prueba- que ello conlleva.

c) Teoría del sentimiento. Lo relevante en esta teoría es que atiende a la actitud interna del sujeto frente a la previsible producción del resultado lesivo, es decir, esta sería la teoría adoptada por el juzgador de instancia en el caso Cabello. Para analizar la actitud interna se juzga la situación emocional del sujeto y, en base a la indiferencia ante la probable producción de un resultado penalmente relevante, se afirma la existencia de dolo. La indiferencia se considera como elemento negativo de la voluntad, es decir, el aspecto negativo del elemento volitivo. Con el elemento de la **indiferencia**, esta teoría va más allá del "querer", que tiene una acepción más neutra respecto de la psique del autor: se puede querer un resultado, aún cuando éste nos desagrade y viceversa se puede no querer un resultado aunque en si mismo nos sea indiferente.

En el caso objeto de este comentario podríamos incluso aceptar que a Cabello le era "indiferente" la vida de las personas pero lo que es seguro es que alguien que "tunea" su vehículo no quiere de ninguna manera estropearlo. Aunque este planteamiento nos muestre a una persona "desalmada" lo cierto es que respecto de los hechos enjuiciados nos conduce a afirmar que no le era "indiferente" el choque ni "quería" que se produjera, aunque sea por razones diferentes a las que consideraríamos éticas.

d) Corrección de la teoría de la probabilidad. El punto de partida es también el elemento intelectual: conocimiento de la posible producción del resultado lesivo. Pero junto a éste se afirma la necesidad de que concurra el elemento volitivo. A diferencia de la teoría del consentimiento, en el contenido de dicho elemento volitivo, se sustituye el término querer por diversas acepciones que, sin duda, poseen un significado distinto del propio del querer. Lo que es indudable es que, en esta variante de la teoría de la probabilidad, prima el elemento intelectual sobre el volitivo. Esta primacía se advierte en el significado de las diversas acepciones que sustituyen al querer, todas ellas con un sentido más intelectual que aquél. Jescheck¹⁴, considera esta teoría como doctrina dominante y utiliza, como medio de prueba, la segunda fórmula de Frank¹⁵, lo que acerca su concepción a la teoría del consentimiento, conocida también como "**teoría positiva del consentimiento**". Particular significado cabe atribuir a la postura de Welzel¹⁶. Según esta teoría, existe dolo cuando el autor "cuenta con la realización del resultado" *-rechnen mit-*, y será, por el contrario imprudencia si el autor "confía en su ausencia" *-vertrauen auf-*. Para la delimitación de ambas posibilidades propone, a su vez, la división en dos grupos de casos:

1º. Resultado lesivo "dependiente de su conducta". En estos supuestos, no habrá dolo cuando el autor confía en que a través de su habilidad, su presencia de ánimo... puede evitar el resultado. Será, sin embargo, dolosa su conducta cuando no atribuya a sus posibilidades ninguna *realle Chance* para evitar el resultado y su evitación depende de la casualidad, del azar. Si el peligro es muy elevado el autor puede esperar pero no confiar, porque la confianza no es independiente de la representación del peligro. En este punto se aprecia como, pese a

¹⁴ JESCHECK, *Tratado de Derecho penal* (trad. y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde), 1981, p. 407 ss., considera que la teoría del consentimiento convierte el dolo eventual en un dolo directo hipotético.

¹⁵ FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18ª ed., 1932, p.190, "Si el autor dijo: sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso yo actúo, entonces su culpabilidad es dolosa".

¹⁶ WELZEL, *Derecho Penal. Parte General*, (trad. de Bustos Ramírez, de la 11ª ed. alemana), Santiago de Chile 1976.

exigir la presencia de un elemento volitivo, éste queda subordinado frente al elemento intelectual. Es precisamente en este grupo de casos donde cabe incluir los llamados "accidentes de tráfico", en los que podríamos decir que existe una "presunción" de imprudencia, en tanto en cuanto el autor controle o crea controlar el vehículo y, por tanto, el riesgo.

2º. Resultado lesivo "no controlado por la conducta". En estos casos el autor estima la producción del resultado como independiente de sus actos, o es consciente de que no puede contrarrestar la futura consecuencia de la acción. Si, en el caso concreto, existe esta falta de control, por parte del autor, de los acontecimientos, su conducta será dolosa cuando cuenta con el resultado, e imprudente cuando en vistas a ello sólo tiene una remota duda.

Hall, busca hacer compatibles las teorías del consentimiento y de la probabilidad partiendo de la concepción del dolo eventual de Mezger, que guarda una cierta similitud con la de Welzel, pues distingue también entre aquellos casos en que el sujeto tiene el control de sus actos, de aquéllos en que no lo tiene¹⁷. Hall, en su planteamiento, lleva a cabo su diferenciación desde la perspectiva de la teoría de la probabilidad, distinguiendo los casos que suponen "una gran probabilidad objetiva" de producción del resultado, de aquéllos en los que sólo hay "una mera posibilidad objetiva" de producción del resultado. Para el primer grupo, será válida la teoría de la probabilidad, mientras que en el segundo lo válido será la utilización de la teoría del consentimiento.

e) Dolo e imprudencia en la práctica jurisprudencial

En la jurisprudencia se evidencia el problema que suscita la prueba del elemento volitivo, por cuanto, aun cuando se "defiendan" teorías del consentimiento o del sentimiento y en todo caso se requiera el elemento volitivo en el dolo, se advierte que todo ello se sitúa en el nivel de las "meras declaraciones de principios"¹⁸. En el momento de resolver sobre el caso concreto, se sirve de criterios, que podemos denominar, de oportunidad o de conveniencia, que tienen dos particulares modos de manifestarse. A este respecto, es posible constatar la existencia de una presunción de dolo en las primeras y de imprudencia en las segundas. En la práctica, los tribunales siguen la teoría de la probabilidad, probando el dolo en base a los conocimientos del

¹⁷ HALL, *Fahrlässigkeit im Vorsatz*, Marburg 1959.

¹⁸ Cfr. Un claro ejemplo, de esta afirmación, lo encontramos en la Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Argentina, de 30 de noviembre de 2009, caso Llamas, en la que entran en contradicción los argumentos teóricos utilizados por el tribunal de instancia y la imputación de dolo en el caso concreto, la presunta indiferencia del autor hacia el niño, se convierte en el elemento determinante para calificar la conducta como dolosa. Indiferencia basada en este caso en las dudas que el autor tenía sobre su paternidad del bebé muerto. En la resolución de instancia consta el voto contrario de la magistrada Bistué de Soler quien afirma que hay dolo respecto de las lesiones pero no de la muerte, al igual que uno de los Magistrados de la Cámara Nacional de Casación (Augusto M. Diez Ojeda). No obstante, los otros dos Magistrados (Mariano González Palazzo y Gustavo M. Hornos), utilizando de forma arbitraria las diferentes construcciones doctrinales, llegan a la conclusión de que existió dolo, confirmando la sentencia de instancia que condenaba por homicidio doloso.

autor sobre la posibilidad de producción del resultado, junto a los que llamaremos “criterios de oportunidad que sirven para restringir o ampliar el ámbito del dolo”¹⁹:

1º Criterio de oportunidad "extensivo": se aprecia en aquéllos supuestos en que no cabe la comisión imprudente y, en aquéllos otros de conductas con significado antisocial, respecto a las cuales pasa a enjuiciarse la personalidad del autor. Significado antisocial que en la actualidad se extiende a conductas que provocan la llamada “alarma social”²⁰. Alarma que, en relación con el tráfico viario, se produjo en España, por ejemplo, en el caso Farruquito²¹.

2º Criterio de oportunidad "restrictivo": es el que se sigue en los supuestos de actividades peligrosas aceptadas por su utilidad: siniestralidad laboral, deportes, medicina, etc.. En estos casos se excluye previamente la calificación de los hechos como dolosos sin que, por otra parte se entre a considerar la posible aceptación del resultado por el autor, como exigiría la aplicación de la teoría del consentimiento. El hecho de desarrollarse la conducta en uno de estos ámbitos se convierte en una "patente de corso" que excluye la punición dolosa por la presunción, casi podríamos decir, *iuris et de iure* de "imprudencia". Este criterio es también el tradicionalmente seguido respecto de los hechos relacionados con el tráfico vial. No obstante, es precisamente en este ámbito donde se está produciendo un cambio de tendencia que puede tener diversos orígenes, desde una perspectiva criminológica.

4. Propuesta de delimitación entre dolo e imprudencia

Las objeciones que pueden plantearse frente a las anteriores teorías son de diverso signo, según de cuál de ellas se trate. En relación con la teoría del consentimiento – hipotética o positiva- y la de la indiferencia, la primera crítica está en relación con la pregunta sobre el significado o la relevancia que puedan tener: "la aceptación", "la aprobación" o la "indiferencia" ante el resultado, en relación con el dolo y en una concepción del Derecho penal entendido como Derecho penal del hecho, en el que no cabe castigar ideas, pensamientos o intenciones sino se traducen externamente en un mayor riesgo para los bienes jurídico-penales.

La cuestión de fondo estriba en la validez de mantener, como contenido y elemento esencial del dolo, el propio elemento volitivo. Si existen dudas sobre la relevancia del elemento volitivo, muchas más surgen, en relación con esas otras acepciones del "querer", que van más allá y

¹⁹ Como veremos Infra 4, ambos criterios de oportunidad extensivo y restrictivo, respectivamente, tienen su reflejo en las teorías sociológicas del dolo, en cuanto las “conductas con significado antisocial” son las “conductas especialmente aptas para producir un resultado lesivo”, mientras que las conductas que se llevan a efecto en ámbitos de utilidad social son las denominadas “conductas neutras”.

²⁰ Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 550 ss, plantea el problema del dolo eventual afirmando que en ningún caso puede presumirse el dolo y que, en base a las dificultades del concepto psicológico de dolo para su prueba en el proceso, habrá atribución subjetiva cuando así lo indique su inequívoco sentido social.

²¹ En ese supuesto la “alarma social” llevo a un cambio en la interpretación del delito de omisión del deber de socorro, en el sentido de que cuando la víctima lo es por culpa del que omite el socorro, aun cuando no esté desamparada, como requiere el art. 195 del Código Penal, se condena cuando no la socorre.

suponen, en último término, un juicio sobre la personalidad del autor. Pero es que, además, la voluntad del autor no se examinará en relación con su conducta, que es cuando se genera el riesgo típico, sino con el resultado que, aun cuando se considere objeto del dolo, sólo concurre en el dolo directo de primer grado. Ello tendría que conducir, en puridad, a afirmar que sólo pueden calificarse como dolosos los hechos en los que el autor buscaba producir ese resultado y no, como sucede en la doctrina y la jurisprudencia, a buscar sucedáneos con consecuencias perversas en la práctica.

En particular, sobre la exigencia de "querer" en el dolo, creo que es muy acertada la crítica de Kindhäuser, a la que nos referimos al inicio del comentario²², al afirmar que no tiene ningún significado exigir un elemento en el dolo que luego no puede ser apreciado. La prueba de la certeza de esta afirmación puede observarse con claridad en un análisis de la doctrina jurisprudencial al respecto. De nuevo se advierte la interrelación ineludible entre el Derecho penal material y el Derecho penal procesal. Ciertamente no puede afectar al Derecho penal material que en algunos casos no puedan probarse determinados elementos pero no es viable exigir un requisito que no puede probarse en ningún caso, como no sea con la confesión del acusado, con todos los problemas que ello suscita.

No obstante, no puede obviarse que los partidarios de la teoría de la probabilidad, por su parte, no pueden fundamentar cuándo y por qué un resultado "posible" pasa a ser "probable". Todo resultado posible es probable, lo que sucede es que el concepto de probabilidad permite una graduación de mayor a menor, de acuerdo con leyes estadísticas, de mayor o menor fiabilidad, aún cuando nunca seguras. Los defensores de esta teoría, sin embargo, tampoco ofrecen un criterio para delimitar el grado de probabilidad que permite pasar del dolo a la imprudencia. La falta de criterios normativos, para poder llevar a la práctica estas teorías, es una de las objeciones que pueden levantarse contra todas ellas.

Como hemos visto tanto la doctrina como la jurisprudencia se persigue fijar la frontera entre dolo e imprudencia, partiendo del dolo y del contenido que a éste le atribuyen. Si, por el contrario, partimos de dotar de contenido al tipo subjetivo imprudente, se puede invertir el planteamiento anterior y partir del concepto de imprudencia en lugar del de dolo para intentar proponer criterios de delimitación entre dolo e imprudencia²³. Para conseguirlo, nos hemos de preguntar si, dada una misma conducta y un mismo conocimiento de su peligrosidad, podemos encontrar algún elemento que, de concurrir, implique imprudencia, en vez de buscar uno que condicione el dolo. Creo que es posible afirmar que la doctrina estaría de acuerdo en que es característico de todo hecho imprudente el no-querer el resultado lesivo y que, no obstante, éste se produce; es decir, existe un error en la conciencia del sujeto. Por lo tanto, si pese al conocimiento de la peligrosidad de la conducta, el autor cree, erróneamente, que puede evitar la producción del resultado concurrirá imprudencia y no dolo.

²² Supra nota 2

²³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, cit., p. 207 ss, se propone la distinción entre dolo eventual e imprudencia a partir de dotar de contenido al tipo subjetivo imprudente que, tradicionalmente, ha sido concebido por la doctrina desde una perspectiva exclusivamente negativa, como ausencia de dolo.

Es cierto, y en este punto coincido con las posturas que afirman el dolo en los casos de ignorancia deliberada²⁴, que, en ocasiones, atendiendo a las circunstancias concurrentes, no puede otorgarse relevancia a ese pretendido error. Son supuestos en los cuales, en base al elevado riesgo intrínseco a la conducta, en cuanto *ex ante* se aprecia una elevadísima probabilidad de producción del resultado, el sujeto, con independencia de lo que quisiera, no podía excluir que se produjera el resultado. Es decir, son casos que, en la terminología tradicional, se incluirían en el ámbito del dolo directo de segundo grado o en el dolo eventual, a partir de afirmar que “no podía confiar racionalmente en la no producción del resultado”.

Por ello, a partir de la concurrencia de una conducta peligrosa, es importante tomar en consideración si el autor tiene algún dominio sobre el riesgo creado o no. Muchos hechos imprudentes, con culpa consciente, son tales y no dolosos, por la sobrevaloración del autor de sus posibilidades de control. En este contexto entrarían los supuestos de "autopuesta en peligro" no, únicamente porque "el riesgo que haya corrido el propio autor" pueda en ciertos casos ser "racionalmente indicativo de la culpa frente al dolo"²⁵, aún cuando ello pueda ser otro factor en la prueba de la ausencia de dolo, sino básicamente por el hecho de que, en estos casos, el sujeto mantiene el control del peligro. La falta de "*dominabilidad*" – *Steuerbarkeit*- del autor sobre su propia conducta puede, en estos supuestos, fundamentar el error sobre la propia capacidad de evitación. El error sobre la capacidad de evitación es el elemento que permite, de concurrir, calificar estos hechos como imprudentes, pese a que el sujeto conociera el riesgo inherente a su conducta. Este error no podrá, por el contrario, apreciarse cuando el autor no tiene ninguna clase de control sobre las posibles consecuencias de su comportamiento. Esto sucede en aquellos casos en los que el autor, una vez creado el riesgo –y conociendo su efectiva virtualidad-, deja de controlarlo, por lo que no puede tener una confianza racional en la ausencia del resultado²⁶.

En estos casos, lo más adecuado es seguir la teoría de la probabilidad: siempre que se conozca el concreto riesgo que entraña la conducta, al no poder controlarlo, la conducta será dolosa. Sin embargo, para evitar la posible ampliación del ámbito del dolo eventual, y las consecuentes críticas, es posible, también, calificar como imprudentes, los supuestos en los que, pese a que el sujeto pierde el control del riesgo, se aprecie la existencia de un error sobre la efectiva peligrosidad de la conducta. En este punto, es necesario volver a poner de relieve que el único riesgo que se considera es aquél conocido *ex ante* por el autor. En este segundo grupo de casos el sujeto no yerra sobre su capacidad de evitación sino que el error recae sobre el grado de probabilidad de producción del resultado, es decir, sobre el efectivo riesgo creado, o no controlado teniendo la obligación de hacerlo.

²⁴ Supra nota 8, acerca de la teoría de Jakobs sobre el *dolus malus* y, en concreto, al ejemplo de la carpa propuesto por éste; vid. también RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona 1999, p. 168 ss., plantea el problema que suscitan las “ausencias irracionales de representación del riesgo”, como uno de los problemas que plantean las teorías cognitivas.

²⁵ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, “La demarcación entre el dolo y la culpa. El problema del dolo eventual”, ADPCP 1986, p. 408.

²⁶ CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1984, cit., en el caso objeto de enjuiciamiento en la sentencia comentada no se había planteado esta cuestión, cuando ello hubiera permitido fundamentar adecuadamente la existencia de dolo.

Con la distinción entre supuestos en los que el autor tiene capacidad de evitación de aquéllos en que no la tiene, en base al "error", como elemento esencial del tipo subjetivo imprudente, es posible trazar ya una frontera entre dolo eventual y culpa consciente. El "error" puede recaer, según la modalidad de supuesto de que se trate, en:

1º) La sobrevaloración del autor sobre su capacidad de poder controlar el riesgo que crea su conducta, en aquellos supuestos en que tiene el control de ésta.

2º) El desconocimiento, por el autor, de la efectiva peligrosidad de su conducta, en los casos en que no mantiene el dominio sobre la conducta, siempre que este desconocimiento tenga un fundamento racional.

Tanto respecto al "error sobre la capacidad de evitación" como al "error sobre la efectiva virtualidad de la conducta" hay que determinar la evitabilidad o inevitabilidad del error. La evitabilidad o inevitabilidad del error se dilucidará, en el primer caso, a través del criterio de la "evitabilidad" –*Vermeidbarkeit*–, para determinar si *ex ante* existía capacidad de evitar el resultado; y, en el segundo, por medio del criterio de la exigibilidad –*Zumutbarkeit*–.

En todos los supuestos en que el error aparezca, para el espectador objetivo *ex ante*, con los conocimientos previos y actuales del autor –previsibilidad individual–, como evitable –lo que implica afirmar el deber del sujeto de conocer el riesgo típicamente relevante–, el sujeto infringe el deber subjetivo de cuidado –aspecto positivo del tipo subjetivo– y, presupuesta la ausencia de dolo –aspecto negativo–, realiza, por tanto, el tipo subjetivo imprudente. El sujeto infringe el deber subjetivo de cuidado al "no evitar el desconocimiento", en los casos que le es exigible. El falso conocimiento y el error tienen en este nivel el mismo significado: desconocimiento de la efectiva virtualidad del riesgo creado (o no evitado, en posición de garante). Este desconocimiento puede recaer sobre la efectiva virtualidad del riesgo –todos los supuestos de culpa inconsciente y algunos de culpa consciente– o sobre la capacidad de evitación –supuestos de culpa consciente con dominio del autor sobre el riesgo²⁷.

Conforme a lo anterior, este planteamiento debe encuadrarse entre las propuestas que afirman la necesaria normativización del dolo, entre las que, por otra parte, también se enmarcan las sociológicas. Ello es así porque la decisión sobre la concurrencia de un error se plantea desde una perspectiva normativa, a partir del criterio de exigibilidad, lo que posibilita a su vez, calificar como dolosos determinados supuestos de ignorancia deliberada. No obstante, es cierto que en ese contexto caben propuestas muy diversas puesto que no hay que olvidar la razón que está llevando al abandono de concepciones volitivas para sustituirlas²⁸. La dificultad o imposibilidad de probar el elemento volitivo está en el origen de las teorías normativistas, aun cuando también responden a una concepción normativa del injusto, desvinculada de la culpabilidad y respetuosa con un Derecho penal del hecho.

²⁷ Sobre esta cuestión, ampliamente, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, cit., p. 269 ss.

²⁸ En sentido crítico, SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Ed. Temis, Bogotá, 1995, p. 232, considera que la normativización del dolo no dice nada respecto de su contenido.

Las diversas teorías normativistas tienen en común el afirmar la naturaleza normativa del dolo, independizándolo de la psique del sujeto y obviando la necesidad de valorarla, evitando así la subjetividad que ello supone. De esta forma el conocimiento del sujeto acerca del riesgo se atribuye cuando concurren suficientes indicios objetivos. No obstante, querría hacer alguna somera reflexión respecto de dos de ellas. La primera, sería en relación con la exclusión del dolo en las denominadas “conductas neutras”, que serían todas aquéllas con utilidad social en las que tiene importancia el ámbito del riesgo permitido y entre las que se incluirían las que se llevan a efecto en el tráfico viario. La utilidad social de una conducta no justifica que se excluya el dolo, *iuris et de iure*, aun cuando como punto de partida se entienda que no concurre²⁹. Por consiguiente, la calificación de una conducta como “neutra”, por un lado, y, en sentido inverso, como “apta”, no pueden ser los únicos criterios de atribución de un tipo subjetivo, imprudente en el primer caso y doloso en el segundo. Son necesarios ulteriores criterios que permitan la subsunción en uno u otro injusto en cada caso concreto.

Siendo cierto que difícilmente encontraremos en el tráfico viario conductas de homicidio o/y lesiones dolosas no lo es menos que pueden existir y existen. Habrá dolo cuando este se fundamenta en datos objetivos, relativos a la naturaleza del riesgo creado, no cuando se basa en la situación psíquica del autor en el momento del hecho porque ello supone volver a valorar la psique del sujeto. Cuestión diferente es que si se prueba que el autor ha exteriorizado su conocimiento y/o su voluntad de que se produzca el resultado, esta exteriorización es un dato relevante que podría fundamentar el dolo.

Por otras razones, deben hacerse extensivas las críticas a las teorías sociológicas, puesto que el “inequívoco sentir social” por el que se atribuye el dolo, ni es inequívoco ni se puede determinar si es “social”, es decir, democrático, en cuanto expresa el sentir de la mayoría o si, por el contrario, es “mediático”. Y, aun cuando verdaderamente existiera un “sentir social” es muy difícil saber cuál es y, por lo demás de saberlo va a estar determinado por los conocimientos que llegan a la sociedad sobre la verdadera naturaleza de los hechos³⁰. En la práctica, este sentir social va a determinarse en el proceso a partir del “sentir social” del tribunal sentenciador, con lo que volvemos a la subjetividad, criticada respecto de las concepciones psicológicas. Por otra parte, si la normativización del dolo lleva a la “creación de reglas de atribución”, según ese sentir social, estas reglas sólo podrían ser indiciarias y no podrán fundamentar, sin una ulterior concreción, la existencia de dolo en el caso concreto. Por consiguiente, esas pretendidas reglas de imputación del dolo no pueden ser, en ningún caso, normas consuetudinarias que predeterminen la existencia de un injusto doloso³¹.

²⁹ Sobre las “conductas “neutras”, vid. RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba...*, cit., p. 484 ss., que pone como ejemplo la conducción de automóviles como “uno de los casos más evidentes de *conducta neutra* con respecto a resultados como la muerte, las lesiones o los daños”, afirmando que por regla general serán imprudentes pero que pueden darse excepciones.

³⁰ RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba...*, cit., p. 341 ss., entiende que está legitimado el sentido social como criterio de determinación del dolo y entiende que con ello se reduce el riesgo “de ser condenado como autor de un delito doloso sin haber contado (desde un punto de vista psicológico) con los conocimientos requeridos por el dolo.

³¹ En este sentido, LAPORTA, *El dolo y su determinación...*, cit., pp. 181 ss., en relación con la fundamentación de la Cámara Nacional de Casación, del dolo en un delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, en base al cumplimiento de la formalidad de que el tenedor del cheque haya enviado la interpelación correspondiente al domicilio constituido por el librador. Como pone de manifiesto el

La normatividad debe plantearse en el juicio sobre el injusto típico subjetivo, en cuanto se introduzcan criterios de deber, a partir de los indicios probados acerca de los hechos y del conocimiento o, en su caso, del por qué del desconocimiento (ignorancia deliberada). Si al sujeto, a partir de las pruebas que constan en autos, le era exigible conocer el exacto riesgo que estaba creando, o no controlando estando obligado a ello, no concurre o mejor dicho, no cabe apreciar por parte del juez³², el pretendido error sobre la eficacia del riesgo. En los supuestos de ignorancia deliberada lo que sucede es que el autor sabe que existe ese riesgo o que se va a producir y es por ello que se coloca en situación de no saber. Es decir, estaríamos ante supuestos de *actio libera in causa* en los que el sujeto desconoce el riesgo en el momento en que este se produce por qué previamente se ha colocado “dolosamente” en situación de no advertirlo.

5. Dolo e imprudencia en el ámbito del tráfico viario

El tráfico viario puede ser un ámbito adecuado para poner a prueba la validez de los criterios apuntados. Y ello porque en el tráfico viario concurren una serie de factores que dificultan extraordinariamente la calificación de las conductas como dolosas, sin acudir a conceptos tan heterodoxos como la “alarma social”, “el desprecio por la vida”, basado en rasgos de la personalidad o, peor aun en las características del sujeto, por ejemplo, por haber cometido otros delitos. El problema tiene diversos orígenes y el principal es que en muchos supuestos se fundamenta el desvalor de la conducta casi exclusivamente en el desvalor del resultado.

En primer lugar nos encontramos en un ámbito de utilidad social en el que no puede obviarse que existe un cierto nivel de riesgo permitido. Pero más relevante es que los llamados “accidentes de tráfico” son supuestos en los que cabe un “error sobre la capacidad de evitación”. Es decir, el autor tiene, al menos presuntamente, el control del riesgo. Por último, excepto en supuestos en los que el vehículo es utilizado como arma, el autor es seguro que desconoce el exacto riesgo, al menos respecto del resultado. Ello es así porque puede conocer que existe un riesgo de que se produzca un accidente y, como consecuencia un resultado lesivo, pero es imposible que conozca en qué consistiría este, porque *ex ante*, ni tan siquiera un espectador objetivo conociendo todas las circunstancias concurrentes puede conocerlo. Es decir, no sólo se desconoce quién puede resultar lesionado, sino también, cuántas personas y en qué medida, muerte/s, lesión/es grave/s o leve/s o únicamente daños.

No hay que olvidar, así mismo, que en el tráfico viario el autor/conductor también se está poniendo en peligro y que, de no concurrir el error enunciado, significaría que el conductor

autor, este criterio no puede ser estático y, por consiguiente, esa regla, en cuanto responda al sentido social “es un criterio de atribución normativa del tipo subjetivo, pero no el único, por lo que debe entrar en juego con los restantes criterios y principios”.

³² Cfr. FREUND, *Normative Probleme der “Tatsachenfeststellung”*, Heidelberg 1987, pp. 50 ss, plantea que siempre existe un riesgo de error por parte del juez, y por consiguiente dudas, cuando se condena un hecho como doloso pero que pese a ello es posible y legítimo condenar por delitos dolosos, sin infringir el principio *in dubio pro reo*.

también “acepta” o le es “indiferente” su vida. Es cierto que hay supuestos en los que, precisamente por esa razón, puede afirmarse la existencia de dolo: cuando estamos frente a la llamada conducción suicida. Estos casos se caracterizan porque el conductor lleva a efecto una conducción de una naturaleza tal que no puede confiar racionalmente en que no se produzca un resultado lesivo. Se trata de supuestos que consisten, por ejemplo, en conducir en dirección contraria en una autopista o en atravesar una vía céntrica de una ciudad sin detenerse en los semáforos, realizar carreras en carreteras de curvas sin visibilidad.... Sin que ello pueda tener relevancia jurídico-penal, aun cuando la tenga desde una perspectiva ética, en muchos de estos casos “el móvil” “la voluntad” se encuentra en la existencia de apuestas. En consecuencia, si otorgásemos relevancia a la intención deberíamos concluir que lo que quería el sujeto era ganar la apuesta sin que se produjera el resultado. Si podemos afirmar que en estos supuestos estamos antes conductas dolosas, aun cuando la voluntad del autor sea ganar la apuesta y no lesionar bienes jurídicos, es porque el autor/conductor no puede confiar, racionalmente, que no producirá el resultado. Dolo que abarca no sólo la seguridad en el tráfico sino también el homicidio o/y las lesiones y, por consiguiente, de producirse resultados lesivos sí pueden imputarse a título de dolo³³.

La proliferación de esta clase de situaciones, junto a las dificultades que encuentra la jurisprudencia y un sector de la doctrina, para castigar la tentativa con dolo eventual, es lo que ha llevado al legislado a tipificar como delito la llamada conducción suicida, que no es otra cosa que una tentativa de homicidio en dolo eventual expresamente tipificada³⁴. Razones análogas y con mayor legitimidad, al no existir una calificación alternativa válida, son las que permiten tipificar, como delitos contra la seguridad en el tráfico viario, conductas altamente peligrosas en abstracto, sin requerir que se produzca un resultado lesivo. Entiendo que político-criminalmente y dogmáticamente es lo adecuado, por cuanto posibilita castigar conductas jurídico-penalmente desvaloradas sin necesidad de forzar las estructuras dogmáticas elaboradas para asegurar las garantías y los principios del Derecho penal³⁵. En otras palabras se trata de que no “se relajen las garantías”, ampliando el concepto de dolo o/y

³³ Ampliamente sobre esta cuestión, CORCOY BIDASOLO/CARPIO BRIZ, “La llamada conducción “suicida” y la responsabilidad de la víctima. A propósito de la STS de 17 de noviembre de 2005”, LL nº 6692, 2007, pp. 1-7, en un supuesto en el que también se condeno al conductor que se introdujo en sentido contrario en una autopista como autor de homicidio doloso. El aspecto discutible de esta resolución es que el muerto era el copiloto que, según los hechos probados, instó al conductor a introducirse en la autopista dado que eran perseguidos por la policía. Es decir, quién de no haber muerto él sino otra de las personas que circulaban por la autopista hubiera debido calificarse como inductor o al menos como cooperador necesario pasa a ser víctima.

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, “Consideraciones dogmáticas y político legislativas sobre el fenómeno de la conducción suicida”, LL 1998-1, pp. 970-980, advierte que con el llamado “delito de conducción suicida” se está tipificando expresamente un supuesto de tentativa en dolo eventual.

³⁵ CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, passim., plantea la tesis de que admitir la legitimidad de la protección inmediata de bienes jurídico-penales supraindividuales, en una sociedad compleja, sirve a que no se “relajen” las garantías y, en particular, que no se vacíe de contenido institutos dogmáticos tan relevantes como el dolo o la imputación objetiva; con ulteriores consideraciones político-criminales, vid. CORCOY BIDASOLO, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, en *Política criminal y reforma penal* (Dir. Mir Puig/Corcoy Bidasolo; Coord. Víctor Gómez). Ed. EDISOFER, Madrid/Euro Editores, B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2007.

el de imputación objetiva, sin que ello lleve aparejada la referida “alarma social”, en base a la impunidad de esas conductas.

En el supuesto de que, a la conducta que afecta a la seguridad en el tráfico viario, se le puedan imputar delitos contra la vida o la salud imprudentes, es necesario tomar en consideración que hay dos desvalores distintos, uno doloso contra la seguridad en el tráfico y otro imprudente, contra la vida y la salud. Incluso si se produjeran resultados lesivos imputables a una conducta que pudiera calificarse como “conducción suicida” habría que tomar en consideración que concurren uno o varios homicidios y/o lesiones dolosas y un delito contra la seguridad en el tráfico.

Lo anterior suscita otro problema, relativo a la relación concursal en que se encuentran los diversos resultados lesivos, siempre que sean imputables objetivamente a un injusto imprudente, y estos en relación con el delito contra la seguridad en el tráfico. Respecto a la primera cuestión, entiendo que, en el ámbito del delito doloso, si con un único “hecho”, desde una perspectiva material no jurídica, se crean diversos riesgos típicos, en cuanto el “hecho” es idóneo para lesionar diversos bienes jurídico-penales, estaremos frente a un concurso real de delitos. Por el contrario, cuando estamos frente a riesgos imprudentes no es adecuada la aplicación del concurso real de delitos ya que, por el contrario, estaremos frente a un concurso ideal. Ello es así porque en este segundo supuesto no sólo hay un “único hecho”, desde una perspectiva naturalística, al igual que cuando se trata riesgos dolosos, sino que también concurre un “único hecho” desde una perspectiva jurídica. El fundamento es que el sujeto creó un único riesgo típico al infringir el deber de cuidado al que estaba obligado. Este posicionamiento, por otra parte, explica mejor, la desconexión que en este ámbito existe entre el conocimiento del sujeto y el/los resultado/s que puedan producirse.

Respecto de la relación concursal entre los delitos de homicidio y/o lesiones dolosas o imprudentes y el delito contra la seguridad en el tráfico se produce una situación que entraría también en el concepto de concurso ideal de delitos. No obstante, es posible arbitrar diferentes técnicas legislativas, con reglas concursales específicas, que permitan tomar en consideración el plus de desvalor que existe cuando además del injusto de los delitos de lesión concurre un injusto en relación con la protección de la seguridad en el tráfico³⁶.

Como ya se enunciaba en el tráfico viario la producción del resultado depende en gran medida del azar. Y ello sin tomar en consideración una posibilidad habitual también en este ámbito: la llamada “conurrencia de culpas”, a la que debemos denominar “conurrencia de riesgos”. No es extraño que la producción de un resultado sea imputable en parte a la conducta del autor y en parte a la de la víctima, o a la de dos o más conductores o, incluso, a la concurrencia de problemas mecánicos en el vehículo del autor o de la víctima, imputables al fabricante del vehículo o de una determinada pieza, o al mecánico que lo ha reparado, o a defectos en la calzada atribuibles a los responsables de ésta y no cognoscibles por el conductor, como puede

³⁶ El Código Penal español, en su artículo 382, establece una cláusula concursal que podríamos interpretar que literalmente está redactada en términos de concurso de leyes pero que si nos atenemos a la pena establece una regla idéntica a la prevista para la determinación de la pena en el concurso ideal delitos, artículo 77.2, del mismo cuerpo legal.

ser una mancha de aceite en medio de la autopista, por ejemplo. En esos supuestos lo que sucede es que el resultado es imputable a dos o más riesgos por lo que no todo el desvalor del resultado es imputable al riesgo creado por el autor. Ello conlleva que el desvalor de su conducta sea menor, en cuanto estamos castigando por un delito consumado y esa consumación no es realización de todo el riesgo creado por el autor sino sólo de una parte³⁷.

Por última, una cuestión que plantea algunos problemas es la de la participación y, más en concreto, la cuestión del partícipe/víctima. Con independencia de los problemas de autoría accesoria, que se han señalado en el contexto de la “conurrencia de riesgos”, en el tráfico viario también se suscitan dificultades de calificación respecto de la intervención de terceros acompañantes que, como mínimo, aceptan el riesgo. La situación es especialmente conflictiva cuando ese acompañante/partícipe se convierte en víctima³⁸. Al respecto, en primer lugar, hay que dilucidar si realmente se trata de una autopuesta en peligro, si ésta supone una participación en el hecho típico o si, por el contrario, simplemente concurre consentimiento respecto de ser pasajero. Cuando el acompañante consiente en subir al vehículo desconociendo que el conductor piensa conducir de forma temeraria es evidente que, en el caso de que se produzca un resultado lesivo, debe ser considerado víctima. Diferente es la situación cuando conoce cómo se va a llevar a efecto la conducción puesto que en ese caso se tratará de una autopuesta en peligro y, por consiguiente, si se produce un resultado lesivo no puede ser considerado víctima. Menos aún en los supuestos en los que el acompañante es realmente un partícipe, ya sea por inducir al conductor a realizar la conducta típica, ya sea por cooperar psíquicamente, animando para que siga o para que aumente la velocidad, o incluso físicamente, ayudando a introducir las marchas o indicando al conductor los obstáculos, las curvas....³⁹. Aun cuando, en base al dominio del riesgo el conductor debe ser imputado como autor, ello no excluye que otra persona sea partícipe en ese mismo hecho⁴⁰.

³⁷ CORCOY BIDASOLO, “Homicidio y lesiones imprudentes cometidas con vehículos a motor o ciclomotor”, en *Derecho Penal y Seguridad Vial* (Dir. Rosario de Vicente Martínez). Estudios de Derecho Judicial. CGPJ nº 114, pp. 77 ss.; LA MISMA, “Siniestralidad laboral y responsabilidad penal”, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina* (Mir Puig/Corcoy Bidasolo Dir/ Hortal Ibarra Coord.), Ed. B de F, Buenos Aires 2009, pp. 359 ss.

³⁸ CORCOY BIDASOLO/CARPIO BRIZ, LL nº 6692, 2007, cit., en el caso comentado en ese artículo, murió el copiloto como consecuencia del impacto del vehículo conducido por MRL contra la mediana de la autopista A7, en la que circulaban en dirección contraria con gran circulación en ese momento (la A7 es una de las autopistas más transitadas ya que une Barcelona con la frontera francesa).

³⁹ CORCOY BIDASOLO/CARPIO BRIZ, LL nº 6692, 2007, cit., en el caso comentado, conforme a los hechos probados en la sentencia “*ambos decidieron entrar en la Autopista A-7 en contra dirección*”. Es decir, no puede negarse la autopuesta en peligro por parte de la “víctima”, quien también era objeto de la persecución policial, puesto que ambos habían realizado ese día conjuntamente una serie de robos con intimidación. La Audiencia Provincial de Barcelona condenó por un delito de “conducción suicida” en concurso con un homicidio imprudente. El Tribunal Supremo casó la sentencia y condenó por delito de homicidio doloso.

⁴⁰ CORCOY BIDASOLO/CARPIO BRIZ, Revista La Ley nº 6692, 2007, cit., en la sentencia del Tribunal Supremo, se argumenta la condena en base a que “*El hecho de que el fallecido asuma el peligro no significa que el total dominio de la acción deje de corresponder al acusado*”. No siendo discutible esta afirmación ello no implica que el copiloto no pueda ser partícipe y, por consiguiente, no pueda convertirse en “víctima”, al menos de un homicidio doloso.

En un contexto en el que la víctima adquiere cada vez un mayor protagonismo y que los medios de comunicación “dirigen” la aplicación de la ley penal, es usual la utilización de conceptos como la “alarma social”⁴¹ y el carácter del acusado para fundamentar el dolo. A partir de teorías incardinables entre las denominadas “del sentimiento” e incluso en las “sociológicas”, se posibilitan argumentaciones que no tienen relación alguna con un dolo ubicado en el injusto y que sólo se podrían comprender desde una concepción psicológica de la culpabilidad. El dolo como contenido del tipo subjetivo del injusto no puede valorarse a partir de la actitud interna del sujeto.

Menor legitimidad, si cabe, puede suponer la indiferencia hacia la vida de los demás, tanto si la indiferencia se fundamenta en base a hechos posteriores a la producción de los resultados lesivos⁴² como si se basa en el carácter del sujeto⁴³. La calificación como hecho doloso a partir de cualquiera de ambas motivaciones no es legítima, cuando el problema de base es que el carácter del sujeto, su indiferencia o su amor por las personas, en nada modifica el desvalor del injusto, siempre que no se traduzca en un mayor ataque al bien jurídico-penal. Máxime como sucede, por ejemplo, en el caso Cabello⁴⁴, es especialmente relevante que se considera probado que el autor era un buen conductor, o que al menos él lo creía, por lo que estaríamos ante un claro supuesto de “error sobre la capacidad de evitación”. Error que supone que el conductor estaba convencido de que podía controlar el vehículo. Es evidente que este error era vencible, por lo que en ningún caso puede servir para excluir la existencia de una imprudencia grave, pero no lo es menos que impide apreciar la existencia de dolo.

Apreciar la existencia de dolo en el ámbito del tráfico viario requiere una modalidad de actuación a la que denominábamos *conducción suicida*. No es de recibo afirmar que siempre que de la conducción a alta velocidad de deriven muertes estamos frente a un homicidio doloso, en base a que “*todo conductor sabe que un vehículo a alta velocidad puede causar la*

⁴¹ RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba...*, cit., p. 323 ss, considera que la valoración del juez de los indicios objetivos concurrentes es subjetiva y, por consiguiente, no es válida por lo que es necesario recurrir al “inequívoco sentido social”. Siendo muy sugerente la propuesta me plantea dos cuestiones. La primera en relación con su consecuente posicionamiento respecto de las “conductas neutras”, cuya discusión excede con mucho este trabajo. Y la segunda, que sí lo afecta, en cuanto el sentido social en conductas como la que es objeto del comentario suscitan el problema de la “alarma social”, con consecuencias como las que en España se dieron en tráfico viario en el “Caso Farruquito” o en otros tan conocidos como los llamados “caso M^a Luz” o el “caso Marta del Castillo”. Todos ellos tienen en común que cuando, por diversos motivos, los medios de comunicación crean esta “alarma social” se olvidan todos los principios jurídicos y se produce lo que sólo puedo calificar de “linchamiento”.

⁴² Caso Nissan, STS 178/1996, de 19 de febrero, que anula la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en la que se condenaba por homicidio doloso. El Tribunal Supremo califica los hechos como imprudentes esencialmente en base la maniobra evasiva que realizó la conductora. Maniobra evasiva que en el presente caso también se produce al resultar probado que el acusado frenó.

⁴³ En la sentencia del caso Cabello, de la Cámara Nacional de Casación Penal argentina, Sala Tercera, de 2 de septiembre de 2005, se casa la sentencia de instancia en la que, básicamente, se había fundamentado el dolo de matar en que el conductor, que colisionó con otro vehículo que se incendió y en el que murieron dos personas, se había preocupado más por el estado en que había quedado su vehículo que por las víctimas.

⁴⁴ Supra nota 43

*muerte*⁴⁵. Es cierto que la normativa administrativa en materia de seguridad vial, como en otros ámbitos, prohíbe conductas que en abstracto son arriesgadas, pero lesiona las garantías esenciales del Derecho penal presumir la existencia de dolo en base a una infracción administrativa, incluso para afirmar la existencia de un ilícito penal⁴⁶, mucho más para imputar a un ilícito administrativo un homicidio doloso.

La cuestión es diferente si de lo que se tratase fuera imputar un delito contra la seguridad en el tráfico viario. Respecto de la seguridad vial es indiscutible que los conocimientos del sujeto respecto del riesgo que para la seguridad vial implica la velocidad que llevaba y, en particular, el adelantamiento irregular que llevo a efecto, determinan que actuó dolosamente en relación con ese riesgo. Lo que supone un salto argumentativo no justificado es establecer que del conocimiento/dolo respecto del riesgo se deduce el dolo respecto del resultado. Ese paso requiere ulteriores indicios que no se han probado en este caso y que, por lo demás, conforme a los hechos probados, difícilmente podrían darse.

En el referido caso Cabello, tratándose de un adelantamiento en una vía amplia, con independencia de la discusión de si es autopista o vía urbana, aunque ello no deje de tener importancia⁴⁷, atendiendo a la buena visibilidad e incluso a la velocidad, que antes de la frenada se calcula en 137 km/h, y aceptando la gravedad de los hechos, difícilmente pueden incardinarse en la conducción suicida. Esta última requiere que el conductor no tenga ninguna posibilidad de controlar el vehículo *ex ante*. Es evidente que *ex post*, siempre que se ha producido un accidente, no cabe negar que el conductor no controló el automóvil, por ello la valoración sobre las posibilidades de control del riesgo deben efectuarse *ex ante*, como por lo demás, debe valorarse siempre el injusto típico.

Al respecto hay dos datos –indicios- que, desde mi punto de vista, prueban la existencia de este error. El primero, y en principio el más relevante, es el relativo a que el sujeto freno cuando se dio cuenta que, tras el adelantamiento, perdía el control del vehículo. Es decir, el sujeto al advertir de una forma más certera el riesgo que estaba creando con su conducción trata de controlarlo por lo que, en ningún caso, puede afirmarse que “acepta”, no ya que “quiere”, la producción del resultado. Pero hay otro indicio que, aun cuando al juzgador de instancia le sirve para fundamentar el dolo, entiendo que prueba todo lo contrario. Se insiste en la sentencia de instancia en que el vehículo estaba “tuneado”, como un dato que nos lleva a probar el dolo, lo mismo que la preocupación de Cabello por su vehículo. Por el contrario, entiendo que ambos datos prueban que en ningún caso el autor “aceptaba”, “consentía”, “quería”, ni le era “indiferente” perder el control del vehículo y chocar puesto que ello conlleva, con una certeza absoluta, graves daños en su “amado” vehículo.

⁴⁵ Los conocimientos especiales del sujeto deben tomarse en consideración pero el conocimiento que aquí se presume no es un conocimiento especial en relación con el hecho en concreto sino general que no puede servir para fundamentar el dolo respecto del homicidio.

⁴⁶ En España a partir de la última reforma del Código penal se discute la constitucionalidad de las presunciones establecidas en los artículos 379 y 380, en las que se califica como delito la conducción superando unos determinados límites de velocidad y/o unos determinados niveles de impregnación alcohólica.

⁴⁷ En el referido artículo 379 del Código penal español se presume la existencia de un delito contra la seguridad vial y no una infracción administrativa cuando la velocidad sea superior en 60 Km. en vía urbana y en 80 Km. en vía interurbana.

Cuestión diferente es la gravedad de los hechos, en cuanto injusto imprudente, gravedad de la imprudencia que debe fundamentarse en la gravedad de la infracción del deber de cuidado y no en el resultado. Para determinar la gravedad de la infracción del deber de cuidado se deben tomar en consideración los diferentes parámetros que se discuten en la sentencia del alzada, como los relativos a la velocidad, al tipo de calzada a la forma en que se llevo a efecto el adelantamiento, el estado de la calzada, la visibilidad... Todos ellos son los elementos que deben fundamentar una mayor o menor gravedad del injusto que debería traducirse en la individualización de la pena⁴⁸. En este caso, por otra parte, dada la naturaleza del riesgo creado por el autor, cabría calificar los hechos como delito contra la seguridad en el tráfico, con independencia de que se hubieran producido o no resultados lesivos.

Establecido lo anterior, no cabe, en estos supuestos, calificar los hechos como concurso real entre dos homicidios imprudentes sino como un concurso ideal entre ambos. Esta consideración parte de dos presupuestos: 1º) hay un único hecho en cuanto se produce una única infracción de la norma de cuidado; 2º) *ex ante* no podía conocerse cuál iba a ser el resultado. Incluso si partiéramos de saber que en el vehículo iban dos personas era imposible determinar *ex ante* qué iba a acontecer. Por ello, nos encontramos ante un único injusto imprudente al que se imputan dos resultados.

Pero es que además, lo cierto es que se desconoce el por qué el vehículo se incendió inmediatamente después de la colisión. Aceptando que el incendio del vehículo es uno de los riesgos implícitos en un choque entre dos vehículos o de un automóvil contra cualquier otra obstáculo, no existe una elevada probabilidad de que se produzca y menos con la inmediatez que al parecer en este caso se desencadenó. Ello debería haber llevado a analizar el por qué del incendio y si pudo deberse al mal estado del vehículo, a una pieza defectuosa... De ser cierta esta posibilidad la consecuencia es que los resultados producidos no son imputables exclusivamente a la conducción de Cabello, aun cuando ciertamente existe relación de causalidad. Respecto de la relación de riesgo, propia de la imputación objetiva, se realizarían en el resultado dos riesgos: el proveniente del choque y el derivado del problema técnico del vehículo siniestrado. Esta concurrencia de riesgos lleva a que no todo el riesgo creado por el autor se realiza en el resultado y, en consecuencia, ello debería tomarse en consideración en la individualización de la pena rebajándola⁴⁹, en sentido contrario a lo que decíamos en el caso de que la gravedad del injusto fuese muy elevada. La razón de esta disminución del injusto se fundamenta en que en los delitos imprudentes estamos castigando como delito consumado y en la consumación no concurre todo el riesgo creado por el autor sino sólo una parte de éste.

⁴⁸ En España, atendiendo a la regulación de la imprudencia en nuestro Código Penal, la gravedad del injusto depende precisamente de la gravedad de la infracción del deber de cuidado, más que del resultado. Ello es así porque la imprudencia puede ser grave o leve y si es leve, estaremos frente a una falta y no ante un delito aunque se haya producido una o varias muertes.

⁴⁹ En España, dado que están previstas dos modalidades de imprudencia, grave y leve, en estos casos, la jurisprudencia se refiere a la concurrencia de culpas, afirmando que aun cuando en Derecho penal no cabe la compensación de culpas al estilo del Derecho Civil, sí que es posible rebajar la imprudencia de grave a leve. Siendo correcta la solución no lo es la fundamentación.

6. Límites a la calificación como dolo de la ignorancia deliberada o el manifiesto/temerario desprecio

Habría por último que analizar, ante la propuesta que se plantea en este trabajo acerca del concepto y elementos del dolo, qué interpretación cabe respecto de la ignorancia deliberada y el manifiesto/temerario desprecio. Términos que como se ha enunciado, han sido incorporados a nuestro Derecho penal, el primero procedente de la jurisprudencia americana, e incorporado en fechas recientes a la española, y el segundo introducido por el legislador en el Código Penal, no sólo como “manifiesto desprecio” en los delitos contra la seguridad vial (art. 381), sino también como “temerario desprecio”, en las calumnias (art. 205), en las injurias (art. 208), en la acusación y denuncia falsa (art. 456) y en los delitos de discriminación (art. 510). La jurisprudencia mayoritaria ha interpretado el “temerario desprecio” como un supuesto de dolo eventual⁵⁰, aun cuando para un sector de la doctrina abarca también la culpa consciente. En el caso de los delitos contra la seguridad en el tráfico, el “manifiesto desprecio”, como ya se ha mencionado, ha sido interpretado por un amplio sector de la doctrina, como una tipificación expresa del homicidio en dolo eventual.

Desde la posición propuesta tanto la ignorancia deliberada como el manifiesto o temerario desprecio deben interpretarse en clave objetiva y probar racionalmente que cualquier persona, situada en el lugar del autor, habría advertido el riesgo creado y su eficacia para lesionar el bien jurídico-penal. De esa forma, atendiendo a las circunstancias concurrentes, puede afirmarse que el sujeto conocía el riesgo concurrente pero se negaba a admitir ese conocimiento. En otros términos, en estos casos no puede afirmarse que concurra un error ni sobre la existencia del riesgo ni sobre la capacidad de evitación. No obstante, no en todos los supuestos en los que la jurisprudencia admite el manifiesto o temerario desprecio o la ignorancia deliberada puede afirmarse que concurra dolo. El principio de exigibilidad puede servir, en este contexto, para apreciar si el error era vencible o si, por el contrario, no concurría el pretendido error y, por consiguiente, afirmar que la conducta era imprudente en el primer caso y dolosa en el segundo.

Como se ponía de manifiesto al inicio de este trabajo, no podemos olvidar el principio de defensa y su consecuencia de que la carga de la prueba corresponde a quien acusa y, por consiguiente, no es suficiente con presumir que el sujeto “quería el resultado” o le era “indiferente”, sino que es necesario probar que conocía la concurrencia de un riesgo idóneo para producir el resultado, aun cuando se negara a saber sus términos concretos.

En relación a estos conceptos especialmente criticable es la referencia que el legislador introduce del “desprecio” puesto que ciertamente cabe interpretarlo en clave subjetivista,

⁵⁰ Cfr. STS de 3 de marzo de 2007 o STJC 1/2005, de 3 de enero, en delitos de acusación y denuncia falsa o las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid 1ª 14 de marzo de 2003 o de Sevilla 1ª 152/2000, de 6 de marzo, respecto de las calumnias.

cercana a las llamadas “teorías del sentimiento”. No obstante, esta interpretación choca frontalmente con un Derecho penal del hecho, que castiga en atención a la mayor o menor gravedad de los hechos, y, por el contrario, se acerca a un Derecho penal de autor, en el que se sanciona la actitud interna. Interpretación subjetivista que podría deducirse de los términos de la STS 192/2001, de 14 de febrero, en relación con un delito de calumnias.

Concluyendo, la normativización del dolo es necesaria en un Derecho penal respetuoso con el derecho de defensa y no supone castigar más, como pudiera interpretarse y como han afirmado algunos sectores de la doctrina y la jurisprudencia, sino castigar en atención a los hechos probados. Los aspectos subjetivos, ya sea el dolo, los llamados elementos subjetivos del injusto, o términos como los mencionados, de manifiesto/temerario desprecio e ignorancia deliberada, deberán deducirse lógicamente y motivadamente de los datos objetivos que hayan sido probados en el proceso. La concurrencia de determinadas características psíquicas en el sujeto que afecten a su normalidad motivaciones deberán considerarse en el ámbito de la culpabilidad o responsabilidad personal y determinar la pena o medida de seguridad en concreto aplicable. Esta estructura metodológica, no puede obviarse, suscita problemas en algunos supuestos en los que esos déficits cognitivos pueden determinar el desconocimiento del riesgo exacto creado lo que, a su vez, plantea la cuestión de la relación entre injusto y culpabilidad, problema que desborda con mucho los términos de este trabajo.

EL CASO ROSE-ROSAHL*

PROF. DR. ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid

Resumen: El caso Rose-Rosahl, juzgado hace más de ciento cincuenta años por el Tribunal Supremo de Prusia, es uno de los más famosos de la jurisprudencia alemana. Sobre el principal problema que en él se suscita, el de la influencia que en la responsabilidad del inductor –o de otros intervinientes- pueda tener un *error in objecto vel in persona* sufrido por el autor, no se ha dejado de discutir, dentro y fuera de Alemania, desde entonces. En este artículo, además de exponer la historia del caso, se analizan críticamente las distintas soluciones ofrecidas a lo largo del tiempo para resolver dicho problema y se toma finalmente partido por una solución diferenciada.

Palabras-clave: *error in objecto (vel in persona)*, *aberratio ictus*, tentativa, consumación, autoría, participación, inducción (intentada), *excessus mandati*.

Zusammenfassung: Der Fall Rose-Rosahl, entschieden vor mehr als hundertundfünfzig Jahren von der Preußischen Obertribunal, ist einer der berühmtesten Fälle der deutschen Rechtsprechung. Die Hauptfrage, die dieser Fall stellt - welcher Einfluss hat ein Objektirrtum seitens des Täters auf die Haftung des Anstifters (oder der anderen Teilnehmer)-, ist seither, innerhalb und außerhalb Deutschlands, immer viel diskutiert. In diesem Aufsatz werden die verschiedenen im Laufe der Zeit angebotene Lösungen dieses Problem kritisch analysiert und am Ende wird es für eine differenzierte Lösung Stellung genommen.

Stichwörter: *error in objecto (vel in persona)*, *aberratio ictus*, Versuch, Vollendung, Täterschaft, Teilnahme, (versuchte) Anstiftung, *excessus mandati*.

El 11 de septiembre de 1858, poco después de las nueve de la noche, el carpintero Schliebe y un socio suyo, en cuya compañía volvía de Schliepzig a Lieskau, poblaciones prusianas próximas a la ciudad de Halle, hallaron a un lado del camino un cadáver con evidentes señas de violencia. Tras denunciar el hecho a las autoridades, se pudo comprobar que se trataba del cadáver de un joven estudiante de bachillerato de Lieskau, de diecisiete años de edad, llamado Harnisch, que esa mañana se había desplazado a Schliepzig y había sido sorprendido a su regreso por el ataque homicida. En el cadáver se apreciaron diversas heridas, causadas algunas de ellas por disparos de arma de fuego. Según los peritos, tales lesiones, particularmente las sufridas en la

* Versión modificada del capítulo publicado con el mismo título en, P. Sánchez Ostiz (ed.), Casos penales que hicieron doctrina en Derecho Penal, Ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 61-79.

cabeza -el cráneo estaba completamente aplastado-, le habían ocasionado la muerte de forma inmediata. A unos pasos del cadáver se encontraron indicios de que, allí mismo, en una zanja abierta junto al camino, se había apostado una persona armada a la espera de su víctima. Schliebe manifestó enseguida la suposición de que era a él y no a Harnisch a quien habrían querido matar y dirigió sus sospechas hacia Rosahl, un comerciante de maderas de Schliepzig que le debía dinero, y hacia uno de los empleados de éste, llamado Rose. A resultas de esta denuncia Rose fue detenido y reconoció ser el ejecutor de esa muerte y haber actuado por encargo de Rosahl. Por las confesiones de ambos se supo, además, que Rose se había comprometido ante Rosahl a deshacerse de Schliebe a cambio de trescientos táleros al contado y un tálero más cada semana y que con ese propósito Rosahl había entregado a Rose dinero para disponer las armas y la munición necesarias. La misma tarde del 11 de septiembre de 1858 Rosahl había indicado a Rose el lugar por el que habría de pasar Schliebe, al que Rose conocía bien por las frecuentes visitas que hacía a su patrón. Allí lo esperó Rose y, cuando en la oscuridad escuchó los pasos de una persona que creyó que era Schliebe, sin haberse cerciorado de su identidad, realizó contra ella un disparo con la escopeta que portaba. Tras notar que el primero la había alcanzado, Rose efectuó un segundo disparo con una pistola que también llevaba consigo, hiriéndola así nuevamente. A continuación, al percibir aún signos de vida en la víctima, se acercó hasta donde ésta se hallaba tendida y la golpeó con la culata de su escopeta en la cabeza. Seguidamente, Rose, ignorante aún de su error, se presentó ante Rosahl para comunicarle que había cumplido su encargo y que, en consecuencia, Schliebe había muerto¹.

Éste es uno de los casos más famosos de la jurisprudencia alemana. Sobre el principal problema que en él se plantea (el de la influencia que en la responsabilidad del inductor –u otros intervinientes- pueda tener el *error in objecto vel in persona* sufrido por el autor) y sobre sus posibles soluciones no se ha dejado de discutir, dentro

¹ Versión resumida de los hechos juzgados en la sentencia de 5.5.1859 del Tribunal Supremo de Prusia (*Preußisches Obertribunal*), íntegramente publicada en GA 7 (1859), 322 ss., con el título “*Über den Einfluß des Irrthums im Objekte beim Morde und bei der Anstiftung zu diesem Verbrechen*”.

y fuera de Alemania, en los más de ciento cincuenta años que han transcurrido desde entonces. La atención que a este caso se sigue prestando no deriva tanto de su relevancia práctica -pues casos de esta clase se presentan rara vez ante los tribunales², como de la dificultad que, para formular una solución que pueda ser compartida por todos, depara el hecho de que confluyan en él varias cuestiones de la imputación jurídico-penal, tanto objetiva como subjetiva, que no están aún del todo aclaradas y que tienen mayor complejidad todavía cuando de la intervención de varios sujetos en el delito se trata.

I. Las sentencias del Tribunal del Jurado de Halle y del Tribunal Supremo de Prusia de 18 de febrero y 5 de mayo de 1859

El Tribunal de Halle, que juzgó en primera instancia los hechos el 18.2.1859, encontró a Rose culpable de haber matado de forma dolosa y premeditada a Harnisch, al confundirlo con Schliebe. También Rosahl fue declarado responsable de ese hecho. En consecuencia, ambos fueron condenados a la pena de muerte: Rose como autor de un asesinato consumado y Rosahl como partícipe (inductor y cómplice) del mismo delito, en virtud de los §§ 175, 34 y 35 del Código penal prusiano³, descartándose así una calificación alternativa, conforme a la cual ambos se habrían hecho merecedores, a lo sumo, de una sanción por tentativa de asesinato respecto de Schliebe (en concurso, en el caso de Rose, con un homicidio consumado de forma imprudente en la persona de Harnisch)⁴.

En su recurso ante el Tribunal Supremo de Prusia, la defensa de Rose discutió que fuese correcta su condena por un asesinato consumado⁵. El defensor de Rosahl adujo además que el Tribunal habría debido excluir que al autor intelectual o al

² Cfr. en este sentido PUPPE, *Anmerkung zu BGH, Urt. v. 25.10.1990 -4 StR 371/90 (LG Bielefeld)*, NStZ 1991, 124.

³ El § 175 Código penal prusiano (PrStGB) de 1851 establecía que “quien mata dolosamente y con premeditación a una persona comete asesinato”.

⁴ Cfr. GA 7 (1859), pp. 323-325.

⁵ Para ello habría faltado el “nexo causal” necesario entre la premeditación y el dolo respecto de la muerte de Harnisch: vid. GA 7 (1859), pp. 325 s.

cómplice se le pudieran imputar los excesos, las desviaciones y los efectos no queridos, ni previstos, producidos por el ejecutor⁶. El 5.5.1859 el Tribunal Supremo de Prusia rechazó tales impugnaciones y confirmó plenamente la decisión recaída en primera instancia. Su principal argumento se basaba en un determinado entendimiento de la accesoriidad de la participación⁷: puesto que, según el § 35 PrStGB, a los partícipes en un delito se les tenía que aplicar “*la misma ley penal que encuentra aplicación al autor*”, la punibilidad del inductor es de tal modo dependiente de la actividad del ejecutor que sólo por excepción se puede dejar de imputar a aquél lo que constituya un verdadero exceso (cualitativo o cuantitativo) de éste. De un exceso semejante no cabría hablar, sin embargo, cuando, como en el caso enjuiciado, un asesino a sueldo cree estar cumpliendo el encargo recibido y comete al ir a ejecutarlo un irrelevante *error in persona*, pues entonces el hecho del ejecutor sigue presentándose pese a todo como resultado de la inducción. Junto a esta línea principal de argumentación, una segunda apuntaba a la inexistencia de otra calificación razonable para la conducta de Rosahl: aunque en el momento en que Rose ejecutó el hecho su propósito continuaba siendo el de matar a la persona cuya muerte se le había encargado, no se podría calificar este hecho como una tentativa de asesinato respecto de Schliebe, pues a tal efecto la persona de Harnisch constituiría un objeto absolutamente inidóneo⁸.

II. La influencia de un error in persona por parte del autor en la responsabilidad del inductor: el estado de la cuestión

1. La evolución de la doctrina alemana

⁶ Cfr. GA 7 (1859), pp. 326-328.

⁷ Sobre ello cfr. PEÑARANDA, *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, Madrid, 1990, 216 ss. (acerca del concepto de accesoriidad bajo el CP prusiano de 1851), 231 y 245 ss. (respecto de la evolución posterior de la noción de accesoriidad en relación con este problema).

⁸ GA 7 (1859), 332 ss. No se puede pasar por alto la importancia de esta última consideración, pues desde tal entendimiento Rosahl habría tenido que quedar exento en aquel momento de toda responsabilidad por su instigación, ya que el PrStGB de 1851 -al igual que el Código penal del Imperio alemán (RStGB), en su redacción inicial de 1871- no preveía el castigo de la inducción intentada. Su punición se introdujo en Alemania años más tarde -con la reforma de 26.2.1876 del RStGB (en su § 49a, antecedente del actual § 30 StGB)-. Sobre la historia de este precepto (el llamado “Duchesne-Paragraph”), cfr. JOECKS, *Münchener Kommentar zum StGB* (MK), 1ª ed., Munich, 2003, § 30/5.

Desde el primer momento, la doctrina alemana se dividió en cuanto al tratamiento que habría que dar a éste y a otros casos semejantes. Un sector, mayoritario al principio, se sumó -aunque, en parte, con argumentos diferentes⁹- a la solución del Tribunal Supremo de Prusia¹⁰. Otro sector, inicialmente más reducido, sostuvo por el contrario que el error en la persona sufrido por el autor, aun siendo para él irrelevante, significaría, en cambio, para los inductores (u otros intervinientes) una *aberratio ictus*¹¹ o un exceso de aquél por el que éstos, como tales, no tendrían que responder¹². Esta tesis se convirtió con el tiempo en ampliamente dominante¹³, aunque presentándose en dos versiones diferentes, pues entre sus partidarios no había -y sigue sin haber- unanimidad acerca del tratamiento más adecuado de tales formas de desviación o de exceso: según algunos¹⁴, la solución más correcta sería la de admitir una inducción a la tentativa del delito que se pretendía cometer; para otros nos hallaríamos más bien ante hipótesis de tentativa de inducción¹⁵. Desde ambas

⁹ Un completo resumen y una crítica de tales argumentos se puede leer en BEMMANN, *Zum Fall Rose-Rosahl*, MDR 1958, 817 ss.

¹⁰ Entre otros, sostuvieron la irrelevancia del error in persona del inducido para el inductor: HÄLSCHNER, *Der Kriminalprozeß gegen Rose und Rosahl. Ein Beitrag zur Lehre vom Irrthum*, GA 7 (1859), 433 ss.; BIRKMEYER, *Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts*, Berlín, 1890, 165; J. KÖHLER, *Studien aus dem Strafrecht I*, Mannheim, 1890, 141; BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 18ª ed., Leipzig, 1898, 165; FINGER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts I*, Berlin, 1904, 348; BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübinga, 1906, 428; VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht, t. II*, Berlín, 1907, 679; IBACH, *Die Anstiftung*, Breslau, 1912, 79 ss.; FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 18ª ed., Tübinga, 1931, 123; VON LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26ª ed., Berlin, 1932, 343, n. 6; MEZGER, *Tratado de Derecho Penal II* (traducción de la 2ª ed. alemana de 1933), 3ª ed., Madrid, 1957, 330 s.; MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 9ª ed., Leipzig, 1934, 225; KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, 43ª ed., Berlín, 1961, § 48/VII; LOEWENHEIM, *Error in objecto und aberratio ictus*, JuS 1966, 310 ss., 314 s.; y WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlín, 1969, 75 y 117. Sobre la posición de PUPPE, vid. infra n. 19.

¹¹ Así ya, por ejemplo, VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. II, Berlin 1930, 464, n. 1.

¹² En este sentido ya SCHWARZE, *Die nothwendige Teilnahme am Verbrechen*, Leipzig, 1869, 265 ss.; y BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. III, Leipzig, 1918, 210 ss.

¹³ Vid. ROXIN, *Rose-Rosahl redivivus*, en SEEBODE (ed.): *Festschrift für Günther Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, Berlín-Nueva York, 1992, 300.

¹⁴ Así, entre otros, VON HIPPEL (n. 11), 464 n. 1; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. AT (Lehrbuch)*, 2ª ed., Tübinga, 1975, 14/123 (vid., sin embargo, la n. siguiente); STRATENWERTH, *Objektsirrtum und Tatbeteiligung*, en ARZT et al. (eds.), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 1992, 57 ss.; ID., *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, trad. Cancio/Sancinetti de la 4ª ed. Alemana, Cizur Menor, 2005, § 8/98; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum StGB*, 6ª ed. (SK⁶), Frankfurt am Main, 1992, núm. 56 antes del § 26; y JOECKS, MK (n. 8), § 26/72 s.

¹⁵ Así, por ejemplo, BEMMANN, MDR 1958, 821; ID., *Objektsverwechslung des Täters in ihrer Bedeutung für den Anstifter*, en KÜPER/WELP (eds.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für*

perspectivas, se suele dejar a salvo una eventual responsabilidad por imprudencia (como autor) respecto del resultado finalmente producido.

No es fácil definir el estado actual de la cuestión en Alemania. Según algunos¹⁶, allí predomina ahora el criterio de que tan irrelevante es para el inductor el error in objeto del autor como lo es para éste. Otros¹⁷ estiman en cambio que continúa siendo dominante la tesis de limitar en tal caso la responsabilidad del inductor a una inducción intentada (§ 30 I StGB). En cualquier caso, tiene razón Puppe cuando advierte que ya no es seguro que ésta sea, como fue anteriormente, la posición de una amplia mayoría de los penalistas alemanes¹⁸.

2. *Rose-Rosahl redivivus*

En realidad la doctrina alemana se encuentra hoy, a este respecto, más dividida que nunca. A ello han contribuido dos factores que están, por lo demás, relacionados. De una parte, las dudas que, con un éxito más que notable, ha sembrado la propia Puppe respecto que sea correcta la distinción misma entre *aberratio ictus* y error in persona, bien de un modo general (como piensa esta autora), bien en supuestos particulares como el del caso *Rose-Rosahl*¹⁹. Y, de otra, el impacto que en la doctrina

Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg, 1993, 397 ss.; HILLENKAMP, *Die Bedeutung der Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, Gotinga, 1971, 63 ss.; LETZGUS, *Vorstufen der Beteiligung*, Berlin, 1972, 54 ss.; ALWART, *Der praktische Fall*, JuS 1979, 351 ss.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. AT (Studienbuch)*, Tubinga, 1982, 10/126 (adhiriéndose a Alwart y modificando así su opinión anterior); ROXIN, JZ 1991, 680 s.; ID., en *Spendel-FS* (n. 13), 289 ss.; ID., en JÄHNKE/LAUFHÜTTE/ ODESKY (eds.), *StGB Leipziger Kommentar*, 11ª ed. (LK¹¹), Berlín-Nueva York, 1993, § 26/90 ss.; ID., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. II, Munich, 2003, § 26/116 ss.; RUDOLPHI, SK⁶ (n. 15), § 16/30; y SCHÜNEMANN, en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *StGB Leipziger Kommentar*, 12ª ed. (LK¹²), Berlín, 2009, § 26/84 ss., con más referencias.

¹⁶ De acuerdo en ese punto, pese a defender por lo demás tesis opuestas, JOECKS, MK (n. 8), § 26/67 ss.; y CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed. (StGB²⁷), Munich, 2006, § 26/23.

¹⁷ Así por ejemplo SCHÜNEMANN, LK¹² (n. 15), § 26/85.

¹⁸ PUPPE, *Nomos Kommentar zum StGB*, 2ª ed. (NK²), Baden-Baden, 2005, § 16/108.

¹⁹ Son fundamentales a este respecto las obras de PUPPE, *Zur Revision der Lehre vom "konkretem" Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus*, GA 1981, 1 ss.; *Der objektive Tatbestand der Anstiftung*, GA 1984, 101 ss., 120 s.; NStZ 1991, 124 ss.; *Der gemeinsame Tatplan der Mittäter*, en COURAKIS (ed.), *Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert, Festschrift für Professor Dr. Dionysios Spinellis*, Atenas, 2001, 911 ss. (= ZIS 6/2007, 234 ss.); y NK² (n. 18), § 16/93 ss. y 107 ss.

alemana ha tenido la solución sostenida por el BGH en un caso (conocido como *Hoferbenfall*) que, por su parecido con aquél, se ha dado en llamar también “Rose-Rosahl redivivus”²⁰ o “Rose-Rosahl II”.

El 25.10.1990 el BGH dictó, en efecto, una sentencia sobre un supuesto de hecho muy similar al que había juzgado ciento treinta años antes el Tribunal Supremo de Prusia: el acusado F., dueño de una explotación agrícola, había ofrecido por matar a su hijo y heredero (K.) una importante suma de dinero a un tercero (S.), que en circunstancias parecidas a las que se dieron en aquella otra ocasión, terminó matando por error a B., un vecino de aquéllos²¹. El LG de Bielefeld, siguiendo la opinión dominante en la doctrina de la época, había condenado inicialmente a F. en relación con ese hecho por una tentativa de inducción de asesinato, al entender que la muerte de B. no habría quedado abarcada por el dolo de aquél. El BGH revisó la sentencia y condenó a F. como inductor del asesinato consumado por S. en la persona de B. A diferencia de lo que había sucedido en el caso Rose-Rosahl, en esta nueva decisión no parece haber jugado ya un papel tan importante la idea de la accesoriedad de la participación, pues en ella expresamente se admite que la vinculación jurídica de la participación con la autoría no tiene un carácter absoluto y cabe, por tanto, que una circunstancia carente de relevancia para la responsabilidad del autor pueda tenerla en cambio para la del inductor del mismo hecho. No obstante, aún se sostiene que de la conexión normativa entre los preceptos que regulan la autoría y la participación se

²⁰ Así el título del artículo de ROXIN, en Spedel-FS (n.13), 1992, 280 ss.

²¹ BGHSt. 37, 214 ss. (*Hoferbenfall*). Este caso se desarrolló en dos fases separadas en el tiempo por casi dos años. F., a causa de desavenencias que tenía con K., hijo suyo -habido en su primer matrimonio- y heredero único de la mencionada explotación, decidió matarlo y para ello se puso en contacto con S., al que ofreció dinero por ejecutar su muerte en un establo por el que K. acostumbraba a pasar cada tarde al regresar a su casa. Para asegurarse de que no sufriera daño cualquier otra persona, F. informó a S. de los hábitos y de la apariencia física de su hijo y le entregó una fotografía de éste. El 21.5.1985, S. se llegó por la tarde hasta el mencionado establo, donde se encontró por casualidad, pues no lo habían así convenido, con F., que le hizo algunas preguntas para confirmar que S. sería capaz de reconocer a su hijo. F. se ausentó entonces del establo, mientras que S. permaneció en él a la espera de que llegase K. Entretanto se fue haciendo la oscuridad y a eso de las siete llegó al establo B., un vecino de parecida estatura a la de K. y que, como éste solía hacer, llevaba una bolsa en la mano. S. supuso entonces que aquél a quien tenía ante sí era K. y, en esta creencia, disparó contra B. a corta distancia, ocasionándole la muerte. En este primer momento no se pudieron aclarar ni las circunstancias del hecho, ni la identidad de los responsables del mismo, pero casi dos años después F. volvió a tratar de llevar a efecto su propósito de deshacerse de su hijo y, al no encontrar a quien estuviese dispuesto a matarlo, resolvió ejecutar por sí mismo su muerte: el 17.11.1987 lo atacó por sorpresa golpeándolo con un instrumento de hierro en la cabeza, pero K. sobrevivió a la agresión de su padre y así se descubrió todo.

deduce que, “por regla general”, un error del autor sobre la persona de la víctima tampoco debería ser tomado en cuenta respecto del inductor²² y que, en el caso enjuiciado, a ese criterio general sería necesario atenerse, de un lado, porque la desviación entre el hecho representado por el inductor y el realmente producido por el autor “se mantuvo dentro de la experiencia general de la vida”²³; y, de otro, porque las reglas de la *aberratio ictus* no serían aquí aplicables, al haber sido formuladas para los casos en que el autor tiene el objeto de ataque a la vista²⁴.

Esta solución ha cosechado críticas muy severas, pero ha tenido también una acogida más favorable en otro sector de la más reciente doctrina alemana²⁵ y ha propiciado la proliferación de diversas soluciones diferenciadoras²⁶.

3. Breve referencia a la doctrina y la jurisprudencia españolas

La doctrina española no ha prestado una atención tan intensa a esta problemática como la alemana²⁷. Es dudoso que ello se deba, como se ha sugerido²⁸, al

²² BGHSt. 37, 217 s.

²³ BGHSt. 37, 218. Esto parece casar mal con el hecho de que la sentencia del LG Bielefeld de 23.10.1989 descartase la condena de F. como autor por imprudencia de la muerte de B. con el argumento, precisamente, de que la aparición de éste en el establo “no era ya objetivamente previsible”: sobre ello cfr. G. BEMMANN, *Stree/Wessels-FS* (n. 15), 402.

²⁴ BGHSt. 37, 219, en referencia a la opinión sostenida en este sentido por PUPPE, en GA 1984, p. 121.

²⁵ Aparte de PUPPE (supra n. 19), se han pronunciado a favor de este criterio, entre otros, GEPPERT, Zum „error in persona vel obiecto“ und zur „aberratio ictus“, Jura 1992, 163 ss.; GROPP, *Der Zufall als Merkmal der aberratio ictus*, en ESER/SCHITTENHELM/SCHUMANN (eds.), *Festschrift für Th. Lenckner zum 70. Geburtstag*, Munich, 1998, 55 ss.; STRENG, *Die Strafbarkeit des Anstifters bei error in persona des Täters (und verwandte Fälle) –BGHSt 37, 214*, JuS 1991, 910, 914 ss.; ID., *Der Irrtum beim Versuch –ein Irrtum?*, ZStW 109 (1997), 862, 896, con n. 115; FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 3ª ed., Munich, 2008, § 28/27; y SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER/HEINE, StGB²⁷ (n. 16), § 26/23. Cfr. también WESSLAU, *Der Exzess des Angestifteten*, ZStW 104, (1992), 105 ss. y 130.

²⁶ Sobre ellas cfr. ROXIN, AT II (n. 15), § 26/127 ss.; y SCHÜNEMANN, LK¹² (n. 15), § 26/86 ss. y 90.

²⁷ No faltan sin embargo algunas tomas de posición al respecto. Un importante sector de la doctrina española tiende a proclamar la irrelevancia del error in persona del autor para el inductor (que lo sería por tanto, en un caso como el de Rose y Rosahl, de un asesinato consumado): así, en referencia sólo a los casos de error in persona, RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, t. I, Barcelona, 1972, 857; y sin distinguir entre los casos de error in persona y de aberratio ictus por parte del inducido, FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, t. II, Murcia, 1947, 53; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Parte General*, Madrid, 1984, 524 s.; (lo que es coherente con su posición general acerca del tratamiento de la aberratio ictus para el propio autor: vid. *ibidem*, 229); y OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, Madrid,

escaso número de decisiones judiciales sobre la cuestión, pues -como hemos visto- los pronunciamientos de este tipo tampoco abundan en Alemania. Por lo demás, cabe citar varios casos de ésta o parecida naturaleza en los que los Tribunales españoles se han aproximado a la problemática aquí suscitada. De las sentencias recaídas en ellos se desprende, si no una posición absolutamente decidida, sí al menos una clara tendencia a considerar que el error in persona sufrido por el autor es irrelevante también para quien le hubiera inducido a cometer el hecho.

Algunos de estos casos se refieren a supuestos de detenciones ilegales o secuestros, cuyo carácter de delito permanente da lugar a peculiaridades en el tratamiento de ciertas hipótesis de error in persona²⁹. Es interesante, no obstante, la STS de 10.3.2003 (RJ 3990)³⁰, que versó sobre un caso en el que uno de los acusados de detención ilegal, aquél del que había partido el encargo de perpetrarla, recurrió contra su condena por delito consumado (sobre una víctima equivocada), alegando que el error en la persona sufrido por los ejecutores habría convertido el hecho cometido por éstos en un exceso respecto del mandato realizado. El TS español rechazó tal alegación con el argumento de que, también para el inductor, “el error in

1999, 786. Consideran en cambio que el error in persona del autor constituye una (relevante) aberratio ictus para el inductor (con la consecuencia de una responsabilidad meramente por *inducción intentada*, concurrente en su caso con una autoría imprudente) DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el derecho español*, Madrid, 1986, 386; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte General II, Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Madrid, 1998, 144, n. 86; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, Madrid, 1996, 145; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, Valencia, 1995, 515 ss., 522 ss. (salvo que el autor “se atenga” a las indicaciones del inductor para la identificación de la víctima); y BLANCO CORDERO, *El error in persona del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor*, en ARROYO/BERDUGO (dirs.), *Homenaje al Dr. M. Barbero Santos*, vol. I, Cuenca, 2001, 845 ss. (salvo que fuese objetivamente imputable y previsible al inductor el error del inducido). Apuntan la solución de la *inducción a una tentativa* de homicidio o asesinato, al menos para ciertos casos (aunque sin tomar una clara posición al respecto), SILVA/ CORCOY/BALDÓ, *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte General*, Barcelona, 1996, 422.

²⁸ Así BLANCO CORDERO (n. 27), 823.

²⁹ Precisamente por ello, la STS de 29.7.1998 (RJ 5855), relativa al llamado “caso Marey”, carece aquí de interés. En este caso los ejecutores habían incurrido inicialmente en un error acerca de la identidad de la persona detenida, pero tanto ellos como los demás intervinientes decidieron luego mantener la privación de libertad de la víctima, incluso después de llegar a saber que se había producido tal equivocación.

³⁰ Se trataba aquí del caso de unos ciudadanos mejicanos, a los que, por precio, se había encargado secuestrar y dar un escarmiento a un empresario, y que en el momento de ir a detenerlo lo confundieron con uno de sus empleados, que casualmente tenía un automóvil de la misma marca, modelo y color que aquél.

persona es irrelevante cuando se trata de la lesión de idéntico bien jurídico” (salvo que el delito requiera alguna “condición objetiva” especial en la víctima y ésta no haya sido prevista por él), de modo que no se podía apreciar que existiera ni “ruptura del nexo de imputación subjetiva”, ni “desviación relevante”, ni “extralimitación en el curso causal de los hechos”³¹. También se han enjuiciado en España algunos supuestos de error en la persona de la víctima de un homicidio o asesinato. Al menos cabe mencionar dos³² que, aunque muestran algunas características diferenciales respecto del caso Rose-Rosahl –o, quizá precisamente por ello-, resultan interesantes en este contexto. En uno de ellos, el autor, que había sufrido en un primer momento un error en la identificación de su víctima, tras tomar conciencia de ese error, decidió matar pese a todo a la persona “equivocada”, para no renunciar a la recompensa que le había sido ofrecida³³. En el otro, aparte de haber quedado la ejecución (*también* respecto de

³¹ “Cuestión distinta” sería que los autores materiales “hubiesen actuado (sc. al darse cuenta de su error) por segunda vez contra la víctima designada, pero ello en este caso es una mera hipótesis suscitada por el recurrente”, lo que supone una clara alusión al argumento del baño de sangre, adaptado al delito de detención ilegal, y una respuesta al mismo en la línea que, entre otros, ha sugerido Puppe.

³² De un tercer caso sólo dispongo una referencia incompleta: en la SAN de 12.2.1981, se condenó al parecer a un palestino reclutado para matar a un “capitalista sionista” residente en España, que disparó mortalmente contra una persona a la que confundió con aquél a quien se le había encargado matar (a pesar de las instrucciones y la fotografía que se le habían dado para facilitar la correcta identificación de la víctima). La referencia procede de SILVA/CORCOY/BALDÓ (n. 27), 404, que no dicen si, aparte del autor material, llegó a ser juzgado algún otro interviniente en los hechos.

³³ Se trata del caso de la STS de 13.11.1998 (RJ 8962): José R. quería acabar con la vida de Santiago, que trabajaba como taxista en Ibiza, y para ello contactó con dos individuos, José B. y Francisco, que se mostraron dispuestos a matarlo por una determinada cantidad de dinero. José R. con la ayuda de su hija, Susana, instruyó a ambos de los hábitos de Santiago y de los lugares que éste solía frecuentar: en uno de estos lugares, un bar, llegó a presentarse Susana acompañada de José B. para indicarle la persona a la que debía matar. El día previsto, Francisco y José B. dejaron una motocicleta en un monte próximo a la ciudad. Francisco se dirigió después a la parada de taxis en la que habitualmente se detenía Santiago con su taxi, el número 38 de los de Ibiza, y cuando lo vio llegar avisó de ello a José B., que acto seguido tomó ese taxi y pidió a su conductor que lo llevara hasta aquel paraje. En algún punto del recorrido, José B. se percató sin embargo de que el conductor del taxi no era Santiago (éste había notado días antes que estaba siendo seguido y dejó por ello su trabajo), pero decidió continuar y matar pese a todo al taxista para no renunciar a la recompensa que se le había prometido. Así lo hizo, disparando en la cabeza a quien conducía el vehículo, que resultó ser José C., al que produjo de inmediato la muerte. Después de esto, prendió fuego al taxi con el cadáver de José C. en su interior, empleando para ello el bidón de gasolina que había quedado allí dispuesto y huyó en la motocicleta preparada al efecto. La AP de Palma de Mallorca condenó a José B. como autor de un asesinato por precio con la agravante de alevosía del art. 406 CP 1973 (los hechos enjuiciados habían ocurrido en 1994); a José R. por provocación al mismo delito de asesinato cualificado por precio; y a Francisco por conspiración también para cometer ese delito; y absolvió a Susana de cualquier responsabilidad, por considerar que su conducta habría quedado en una mera tentativa de complicidad, en cuanto tal impune. El TS confirmó en todos estos aspectos la decisión de la AP y rechazó que, como pretendía la acusación particular, José R., Francisco y Susana hubiesen debido responder del delito consumado en la persona de José C. como inductor, coautor y cómplice, respectivamente, porque para ello habría faltado el “elemento subjetivo”, requerido por la participación delictiva, “consistente en el conocimiento y aceptación del proyecto criminal”. Hay que hacer notar que el

la víctima “equivocada”) en grado de tentativa, se produjo una serie de errores de identificación (muy comprensibles, por cierto, dadas las especiales circunstancias del caso) que afectaron sucesivamente a distintos intervinientes³⁴.

III. Algunas indicaciones sobre las posibles soluciones del caso Rose-Rosahl

1. ¿Inducción a un asesinato consumado?

A la tesis de que el error in persona del autor tendría que ser irrelevante también para el inductor se ha reprochado frecuentemente que habría de conducir a resultados absurdos, al menos, en ciertos supuestos. El más conocido de estos *argumentos ad absurdum* procede de Binding: “si Rose”, tras percatarse cada vez de su error, “hubiese asesinado a docenas de falsos Schliebes –siempre en la creencia de estar por fin actuando sobre el correcto–”, aquella tesis conduciría al “monstruoso resultado” de considerar a “Rosahl el inductor de toda esa matanza”³⁵. Evidentemente,

TS no se conformó con este pronunciamiento, sino que advirtió a continuación que *los tres habrían sido en cambio plenamente “responsables (...) como partícipes si José B. hubiera matado a José C. por un error ‘in persona’, confundiéndole (sic) con Santiago (...), ya que en tal caso el proyecto delictivo del ejecutor no habría cambiado y los partícipes que lo asumieron debían responder de (las) consecuencias distintas de las pactadas, originadas por (tal) error”*.

³⁴ Es el caso de la STS de 14.5.2008 (RJ 4073): A., un empresario español con intereses en Guinea Ecuatorial, decidió, por motivos no aclarados, acabar con la vida de B., ciudadano guineano opositor al régimen establecido en su país y residente en la localidad madrileña de Alcorcón. A tal efecto, se puso en contacto con C., un empresario español que había operado igualmente en Guinea, al que ofreció dinero y negocios por ayudarle a llevar a cabo su plan. A. contactó también con D., un constructor conocido suyo, para que buscara personas dispuestas a ejecutarlo y D. así lo hizo: E., F. y G. se comprometieron ante él a matar a B. a cambio de algún dinero. El día acordado, C. -que vigilaba la llegada del coche de B. a la casa de éste- anunció mediante una llamada telefónica a E. que el objetivo se estaba aproximando y, un poco después, E. hizo lo propio con F. para advertirle que “había llegado el blanco en el coche acompañado por una mujer”. F. así se lo comunicó a su vez a G., quien -sacando de entre sus ropas un cuchillo que a tal propósito llevaba- se acercó hasta el varón -que acababa de bajar, en efecto, del coche de B. y se disponía a recoger unos paquetes de su maletín- y, en la creencia de que era la persona a la que le habían encargado matar, le propinó una cuchillada, que no lo alcanzó de lleno, sino en un costado, porque la mujer que lo acompañaba se dio cuenta de lo que sucedía y gritó a tiempo de ponerlo sobre aviso. El herido, que pudo así salvar su vida, resultó ser H., un hermano de B., que acababa de llegar de Canadá, donde residía. La AP de Madrid en su sentencia de 9.4.2007, apelando a la socorrida doctrina del dominio funcional del hecho, condenó a todos los intervinientes como coautores de un delito de asesinato cualificado por precio en grado de tentativa. El TS confirmó la condena de todos ellos (salvo -en un aspecto marginal- la de D.) y no entró a discutir siquiera, puesto que nadie suscitó la cuestión, si el error in persona -en el que incurrieron sucesivamente varios de esos sujetos- habría podido tener alguna influencia para limitar la responsabilidad de quien, como ocurría al menos en el caso de A había encargado que se matara a persona distinta de aquella contra la que efectivamente se atentó.

³⁵ BINDING, *Normen III* (n. 12), 214, n. 9. De hecho tanto SIEGEL, *Verwechslungsfälle bei Anstiftung*, Gotinga, 1895, 40, de quien Binding tomó el ejemplo sobre el que se construye este argumento, como el BGH, en su sentencia sobre el *Hoferbenfall*, entendieron que ésta sería o podría ser la consecuencia de su propio planteamiento.

esta conclusión sería inaceptable, pero en verdad no es una consecuencia necesaria de la tesis que con ella se pretende criticar: como ha señalado Puppe, tal resultado ni está conectado, ni tampoco se podría evitar con una determinada doctrina sobre el grado de concreción que ha de tener el dolo del partícipe (o, más en general, sobre la relevancia o irrelevancia del error del ejecutor para el inductor u otros intervinientes), porque la *sedes materiae* no es esa, sino la doctrina del exceso (cuantitativo) del autor, como se demuestra si se modifica aquel caso de forma que Rose, en lugar de sufrir docenas de sucesivos errores en la persona, incurra, también docenas de veces, en un *error en el golpe* al atacar al verdadero Schliebe: en tal caso sería asimismo “monstruoso” imputar al inductor todos estos intentos de asesinato. Sea cual sea la perspectiva adoptada, al inductor sólo se le puede imputar (a título de dolo) un resultado de muerte -y una tentativa- si sólo ha concertado con el autor la realización de un homicidio³⁶. Tampoco es concluyente, aunque por razones distintas, otro *argumentum ad absurdum*, procedente igualmente de Binding³⁷, relativo al caso de que fuese Rosahl, al tratar de comprobar si su encargo de matar a Schliebe era correctamente cumplido, quien resultase confundido con éste (y herido) por Rose. Que no sería adecuado imputar en tal caso a Rosahl, como inductor, las lesiones que le fueran causadas -y tampoco una tentativa de asesinato “sobre sí mismo”³⁸- debería estar fuera de duda, pero para ello es de nuevo innecesario acoger una tesis determinada sobre la influencia en el inductor del error in persona del autor, pues la solución de este caso deriva precisamente del carácter sólo relativamente accesorio de la responsabilidad del inductor y de los demás partícipes: éstos, como el propio autor principal, sólo pueden responder por su ataque al bien jurídico afectado si dicho bien

³⁶ PUPPE, NK² (n. 18), § 16, núm. marg. 112. De acuerdo en este aspecto se muestran, más recientemente, DEHNE-NIEMANN/WEBER, “Über den Einfluß des Irrthums im Objekte beim Morde und bei der Anstiftung zu diesem Verbrechen.” -Zum 150-jährigen Jubiläum des Falls Rose-Rosahl-, JURA 2009, 377.

³⁷ BINDING, *Normen* III (n. 12), 214.

³⁸ Otra cosa sería si en el caso propuesto la acción de Rose se pudiera entender también como la tentativa de matar a un tercero. Esta cuestión se ha discutido vivamente en Alemania a raíz del “caso del perseguidor” juzgado por el BGH en su sentencia de 23.1.1958: sobre ello vid. por ejemplo DEHNE-NIEMANN, *Zum fünfzigjährigen Jubiläum des “Verfolgerfalls”* (BGHSt 11, 268). *Beteiligung des Tatopfers an einem gegen das Tatopfer gerichteten Mordversuch?*, ZJS 4/2008, 351 ss.

está protegido también frente a ellos³⁹.

Aunque la tesis de la completa irrelevancia del error in persona del autor para la responsabilidad del inductor u otros partícipes puede, según vemos, defenderse con éxito de tales objeciones, no cuenta sin embargo con una fundamentación positiva que resulte a su vez convincente. Contra el recurso a la noción de la accesoriedad a estos efectos habla precisamente el carácter meramente relativo de la dependencia en que, según acabamos de ver, la participación se encuentra respecto del hecho principal⁴⁰. Tampoco se puede considerar decisivo el argumento, más político-criminal que dogmático, de que reputar relevante para el inductor el error in persona de autor cuando no lo es para éste podría constituir un privilegio de aquél o incluso un incentivo para que un autor potencial llegase a optar por la inducción a fin de desplazar el riesgo de incurrir en ese error sobre el inducido⁴¹: por una parte, es altamente improbable que semejantes consideraciones lleguen a tener un peso significativo en la decisión de asumir uno u otro rol en la comisión del delito; y, por otra, desde el punto de vista dogmático, el argumento no sólo es claramente circular, sino que pasa por alto además que éste no sería el único caso en el que se podrían dar “privilegios” o “incentivos” semejantes, pues a la inducción es inherente una limitación de la responsabilidad respecto de variaciones cualitativas o cuantitativas del hecho (sólo) imputables al autor, sin que importe a tal efecto que se trate o no de “excesos” en los que el inductor podría incurrir si ejecutara por sí mismo el hecho en cuestión. Por último, tampoco está claro que esa tesis se base en una comprensión más refinada de la inducción que la del “modelo mecanicista” que se supone subyacente a las tesis contrarias⁴². Precisamente la consideración del inducido como un sujeto que actúa

³⁹ Así, nuevamente, PUPPE, NK² (n. 18), § 16/111; y DEHNE-NIEMANN/WEBER, JURA 2009, 377 s.

⁴⁰ Cfr. en este sentido PEÑARANDA (n. 7) pp. 247 s., con otras referencias. Vid. también DEHNE-NIEMANN/WEBER, JURA 2009, 375 s.

⁴¹ Como suponen, entre otros, BACKMANN, *Die Rechtsfolgen der aberratio ictus*, JuS 1971, 113 ss. y 119 s.; y MÜLLER-DIETZ/BACKMANN, *Der praktische Fall: Der “mißglückte” Überfall*, JuS 1971, 412 ss., 416. Cfr. también WESSLAU, ZStW 104, (1992), 112 s.; y GÓMEZ RIVERO (n. 27) 524 s.

⁴² Así sin embargo PUPPE, GA 1984, 120 s. En contra de lo que esta autora sostiene, no se entiende bien cómo se podría superar mejor esa visión puramente mecanicista exigiendo simplemente un requisito -el de que la acción del inducido y su resultado estén subjetivamente motivados por el “pacto de injusto” (o “plan común del hecho”) concertado con el inductor- que es, por cierto, imprescindible también desde la

responsablemente y no como un mero instrumento en manos del inductor es una buena razón para no imputar a éste cualquier ocurrencia del ejecutor, por más que éste crea estar cumpliendo el encargo recibido. Por ello, junto al exceso doloso, se debe conceder relevancia también, en contra de Puppe⁴³, al “exceso imprudente”, i. e. a una objetiva desviación de aquello en lo que hubiesen convenido inductor e inducido: ello constituye asimismo un obstáculo para imputar lo que objetivamente acontezca, como un hecho consumado, a la inducción⁴⁴.

2. ¿Tentativa de inducción o inducción a un delito intentado?

Un sector de la doctrina sostiene que en la ejecución del hecho (en el caso comentado, el llevado a cabo por Rose) sobre el “objeto equivocado” (Harnisch) no concurriría una tentativa de ejecutarlo sobre el “objeto correcto” (Schliebe) y faltaría por tanto, respecto de éste, un hecho principal intentado por el que el inductor (Rosahl) pudiese responder⁴⁵. Sin embargo, no se tiene que descartar por principio que la acción de Rose pueda ser considerada en el momento de su ejecución de ambos modos: como la tentativa de matar a la persona que el autor tenía ante sí (Harnisch) y

perspectiva opuesta (pues en otro caso se daría un “exceso doloso”, que excluiría sin duda una inducción “consumada”), y conformándose, en lo demás, con que el curso ulterior de los acontecimientos no sea para el inductor completamente imprevisible.

⁴³ Cfr. PUPPE ZIS 6/2007, 243 s.

⁴⁴ Vid. ya en este sentido BEMMANN, MDR 1958, 820; y ROXIN, AT II (n. 16), §26/116 ss. (“exceso no doloso”). Cfr. también últimamente DEHNE-NIEMANN/ WEBER, JURA 2009, 378. Que en tal caso (como suponen aquí estos autores) se dé una situación al menos estructuralmente equivalente a la de aquellos casos de *aberratio ictus* en los que no procede la imputación del resultado a título de dolo es más dudoso. ROXIN, que parte también de esa equivalencia, reconocía ya sin embargo, en *Spendel-FS* (n. 13), 291 ss., que es dudosa la calificación como error in persona o *aberratio ictus* de aquellos supuestos, como los de la colocación de bombas con dispositivos automáticos de accionamiento o el clásico caso del envío de la botella de licor de genciana envenenado, en los que falta al autor una percepción visual del objeto material que habría de ser alcanzado, aunque en definitiva terminase por rechazar el “argumento de la visibilidad” empleado en BGHSt. 37, 219. Más abiertamente admite ahora la importancia de la “percepción óptica” del objeto ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, t. I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., Munich, 2006, § 12/197. Sobre ello vid. también NINO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, 1980, 406.

⁴⁵ Así ya RUDOLPHI, SK⁶ (n. 14), § 16/30; y ROXIN, en *Spendel-FS* (n.13), 301. Esta es también, en definitiva, la opinión de TOEPEL, *Aspekte der “Rose-Rosahl”-Problematik: Zurechnungsstrukturen und Irrtumsfolgen bei mehreren Beteiligten*, JA 1997, 248 ss., 344 ss. (348 ss.), porque considera siempre decisiva (*para imputar al inductor no sólo el hecho consumado, sino también la tentativa*) la descripción del objeto efectuada “*ex post*” (en el momento de juzgar el hecho el tribunal competente) y no la que se pudiese efectuar “*ex ante*” (en el momento de la acción del autor). Ésta era, por cierto, la opinión del Tribunal Supremo de Prusia en 1859 (vid. *supra* n. 8).

también como el intento de dar muerte a la persona que Rosahl le había encargado matar (Schliebe).

Esto, desde luego, no implica que a Rose se le hubieran de imputar en tal caso dos delitos de asesinato -uno consumado sobre Harnisch y otro intentado sobre Schliebe-⁴⁶, pues es claro que una imputación plural no procede cuando el autor sólo tiene el propósito de matar a *una* persona y, por error, asigna a ésta descripciones que corresponden a dos personas distintas⁴⁷. Por otro lado, que la segunda de aquellas definiciones de la conducta de Rose carezca en definitiva de importancia *para su responsabilidad como ejecutor* (porque la primera -la que se revela *ex post facto* como acertada- resulta suficiente para imputarle a él un asesinato consumado), no implica que tenga que ser irrelevante también *para la responsabilidad del inductor* (si a él no es imputable la consumación de dicho delito): la accesoriadad de la participación es - como sabemos- sólo relativa y resulta por tanto compatible con que sobre un mismo hecho recaigan valoraciones diferenciadas respecto de distintos intervinientes⁴⁸. Por lo demás, tiene razón Stratenwerth cuando afirma que la imputación al inductor de la tentativa cometida por el autor no se puede hacer depender de que en ella finalmente se cumplan de un modo objetivo todas las expectativas que aquél tuviese acerca del hecho, pues si se extremasen hasta ese punto las cosas habría de decaer la posibilidad misma de imputar al inductor cualquier tentativa y, en todo caso, las tentativas que se

⁴⁶ Así sin embargo ALWART, JuS 1979, 354. Cfr. también ROXIN, *Spendel-FS* (n. 13), 301; y SCHÜNEMANN, LK¹² (n. 15), § 26/90.

⁴⁷ Hasta aquí es correcta la crítica de PUPPE, NK² (n. 18), § 16/110, a la “cuenta de la lechera” que supone confundir distintas descripciones de un mismo objeto con una pluralidad de objetos distintos.

⁴⁸ Así STRATENWERTH, *Baumann-FS* (n. 14), 68, que advierte con razón contra las falacias a las que puede conducir “cosificar significados”. El reparo de ROXIN, AT II (n. 15), § 26/122, de que aquella “valoración” alternativa del hecho principal respecto del inductor sería incompatible con el principio de la accesoriadad de la participación, ya que “ésta requiere para una inducción a un asesinato *la existencia real de una tentativa*” (sin cursivas en el original), incurre de lleno precisamente en esa visión “cosificadora” del delito (y su tentativa), al atribuirle indebidamente un modo de existencia idéntico al que tienen los fenómenos de la naturaleza: vid. al respecto PEÑARANDA, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1991, 25 ss. (30 ss.); y también PUPPE, ZIS 6/2007, 246 (“la imputación no es un proceso natural ... es un juicio sobre un acontecimiento”), aunque esta autora incurra en el mismo tipo de “equivoco naturalista” que critica cuando afirma -por ejemplo en NK² (n. 18), § 16/109- que “si se imputa la tentativa del autor al inductor y esa tentativa conduce a un resultado que al autor se ha de imputar como consumación de su tentativa, la imputación de este resultado también al inductor resulta de las reglas de la accesoriadad”.

revelen (ex post) como inidóneas por ausencia de un objeto adecuado⁴⁹. No obstante, se exige demasiado poco para imputar la tentativa al inductor cuando se considera suficiente a tal efecto la simple creencia del autor de estar llevando a cabo el hecho que el inductor le había encomendado ejecutar⁵⁰. Si así fuese, no importaría ciertamente el grado de discrepancia existente entre el hecho realizado por el autor y el que el inductor le hubiera propuesto realizar: “incluso si el autor ha confundido la propuesta del inductor y elige por ello un objeto distinto de aquel en el que pensaba el inductor, se cumplen”, también para éste, según Puppe, todos los “presupuestos de la responsabilidad por el resultado, por más que esta constelación de error sea la que, por el carácter hasta cierto punto mecánico de la defectuosa transmisión, se encuentra más próxima de poder ser designada como una aberratio ictus del inductor”⁵¹. Desde la perspectiva que aquí se sostiene, para que la imputación de una tentativa esté justificada es necesario, sin embargo, algo más: que la acción del autor, en el momento de ejecutarla, se presente -también objetivamente- como un intento mínimamente adecuado de realizar el hecho convenido, a lo que no obsta que concurra además el riesgo de un exceso, esto es, el riesgo de que una incorrecta individualización de la víctima por parte del autor conduzca finalmente a un hecho distinto.

3. La necesidad de una solución diferenciada

Después de lo que hasta aquí se ha dicho, parece claro que sólo mediante un tratamiento diferenciado es posible atender a la diversidad de las situaciones que pueden presentarse⁵². Los criterios apuntados podrían contribuir a ajustar con mayor exactitud la responsabilidad del inductor a esas variadas situaciones y también a la

⁴⁹ STRATENWERTH, *Baummann-FS* (n. 14), 68. Cfr. también JOECKS MK (n. 8), § 26/72.

⁵⁰ Así sin embargo STRENG, *ZStW* 109 (1997), 889 (respecto de los coautores) y 894 ss. (respecto de los partícipes). Cfr. en este sentido también STRATENWERTH, *Baummann-FS* (n. 14), 68; y PUPPE, *NK*² (n. 18), § 16/109 y 113.

⁵¹ PUPPE, *GA* 1984, 121.

⁵² SCHÜNEMANN, *LK*¹² (n. 15), § 26/89, expresa claramente esta tendencia cuando señala que “en el resultado lo más adecuado es una solución diferenciadora”. Para una solución de esta clase, que tiene puntos de contacto, pero no coincide exactamente, con la que a continuación se propone vid. JOECKS MK [n. 8], § 26/73. En la doctrina española sugieren también soluciones diferenciadoras, que sólo concuerdan de un modo aún más parcial con ésta, GÓMEZ RIVERO (n. 27), 522 s.; BLANCO CORDERO (n. 27), 845 ss.; y SILVA/CORCOY/BALDÓ (n. 27), 422.

peculiar estructura de la imputación en la inducción, de modo que, según las circunstancias del caso, cupiese imputarle la inducción a un delito consumado, la inducción a un delito intentado o, meramente, una inducción intentada.

Para concluir haré unas breves referencias a la solución diferenciada que considero más adecuada:

a) Cuando el autor se atiene exactamente a las indicaciones recibidas del inductor respecto de la identificación de la persona sobre la que la acción habría de recaer, no se puede hablar ya de exceso y lo que procede es castigar a ambos por el delito consumado, en su caso. Si se diese un error en esa identificación⁵³, se trataría de un error en la persona cometido por el propio inductor, que -desde luego- habría de considerarse tan irrelevante para él como lo sería para el ejecutor del hecho. En ello coincide un sector cada vez más amplio de la doctrina actual⁵⁴.

b) Por el contrario, si el autor -por más que crea aún sujetarse a las pautas establecidas por el inductor para la identificación de la víctima- se aparta por completo de ellas⁵⁵, el hecho que aquel cometa no puede ser ya objetivamente imputado al inductor ni siquiera como tentativa y sólo cabría hacer responder a éste, en su caso, por una "tentativa de inducción"⁵⁶.

c) En cambio, cuando el autor, sin apartarse absolutamente de las instrucciones

⁵³ Como aquél en el que habría incurrido el Conde de Saverne en la famosa balada de Schiller „*Der Gang nach dem Eisenhammer*” (vid. BEMMANN, MDR 1958, 820, n. 62) o, en una versión modificada del caso de la STS de 13.11.1998 (supra n. 33), el de José R., si éste hubiese instigado simplemente a matar al “conductor del taxi número 38 de Ibiza”.

⁵⁴ Vid. por ejemplo ya JAKOBS, *AT*² 22/29; y ahora SCHÜNEMANN, *LK*¹² (n. 15), § 26/89, con otras referencias.

⁵⁵ Como v. gr., habría sucedido, en otra variante del caso del taxista de Ibiza, si el ejecutor hubiese entendido que tendría que matar al conductor del taxi número 48, en lugar de al del número 38, o al taxista del número correcto, pero de una ciudad equivocada.

⁵⁶ Cuyo tratamiento en el Derecho español es por lo demás discutido: cfr. por ejemplo MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Barcelona, 2008, 13/37 ss. y 15/66 ss., que la considera como proposición del art. 17.2 CP.

recibidas, las desarrolla o completa por su cuenta, se da a la vez, desde la perspectiva en que aquel se sitúa en el momento de la ejecución, tanto la posibilidad de que el hecho que cometa termine por coincidir con el que le fue encargado, como la de que, por una defectuosa concreción de tales instrucciones, difiera del mismo. En esas hipótesis, que podrían ser las que se dieron realmente en el caso Rose-Rosahl o en el Hoferbenfall -o las que se habrían dado en el caso del taxista de Ibiza si el ejecutor no se hubiese dado cuenta de su error (o hasta el momento en que se apercibiera del mismo)-, la solución dependerá de cuál de esas dos posibilidades sea finalmente la que se realice: si el hecho ejecutado acaba coincidiendo pese a todo con el encargo recibido, se debería imputar también al inductor el homicidio o asesinato consumado; si, por el contrario, termina por diferir de lo encargado, no procedería imputar al inductor más (pero tampoco menos) que una tentativa de ese delito. Esta última solución sería, por lo demás, también la adecuada para el caso de que el propio hecho principal hubiese quedado en grado de tentativa⁵⁷.

⁵⁷ Como sucedió en el caso del opositor guineano: vid. supra n. 34.

Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado¹

PROF. DR. AGUSTÍN JORGE BARREIRO

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1.- Introducción; 2.- El nuevo sistema de las medidas de seguridad en el CP español de 1995: 2.1. Consideraciones previas; 2.2. Los principios informadores; 2.3. Los presupuestos y las clases de las medidas de seguridad aplicables; 2.4. La concurrencia entre penas y medidas de seguridad; 2.5. La ejecución de las medidas de seguridad; 2.6. La extinción de las medidas de seguridad; y 3.- La crisis actual y el futuro del Derecho de medidas de seguridad.

RESUMEN: Este trabajo aborda el estudio de los aspectos fundamentales del nuevo sistema de medidas de seguridad en el CP español de 1995. Además, se plantea las cuestiones relativas a la crisis actual del Derecho de medidas, con referencia especial a las recientes reformas en Alemania y Suiza sobre la custodia de seguridad, y a su futuro en el Estado de Derecho.

PALABRAS CLAVE: Medidas de seguridad. Bases de su sistema en el CP español de 1995. Crisis actual en Derecho comparado (espec. Alemania y Suiza). Directrices acerca del futuro del Derecho de medidas.

ABSTRACT: This work deals with the basic aspects of the new system of so called “security measures” (in the civil law field, measures of commitment pronounced by a criminal court regarding a person who has committed an actus reus without being culpable) into the Spanish Penal Code of 1995. Besides, the general crisis of these measures is discussed with reference to recent reforms in Germany and Switzerland, especially, regarding the so called “security custody”.

KEY WORDS: security measures. Fundamental aspects in the Spanish Penal Code. Crisis of the security measures system (especially in Germany and Switzerland). Guidelines of future developments.

¹ Este trabajo se corresponde, en gran medida, con el artículo publicado en el LH-Mir Puig, “Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho”, dir. D.-M. LUZÓN PEÑA, edit. La Ley, 2010. Se trata de una **versión definitiva** de mi manuscrito elaborado para el libro colectivo en homenaje a mi querido y admirado colega Prof. S. Mir Puig, con motivo de su nombramiento de doctor honoris causa por la Universidad de Alcalá de Henares. Esta reedición me permite subsanar, sobre todo, el error en el proceso de edición derivado de la inclusión de la primera nota a pie de página de mi artículo, que no se ajustaba al manuscrito remitido, ni tenía relación con el contenido del texto, con el inconveniente de haber trastocado la numeración del resto de las notas, así como el de falta de correspondencia entre notas y texto.

1.- Introducción.

1.1. El origen del moderno Derecho de las medidas de seguridad lo encontramos en la fundamental aportación del penalista suizo **Carlos Stooss**, autor del **Anteproyecto de CP suizo de 1893**, al propiciar una solución de **compromiso en la lucha de escuelas**²: por un lado, la clásica, que defendía una concepción de la pena vinculada a la idea de retribución y a la justa compensación de la culpabilidad del autor por el delito cometido, que no podía hacer frente a cierto sector de la delincuencia (menores y enfermos mentales), al faltar el presupuesto de la imputabilidad, ni resultaba eficaz ante los delincuentes reincidentes; y por otra parte, la concepción puramente preventiva de la pena, que asumió **F.v. LISZT** a través de la pena-fin o pena-defensa, es decir, la pena necesaria que tiende primordialmente a la prevención especial del delincuente, que ha de mantenerse alejado de la comisión de futuros delitos y, dentro de lo posible, ser reincorporado a la convivencia pacífica en sociedad. Esa función de prevención especial de la pena se llevará a cabo, según **F. v. LISZT**, teniendo en cuenta los diversos tipos de delincuentes³: la pena como **intimidación** frente a los **delincuentes ocasionales** no necesitados de corrección; la pena como **corrección** frente a los **delincuentes de estado** necesitados de corrección y corregibles; y la pena como **inocuización** de los **delincuentes habituales incorregibles** a través de su aislamiento o segregación de la sociedad. De esta manera se llega a desvirtuar el sentido auténtico de la pena, condicionado por la culpabilidad y por su finalidad esencial de prevención general, y se postula una pena “sui generis”, un híbrido entre pena y medida de seguridad, que no es una pena y sí el resultado de una especulación político-criminal⁴ y ofrece todos los inconvenientes para la seguridad jurídica del ciudadano que nos presenta cualquier sanción criminal de naturaleza indeterminada, como es la pena fin de F. v. LISZT⁵.

² Vid. en este sentido, entre otros, en la doctrina penal alemana, FRISCH, Die Massregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW 102 (1990), p. 347; en la doctrina penal francesa, GRAVEN, Franz von Liszt et le nouveau droit pénal suisse, Rev. int. Droit Pénal, 1951, p. 250, y en la doctrina penal española, JORGE BARREIRO, AG., Las medidas de seguridad en el Derecho español, 1976, pp. 36 y ss. En cuanto a la **lucha de escuelas**, no se puede olvidar la aportación y el protagonismo de la escuela positivista italiana, especialmente de E. Ferri. Sobre ello, vid. JORGE BARREIRO, AG., ob. cit., 1976, pp. 57 y ss.

³ Vid. LISZT, FRANZ v., Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882), en Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, I, Berlin 1905, reimpresión 1970, p. 161.

⁴ Vid. STOOSS, C., Zur Natur der sichernden Massnahmen, SchwZStr. 44 (1930), p. 262.

⁵ Vid. HURWITZ, Franz von Liszt et la politique criminelle contemporaine, Rev. int. Droit Pénal, 1951, p. 271.

En este contexto histórico, de lucha de escuelas, surge la propuesta de **STOOSS (1893)** que sienta las bases del **sistema dualista** de las **sanciones criminales** (pena y medida de seguridad), hoy imperante, con matices, en las legislaciones penales de nuestro entorno⁶, y que se proyecta, en gran medida, en el vigente Derecho Penal español. En el **Anteproyecto del CP suizo de 1893**, obra de C. Stooss, se incorpora el dualismo en el marco del sistema de sanciones del futuro CP suizo: por un lado, la **pena** ajustada y medida conforme a la **culpabilidad** por el hecho cometido; y, por otra parte, las **medidas de seguridad**, que no pretenden irrogar un mal al autor del hecho delictivo, sino de tratarle de acuerdo con su **estado personal de peligrosidad criminal**⁷. Los rasgos fundamentales del sistema de medidas de seguridad, postulado por Stooss, son los siguientes⁸: 1º) Las **medidas de seguridad** tienen un **fundamento** (peligrosidad criminal del autor) y **fin** (prevención especial) distintos a los de la **pena** (culpabilidad del autor por el hecho cometido, y se orienta a la prevención general); 2º) Han de aplicarse de acuerdo con los presupuestos y límites temporales fijados por el CP (principio de **legalidad**), y su imposición le corresponderá a los jueces (principio de **jurisdiccionalidad**), resultando condicionada su **duración** al cese del estado personal de **peligrosidad criminal** del autor; 3º) Las medidas podrán aplicarse de manera **independiente** (delinquentes peligrosos inimputables), o **conjuntamente** e incluso como **sustitución** (delinquentes peligrosos **semiimputables** y **multirreincidentes**) de la pena privativa de libertad. En realidad, las medidas de seguridad, en la propuesta de Stooss, surgen como **complemento** de la pena retributiva, dentro de un **sistema flexible** de ejecución que busca la racionalidad y la coherencia del sistema de sanciones penales; 4º) Las medidas de seguridad aplicables, según el Anteproyecto de CP suizo de 1893, son: el **internamiento** en un **manicomio**, para inimputables o semiimputables (arts. 10 y 11); la **custodia** de los **delinquentes habituales** (arts. 23 y 40), de 10 a 20 años de privación de libertad; el **internamiento en casa de trabajo**, de 1 a 3 años (art. 24); la **prohibición** de **acudir** a establecimientos de bebidas alcohólicas, de 1 a 5 años (art. 25), y el **internamiento en centros de desintoxicación** para alcohólicos de 6 meses a 2 años; y 5º) La **ejecución** de las medidas de

⁶ Hoy pueden ratificarse las palabras que en 1929 escribió Mittermaier, al afirmar que “el sistema de Stooss ha triunfado” (Über die Entwicklung der Strafgesetzgebung seit dem Entwurf Stooss von 1813, SchwZStr. 43 (1929), p. 80). En efecto, el dualismo está consagrado actualmente en la mayor parte de los códigos penales de nuestro entorno, donde junto a las penas se ubica un sistema de medidas de seguridad: Alemania (parágrafos 61 y ss.), Austria (parágrafos 21 y ss.), Italia (arts. 199 y ss.), Portugal (arts. 91 y ss.) y Suiza (arts. 42 y ss.). En esta misma dirección, cabe citar el nuevo CP español (de 1995, que dedica el Título IV del Lib. I (arts. 95 y ss.) a la regulación de las medidas de seguridad.

⁷ Vid. STOOSS, C., Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, 2ª ed., 1913, pp. 22 y 23.

⁸ Cfr. la síntesis recogida en nuestro trabajo, La crisis actual del dualismo en el Estado social y democrático de Derecho, en VV.AA. Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología, UNED, Madrid 2001, pp. 147 y ss.

seguridad han de tener lugar en **centros especiales** para cumplir con las finalidades de prevención especial (curación, corrección y aislamiento), y su **régimen** de cumplimiento ha de ser distinto y diferenciado del de la ejecución penitenciaria común.

1.2. El actual Derecho de medidas, deudor de la fundamental aportación de Carlos Stooss en 1893, ha sufrido un progresivo desarrollo, al ponerse en cuestión aspectos básicos no sólo de la medida de seguridad sino también de la pena⁹: de una concepción originaria **utilitarista** de las medidas de seguridad, se ha pasado a la necesidad de una **justificación ético-social**, hasta llegar a justificarse la imposición de las medidas de seguridad en atención al **“interés público preponderante”** –de seguridad colectiva, ante la peligrosidad criminal del sujeto, frente a los derechos individuales de éste-, que estará relacionado con los principios de **intervención mínima** y de **proporcionalidad**; el abandono o el cuestionamiento de la **pena retributiva**, acompañado de la tendencia doctrinal mayoritaria a una concepción preventiva de la pena, llegándose a afirmar que el fin de prevención general no es exclusivo de la pena como tampoco lo es de la medida de seguridad el de prevención especial; la progresiva **aproximación** entre la pena y la medida de seguridad no sólo en sus **finés**, sino también, y sobre todo, en el **régimen de su cumplimiento** cuando se trata de la privación de la libertad; la problemática **relación entre la pena y las medidas de seguridad privativas de libertad** (crisis de la doble vía: monismo versus dualismo), con el riesgo inherente de incurrir en una vulneración del non bis in idem. Lo que resulta evidente es que la ineludible exigencia constitucional, de todo Estado social y democrático de Derecho, de hacer compatible la regulación de las medidas de seguridad con los postulados del Estado de Derecho, ha conducido no sólo a incorporar las garantías propias de la pena al ámbito de las medidas de seguridad, olvidando en ciertos casos –como veremos en el estudio del sistema de medidas de nuestro CP de 1995- los importantes matices diferenciadores (fundamento, esencia y fines) entre ambas sanciones criminales, sino también a descuidar la fundamental vertiente de política criminal preventiva que debe asumir el nuevo modelo de Estado de Derecho (“social y democrático”). Con esto último nos estamos refiriendo a la gran verdad de la Política criminal moderna, que hoy más que nunca conviene recordar y reivindicar, de que el Código penal es sólo un instrumento –y no el más importante- para una lucha eficaz contra el fenómeno de la delincuencia. Por lo tanto, esa lucha contra el delito ha de llevarse a cabo, sobre todo, a partir de una política social progresista, que incida en las causas reales de la delincuencia, la cual es

⁹ Vid. la panorámica ofrecida sobre esta progresiva evolución del sistema dualista y sus causas, FRISCH, ZStW 102 (1990), pp. 351 y ss.

un fenómeno social inextirpable que sólo podremos neutralizar relativamente a través de la pena y de las medidas de seguridad en el marco de los principios y garantías constitucionales del Estado de Derecho. No soplan buenos vientos en la actualidad, comienzos del siglo XXI, para cumplir con ese fundamental objetivo de la prevención criminal del delito, ante la instrumentación del **Derecho Penal** como **prima ratio** para luchar contra la delincuencia, y como nos lo demuestra el lamentable panorama actual de la política penal de “la **expansión del Derecho Penal**”, del resurgimiento del “**Derecho Penal del enemigo**”, del “**Derecho Penal de varias velocidades**”, del crecimiento progresivo de un “**punitivismo populista**” asentado en el objetivo primordial de lograr una “**seguridad ciudadana**” a toda costa, sacrificando las garantías más elementales del Estado de Derecho y adulterando, cuando no olvidando, las exigencias básicas de seguridad jurídica que nos han proporcionado tanto la perspectiva formal –proceso penal garantizador- y material –categorías dogmáticas del sistema penal- del Derecho Penal democrático. Sobre esta criticable e inquietante situación de la Política criminal contemporánea, tendremos ocasión de volver, en la tercera parte de estas reflexiones, pues ahora hemos de abordar la cuestión relativa a la nueva regulación de las medidas de seguridad en el CP español de 1995, con todas sus luces y sombras.

2.- El nuevo sistema de las medidas de seguridad en el CP español de 1995.

2.1. Consideraciones previas. La regulación de las medidas de seguridad criminales en el Derecho español se ha articulado generalmente, salvo la excepción del **CP de 1928**¹⁰, a través de **leyes especiales**: primero, mediante la **Ley de Vagos y Maleantes de 4.8.1933**¹¹, y posteriormente a través de la **Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4.8.1970**¹², vigente hasta el CP de 1995, y que se han caracterizado por ser leyes sobre **peligrosidad sin**

¹⁰ Vid. arts. 90 y ss. del P de 1928, siendo la primera vez que un CP español incorpora las medidas de seguridad a nuestro texto punitivo básico, dentro de un sistema dualista.

¹¹ Vid. entre otros, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ley de vagos y maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito*, RGLyJ 163 (1933), pp. 577 y ss.; RODRÍGUEZ DRANGUET, *Defensa Social. Tratamiento de los peligrosos. Legislación de vagos y maleantes*, Madrid 1935, y OLESA MUÑO, *Las medidas de seguridad*, Barcelona 1951.

¹² Vid., entre otros, VV.AA., *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970)*, Universidad de Valencia 1974; BERISTAIN IPIÑA, *Medidas penales en derecho contemporáneo*, Barcelona 1974; JORGE BARREIRO, AG., *Las medidas de seguridad en el derecho español*, Madrid 1976; EL MISMO, *La reforma de 1978 a la Ley de peligrosidad y rehabilitación social*, VV.AA., *Comentarios a la legislación penal*, dir. Cobo del Rosal, coord.. Bajo Fernández, II, *El derecho Penal del Estado democrático*, Edersa 1983, pp. 483 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal edit., 1981, y ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, edit. Bosch, 1986.

delito (la admisión de medidas de seguridad predelictuales, y la conversión de tales leyes en una normativa que en la práctica han tenido un marcado carácter de orden público).

Una de las grandes novedades del **CP de 1995**, que deroga la criticable **LPRS de 1970** (Disposición Derogatoria 1.c. del CP de 1995), fue la de introducir un nuevo **sistema global** de las medidas de seguridad en el **Título IV** del Libro I del CP (arts. **95-108**), además de incorporar **las garantías** formales y materiales para la aplicación de las medidas de seguridad en el **Título Preliminar** del CP (arts. **1.2, 2.1 y 3**). Característico del nuevo sistema de medidas es, sobre todo, la exclusión de las medidas predelictuales, la consagración de los principios de necesidad y proporcionalidad, así como el haber optado por un sistema dualista de tendencia monista.

2.2. Los principios informadores y criterios básicos de la regulación de las medidas del CP de 1995: a) el de “legalidad”; b) el de “intervención mínima”; c) el fundamento de “peligrosidad criminal” y la “postdelictualidad” de las medidas aplicables, y d) el de “proporcionalidad”.

a) El **principio de “legalidad”**. El CP de 1995, en su Título Preliminar, extiende al ámbito de las medidas de seguridad las **garantías** derivadas del principio de **legalidad**: 1º) La **garantía “criminal”** que se contempla en el **art. 1.2 CP**, al declarar que “las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley”, lo cual ha de complementarse con lo establecido por los arts. **95.1 CP**, donde se establecen los **presupuestos** necesarios (previa comisión de un delito y peligrosidad criminal) para aplicar las medidas de seguridad, y **97.b CP**, en el que se establece preceptivamente que el juez o tribunal sentenciador ha de adoptar, entre otras, la decisión de “decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto”; 2º) La **garantía “penal”** se reconoce en el **segundo inciso** del art. **2.1 CP**, al establecer que “carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad”, lo cual es positivo desde una perspectiva garantista aunque se prescinde de la diversidad de la naturaleza y del fundamento de la medida de seguridad (no es un castigo y se asienta en el estado personal de peligrosidad criminal) respecto de la pena¹³; 3º) La **garantía**

¹³ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, ComCP, dir. Rodríguez Mourullo y coord. Ag. Jorge Barreiro, edit. Civitas, 1997, pp. 30 y 31. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales (La regulación de las medidas de seguridad –artículo 6-), Edit. Bosch, 1997, pp. 15 y 16, quien defiende el establecimiento de la garantía de la irretroactividad en el ámbito de las medidas de seguridad, al destacar la importante conexión de éstas con el hecho cometido y al reconocer su carácter de consecuencia jurídico-penal del hecho así como sus efectos colaterales aflictivos.

“**jurisdiccional**”, que se consagra en el art. **3.1** CP (no podrá ejecutarse una medida de seguridad sino en “virtud de **sentencia firme** dictada por el **Juez o Tribunal competente**, de acuerdo con las leyes penales”); y 4ª) La **garantía de “ejecución**”, al establecer el art. **3.2** CP que la ejecución de la medida sólo podrá realizarse “en la **forma** prescrita por la **Ley** y reglamentos que la desarrollen”, y “bajo el **control** de los **Jueces** y Tribunales competentes”, dentro de los cuales hay que incluir no sólo al órgano judicial sentenciador sino también al **Juez de Vigilancia penitenciaria** –cfr. el último párrafo del art. **97** CP-¹⁴.

b) El **principio de “intervención mínima**”, derivado directamente del de “**necesidad**”, implica que el derecho Penal ha de ser la “ultima ratio”, es decir, que el instrumento jurídico-penal ha de ser el último recurso cuando se constata que no existen otros medios jurídicos menos lesivos para los derechos fundamentales del ciudadano. Aplicado al ámbito de las medidas de seguridad, significa que sólo será legítima la aplicación de la medida de seguridad si ésta es **necesaria** para sus fines preventivo-especiales, si resulta **adecuada** o idónea respecto de la neutralización de la peligrosidad criminal del autor y si no existen otros instrumentos jurídicos alternativos menos gravosos para los derechos fundamentales del sujeto peligroso (**subsidiariedad**), a los efectos de lograr los efectos preventivo-especiales de la medida de seguridad¹⁵. Este principio de intervención mínima se consagra en el art. **6.2** CP, al declarar que las medidas de seguridad “no pueden exceder el límite de lo **necesario** para prevenir la **peligrosidad** del autor” (cfr. art. **97.b** CP), y en el recordatorio del legislador, a través de la cláusula “**si fuera necesaria**”, a la hora de poder aplicar por los tribunales de justicia las correspondientes medidas de seguridad a los sujetos criminalmente peligrosos (vid. arts. **101** y ss. CP).

c) El fundamento de la “**peligrosidad criminal**” y la “**postdelictualidad**” de las medidas de seguridad aplicables. El art. **6.1** CP declara que “las medidas de seguridad se fundamentan en la **peligrosidad criminal** del sujeto al que se impongan, **exteriorizada** en la comisión de un hecho previsto como **delito**” (cfr. en el mismo sentido, lo previsto en el art. **95.1** CP). De esta manera, nuestro legislador de 1995 deja claro que el fundamento de las medidas de seguridad es la **peligrosidad criminal** del autor, abandonando con buen criterio el ambiguo concepto de

¹⁴ Vid., en este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. ult. cit., 1997, p. 34, y URRUELA MORA, Los principios informadores del Derecho de medidas en el Código penal de 1995, RDPyCr, 2ª época, 8 (julio 2001), p. 172.

¹⁵ Vid., entre otros, SILVA SÁNCHEZ, ob. ult. cit., 1997, p. 43, y, en la doctrina alemana, FRISCH, ob. cit., 1990, pp. 378 y ss.

“peligrosidad social” previsto en el **art. 2.B** de la derogada LPRS de 1970, y, por otra parte, que la imposición de la medida de seguridad requiere la previa comisión de un hecho previsto en la Ley como delito, es decir, que sólo son admisibles como medidas de seguridad criminales las **postdelictuales**, cumpliendo así con la propuesta unánime de nuestra doctrina de desterrar del ordenamiento jurídico-penal español las tradicionales medidas de seguridad **predelictuales** (LVyM de 1933 y LPRS de 1970).

d) El **principio de proporcionalidad**. El CP de 1995, siguiendo las pautas marcadas en el Derecho Comparado¹⁶, incorpora en el nuevo sistema de medidas el principio de proporcionalidad en el ámbito de las medidas de seguridad. En efecto, el **art. 6.2** CP declara que las medidas de seguridad “no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido”. De esta manera, nuestro legislador incorpora expresamente, en el marco de la regulación de las medidas de seguridad, el importante principio de proporcionalidad, llamado a ocupar en este terreno el papel que cumple el de culpabilidad en el de la pena¹⁷, aunque su formulación es criticable tanto por la dificultad para determinar su alcance –las medidas de seguridad no pueden resultar “más gravosas”-, como por la lamentable asimilación que se produce –las medidas de seguridad “no pueden tener mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido”- entre la medida de seguridad y la pena¹⁸. A todo ello, para complicar todavía más la desafortunada formulación del principio de proporcionalidad del CP de 1995 en el ámbito de las medidas de seguridad, hay que añadir su desconcertante ulterior desarrollo en los arts. **101-104** CP, cuando para los supuestos de aplicar medidas de seguridad “privativas de libertad” a los **delinquentes inimputables peligrosos (inciso final del apartado 1 de los arts. 101-103** CP) se establece que “el internamiento **no** podrá **exceder** del tiempo que habría durado la **pena privativa de libertad**, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo”, mientras que para el caso de aplicar medidas de seguridad “privativas de libertad” a los **delinquentes semiimputables peligrosos**

¹⁶ Vid., entre otros, el CP de Alemania (párrafo 62) y de Portugal (art. 40.3).

¹⁷ Vid. JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch, AT, 5ª ed., 1996, p. 804.

¹⁸ Vid., entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, ComCP, 1997, pp. 42 y 43; SILVA SÁNCHEZ, El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales, 1997, pp. 37 y ss.; JORGE BARREIRO, AG., El enfermo mental delincuente y peligroso ante el Código penal de 1995, RDPCr., 2ª época, 6 (2000), pp. 184 y 185; el mismo, Crisis actual del dualismo en el Estado social y democrático de Derecho, 2001, pp. 175 y ss.; URRUELA MORA, RDPyCr., 2ª época, 8 (julio 2001), pp. 183 y ss.; SANZ MORÁN, Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho Penal, edit Lex Nova, 2003, pp. 189 y ss.; y GRACIA MARTÍN, Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, por GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTREY DOBLÓN, edit. Tirant lo Blanch, 2006, pp. 463 y ss.

(penúltimo inciso del art. **104.1** CP) se establece que la duración del internamiento “**no** podrá **exceder** de la **pena** prevista por el **Código** para el delito”. Como corolario a esta desafortunada formulación del mencionado principio de proporcionalidad, cabe destacar que **no** se podrá imponer ninguna **medida** de seguridad **privativa de libertad** –sino sólo alguna o algunas de las medidas no privativas de libertad previstas en el art. **96.3** CP- cuando la **pena** que hubiera podido imponerse por el delito cometido **no** fuere **privativa de libertad** (art. **95.2** CP) o, en el caso de los semiimputables, cuando la pena impuesta no sea privativa de libertad (art. **104.1** CP).

Después de la exposición acerca de cómo queda regulado el **principio de proporcionalidad** en la regulación que nos ofrece el CP de 1995 para las medidas de seguridad, lo cual ha sido auspiciado por un importante sector de nuestra doctrina¹⁹ con un encomiable

¹⁹ Vid., entre otros, MUÑOZ CONDE, Adiciones al Tratado de Derecho Penal. P.G. I, de Jescheck, trad. y adiciones por MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, edit. Bosch, 1981, p. 124 (“conforme al principio de proporcionalidad la medida no podrá ser desproporcionada ni a la peligrosidad criminal del sujeto, ni a la gravedad del delito cometido y de los que sean probable que aquél pueda cometer. La referencia a la **gravedad del delito cometido** y a la de los que el sujeto sea probable cometa en el futuro, medida por el **marco penal** que estos delitos tengan asignado **en abstracto**, impide que la duración de la medida sea superior a la de la pena que, caso de ser culpable, hubiera podido ser impuesta. Es, pues, fundamental que la **gravedad del delito cometido**, más que la de los que se puedan cometer en el futuro, constituya el **límite máximo** que no deba ser rebasado en ningún caso, aunque quizá la medida durante ese tiempo no haya logrado alcanzar sus objetivos preventivos...”); el mismo, Derecho Penal y control social, Jerez de la Frontera, 1985, pp. 69 y ss.; el mismo, Principios inspiradores del nuevo Código penal, LH-Casabó Ruiz, II, Valencia 1997, p. 540; QUINTERO OLIVARES, Reflexiones sobre el monismo y el dualismo, VV.AA., La reforma penal y penitenciaria, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 569 y ss., espec. p. 583, donde defiende que “el principio de **límite temporal** del **castigo** es extensible y exigible también en las medidas de seguridad”; el mismo, ComCP, I, por QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, 5ª ed., edit. Aranzadi 2008, p. 88 (la idea esencial que informa el art 6.2 CP es “que el sujeto peligroso nunca sea de peor condición que el sujeto culpable”); y GARCÍA ARÁN, Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995, edit. Aranzadi, 1997, pp. 131 y ss., espec. p. 132, donde la autora se muestra partidaria de la fórmula de proporcionalidad consagrada en el art. 6.2 CP, por razones de **seguridad jurídica** y de respeto al **principio de igualdad**, aunque reconoce la falta de coherencia y de contradicción interna con el sistema de medidas de seguridad, ya que “sería obligado, en buen lógica, referir las consecuencias jurídicas (las medidas de seguridad) al presupuesto (la peligrosidad criminal) al que se aplican, y no a la constante referencia al delito previamente cometido”. Estas últimas reflexiones de GARCÍA ARÁN resultan lo suficientemente reveladoras acerca de la incoherencia y contradicciones en que incurre el legislador español de 1995 (espec. regla general prevista en el art. 6.2 CP). Para un análisis crítico de los argumentos postulados por este importante sector doctrinal que defiende la formulación del principio de proporcionalidad por el CP 1995 para las medidas de seguridad, vid. entre otros, JORGE BARREIRO, AG., RDPyCr, 2ª época, 6 (2000), pp. 192 y ss., y SANZ MORÁN, Las medidas de corrección y de seguridad, cit., pp. 185 y ss. Cfr. recientemente, ALONSO RIMO, Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho Penal de la peligrosidad), EPC XXX (2009), pp. 107 y ss., espec. p. 115, quien se muestra favorable a la criticable formulación del mencionado principio en el art. **6.2** CP y considera “preferible la renuncia a lograr una perfecta escisión conceptual entre penas y medidas de seguridad que al amparo de un prurito cientifista defraudar las garantías básicas inherentes a un Estado de Derecho” (p. 117). No podemos detenernos ahora aquí a valorar las preferencias de este autor, aunque si quisiera dejar constancia de que “el prurito cientifista” es más respetuoso y más coherente con las exigencias del Estado de Derecho que la defendida tesis

espíritu garantista que trata de limitar el poder punitivo estatal en esta materia, nos corresponde destacar las principales **objeciones** que merece el mencionado principio tal como aparece consagrado en nuestro CP de 1995. Se ha dicho²⁰, y no sin razón, que “el sostener para las medidas de seguridad un criterio estricto de proporcionalidad con la penalidad abstracta (si es que no concreta) correspondiente al hecho cometido, las desnaturaliza por completo”, y “en la práctica el régimen del nuevo Código penal implica la desaparición del derecho Penal de la peligrosidad, como autónomo del Derecho Penal de la culpabilidad”. A nuestro entender, a la luz de la regulación de este principio de proporcionalidad en las medidas de seguridad en el CP de 1995, son dos las críticas más importantes que se pueden destacar en esta materia: por un lado, la **asimilación**, la confusión y el solapamiento entre las **medidas de seguridad** y la **pena**, desconociendo las diferencias elementales que existen entre ambas consecuencias jurídico-penales del delito²¹, es decir, las relativas a su **fundamento** (el estado personal de peligrosidad criminal, en las medidas de seguridad, y la culpabilidad del autor por el hecho cometido, en la pena), **contenido** (la medida de seguridad está relacionada con el tratamiento terapéutico, corrección o aseguramiento frente a la peligrosidad criminal del sujeto que ha cometido un hecho previsto en la ley como delito; y la **pena**, que es un **castigo** por el hecho delictivo, es decir, por el injusto típico cometido culpablemente por el autor) y **fin**s (exclusivamente de **prevención especial** en la **medida** de **seguridad**, aunque fáctica y colateralmente pueda servir a la prevención general; y el **fin de prevención general**, característico y consustancial a las penas, y de **prevención especial** en la **pena**); y, por otra parte, como consecuencia de lo anterior, el **olvido** imperdonable del CP de 1995 de la referencia esencial y obligada en el principio de proporcionalidad, en el ámbito de las medidas de seguridad, a la comparación de la entidad de la medida aplicable con la **gravedad de los delitos** que pueda cometer el sujeto peligroso en el futuro y el **grado de peligrosidad criminal** del autor. Por lo tanto, una correcta formulación del principio de proporcionalidad en las medidas de seguridad ha de tener en cuenta no sólo, como hace el CP de 1995, la importancia de los **delitos cometidos** por el autor, sino también –y sobre todo- la especial relevancia de los **delitos que éste pueda cometer** en el **futuro**, así como el **grado de peligro** que represente aquél²².

contradictoria e incoherente de quienes respaldan la formulación del principio de proporcionalidad tal como aparece formulado en nuestro CP vigente.

²⁰ Vid. SILVA SÁNCHEZ, El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales, 1997, p. 22.

²¹ Vid., entre otros, SANZ MORÁN, Las medidas de corrección y de seguridad, 2003, pp. 189 y ss.; GRACIA MARTÍN, Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, 2006, pp. 461 y ss.

²² Vid., entre otros, JORGE BARREIRO, AG., Crisis actual del dualismo, 2001, pp 160 y 161.

Son muchas más las críticas puntuales que se pueden formular a la peculiar regulación del mencionado principio que nos ofrece el CP de 1995, en cuanto conduce a comparar magnitudes tan heterogéneas (penas y medidas de seguridad, privativas y no privativas de libertad). Aquí, quisiera sólo dejar constancia de algunas y, sobre todo, de las consecuencias absurdas a las que conduce esta deficiente regulación: las enormes dificultades que se suscitan para determinar cuándo una medida de seguridad –por ej. de tratamiento terapéutico- es o no más “**gravosa**” que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido; no se podrá internar al enfermo mental delincuente peligroso –inimputable o semiinimputable- si el delito cometido no está conminado con una pena privativa de libertad; en el caso de que al delincuente peligroso (inimputable o semiinimputable) se le imponga una medida privativa de libertad, al estar el delito cometido amenazado con pena privativa de libertad, la duración del internamiento de tales sujetos no podrá exceder la de la pena abstractamente aplicable al delito cometido, aunque la situación personal de peligrosidad criminal de los mismos aconsejara una estancia más duradera en el centro de cumplimiento de la medida de seguridad; las dificultades que suscitan para comparar las medidas no privativas con la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, cuando ésta sea también no privativa de libertad y aquéllas sean las únicas que se pueden imponer, con sus propios límites temporales y régimen especial de aplicación; la solución propiciada por el CP de 1995 para los casos en que el cumplimiento de la medida de seguridad privativa de libertad llegue al límite del de la pena privativa de libertad abstractamente aplicable al delito cometido, de remitir al sujeto a un **internamiento civil previsto para incapaces**²³, no es afortunada, ya que esa clase de internamiento no está pensada para los sujetos criminalmente peligrosos ni puede cumplir los objetivos propios de la medida de seguridad criminal²⁴...

2.3. Los presupuestos (1) y las clases de las medidas de seguridad aplicables (2).

2.3.1. Los presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad. Según establece el **art. 95.1** CP las medidas de seguridad se aplicarán a quienes se encuentren en los supuestos previstos en los **arts. 101-103 (inimputables** conforme a las eximentes 1ª, 2ª y 3ª del **art. 20** CP) y **104 (semiinimputables** conforme a la eximente incompleta relacionada con las eximentes 1ª, 2ª y 3ª del art. 20 CP) del CP, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1ª) “Que

²³ Vid. Disposición Adicional primera del CP de 1995.

²⁴ Vid., en este sentido crítico, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, ob. ult. cit., 1997, p. 40; JORGE BARREIRO, RDPyCr., 2ª época, 6 (2000), p. 180; EL MISMO, Crisis actual del dualismo, 2001., p. 177; y SANZ MORÁN, ob. ult. cit., 2003, pp. 196 y ss., espec., 202-204.

el sujeto haya **cometido** un hecho previsto como delito” (**postdelictualidad**), y 2ª) “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” (**peligrosidad criminal**).

En primer lugar, de acuerdo con lo establecido en el encabezamiento del art. 95.1 CP, las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse a las situaciones o categorías de **estado de peligrosidad** legalmente establecidos, es decir, los relativos a los “**inimputables**” que están exentos plenamente de responsabilidad penal, conforme a las **eximentes 1ª, 2ª y 3ª** del art. 20 CP, (relacionadas respectivamente con “una anomalía o alteración psíquica permanente” y “trastorno mental transitorio”, con la “intoxicación plena por alcohol u otras drogas y el síndrome de abstinencia”, y con “la alteración de la percepción que altere gravemente su conciencia de la realidad”) –cfr. Arts. 101 a 103 CP-, y a los “**semiimputables**” destinatarios de la aplicación de una **eximente incompleta** (art. 21.1 CP) relacionada con los mencionados números 1, 2 y 3 del art. 20 CP (cfr. art. 104 CP). Resulta sorprendente y criticable que el CP de 1995, en contra de relevantes datos históricos y de derecho comparado en esta materia, no haya previsto **ninguna medida de seguridad** específica para **delincuentes habituales peligrosos** de criminalidad grave²⁵, lo cual sólo resulta explicable por la marcada orientación del nuevo sistema de medidas de seguridad del CP de 1995 hacia una **solución monista**, al tratar de circunscribir las medidas de seguridad a los delincuentes peligrosos inimputables o semiimputables, excluyendo a los imputables peligrosos de criminalidad grave (habituales o de tendencia), y de someter la imposición de aquéllas a los límites y garantías que rigen en el ámbito de la pena²⁶.

²⁵ Vid., en este sentido crítico, entre otros, CEREZO MIR, Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995, LL n° 4063, 21.junio.1996, p. 5, quien denuncia que esa falta de previsión específica es “uno de los mayores defectos del nuevo Código penal desde el punto de vista político-criminal”; SANZ MORÁN, Las medidas de seguridad y de corrección, 2003, pp. 215 y ss.; JORGE BARREIRO, AG., Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho, LH-Rodríguez Mourullo, 2005, p. 584; y GRACIA MARTÍN, Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, 2006, p. 457. Desde luego, la respuesta a esos supuestos de los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad grave no puede estar, como pretende nuestro CP, en una pena agravada por reincidencia, ni por la regla prevista en el art. 78 CP, sino que debería buscarse, como sucede en Derecho comparado, en una específica y excepcional medida de seguridad –llámese “custodia de seguridad” o “internamiento en un centro de terapia social- para supuestos muy tasados y muy graves, y cuya imposición debería ser revisable periódicamente por el juez, sin perder el objetivo de resocialización del delincuente peligroso, aunque predomine la idea de aseguramiento. Vid. críticamente sobre las respuestas de nuestro CP vigente ante los casos mencionados, SÁNCHEZ LÁZARO, Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad, RP 17 (enero 2006), pp. 142 y ss.

²⁶ Vid. SANZ MORÁN, ob. ult. cit., 2003, p. 206.

En segundo lugar, el art. **95.1** CP establece, como **primera circunstancia** necesaria para aplicar una medida de seguridad, la exigencia de “que el sujeto haya **cometido** un hecho previsto como **delito**”. De esta manera, nuestro legislador de 1995 limita, con buen criterio, el ámbito de las medidas de seguridad únicamente a las “**postdelictuales**”. La adecuación de este requisito se deriva, sobre todo, de las exigencias propias del **Estado de Derecho**: sería inadmisibles, por razones de **seguridad jurídica**, la intervención punitiva del Estado cuando el sujeto ni siquiera ha cometido un delito. Por ello, la doctrina penal española había rechazado unánimemente las **medidas de seguridad predelictuales** que han existido en nuestra legislación hasta el CP de 1995 (LVyM de 1933 y LPRS de 1970), y ahora nuestro legislador deja claro, como regla básica en el art. **6.1** CP, que las medidas de seguridad se fundamentan en la **peligrosidad** criminal del sujeto al que se impongan, **exteriorizada** en la comisión de un **hecho** previsto como **delito**”, lo que se confirma en el art. **95.1** CP. Aquí, sobre esta exigencia, de la previa comisión de un delito, cabe destacar las siguientes consideraciones: 1ª) cumple, como apuntaba Rodríguez Mourullo²⁷, una **triple función garantizadora**, en cuanto “refuerza el pronóstico de peligrosidad, fortalece el principio de legalidad y reduce a límites tolerables la función preventiva”; 2ª) el término **delito** ha de entenderse, de acuerdo con la regulación de las medidas de seguridad de nuestro CP y de acuerdo con la peculiar formulación del “principio de proporcionalidad”, en un **sentido estricto**, es decir, que comprende las “infracciones graves o menos graves” (arts. **13.1 y 2**, y **33.2 y 33.3** CP) –“delitos”- y no las “faltas”²⁸; 3ª) cuando se hace referencia a que debe concurrir la previa comisión de un delito, la doctrina coincide en señalar²⁹ que ha de tratarse de la realización de “**un hecho típico y antijurídico**”, pues –entre otras razones- carecería de sentido fundamentar la peligrosidad criminal en un hecho lícito; y 4ª) una cosa es admitir la necesidad de que concurra la previa comisión de un delito por parte del sujeto, como requisito legitimador de la intervención penal preventivo-especial y presupuesto legal para imponer una medida de seguridad, y otra bien distinta es convertir esa exigencia –que nos remite a un mero síntoma o indicio de la peligrosidad criminal, la cual es el

²⁷ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, Medidas de seguridad y Estado de Derecho, en VVAA, Peligrosidad Social y medidas de seguridad, Universidad de Valencia, 1974, pp. 363 y 364.

²⁸ Vid., en este sentido, entre otros, GRACIA MARTÍN, Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español, 1996, p. 380; SILVA SÁNCHEZ, El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales, 1997, p. 18; SÁNCHEZ YLLERA, ComCP, I, coord., Vives Antón, Valencia 1996, p. 536; y, JORGE BARREIRO, AG., RDPyCr., 2ª época, 6 (2000), p. 181 y 182. En contra, admitiendo la posibilidad de comprender en el término delito las “faltas”, vid., entre otros, SANZ MORÁN, Las medidas de corrección y de seguridad, 2003, p. 246, y GRACIA MARTÍN, Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, 2006, p. 454.

²⁹ Vid., entre otros, LUZÓN PEÑA, Curso de Derecho Penal, PG I, edit. Universitat, 1996, pp. 56 y 577; SANZ MORÁN, ob. ult. cit., 2003, pp. 242 y ss.; GRACIA MARTÍN, Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, 2006, p. 455, y GARCÍA ALBERO, VVAA, ComCP, dir. QUINTERO OLIVARES y coord.. MORALES PRATS, I, 5ª ed., 2008, pp. 691 y ss.

auténtico fundamento de la medida de seguridad-, como hace el CP de 1995 (arts. **6.2, 95.2, 101-104** CP), en el criterio determinante de la clase y magnitud de las medidas de seguridad aplicables³⁰.

En tercer lugar, el **art. 95.1** CP establece, como **segunda circunstancia** necesaria para imponer una medida de seguridad, “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**”. Aquí, se está aludiendo al **presupuesto** de aplicación de las medidas de seguridad, que es el **fundamento y límite** de las mismas³¹ y que nos remite a la exigencia de formular, por parte del juez o tribunal, un **juicio de “pronóstico”** acerca de la **probabilidad** o relevante posibilidad de que el delincuente peligroso –en nuestro CP, los relativos a los mencionados casos de inimputabilidad (cfr. arts. **101-103** CP) y de semiimputabilidad (cfr. art. 104 CP) –pueda cometer nuevos delitos³². La **prognosis criminal** está integrada por los elementos de la **diagnosis** –situación de un determinado sujeto-, la **clasificación** –relacionada con la diagnosis y ordenada conforme a unas categorías de individuos semejantes de los que cabe esperar la comisión de futuros delitos-, y la **prognosis**, que se refiere a la predicción acerca del cálculo de probabilidad de la conducta futura de un autor comprendido en aquella clasificación³³. En el fondo siguen latiendo las objeciones que se han formulado a todo juicio de pronóstico, inherente a la peligrosidad criminal, sobre la vida delictiva que pueda desarrollar en el futuro el sujeto peligroso³⁴, así como subsisten las dificultades para lograr el grado de certeza imprescindible que permita fundamentar la

³⁰ Vid., por todos, SANZ MORÁN, Las medidas de corrección y de seguridad, 2003, p. 122.

³¹ Así lo reconoce nuestro CP en sus arts. **6.1** y **97.b)**, estableciendo en este último precepto que el juez o tribunal decretará el **cese** de la medida de seguridad impuesta en cuanto **desaparezca** la “peligrosidad criminal” del sujeto.

³² Vid. GARCÍA ALBERO, ComCP, I, cit., p. 694.

³³ Vid. KAISER, Kriminologie, 3ª ed., 1996, pp. 956. En nuestra doctrina, aludiendo en concreto al juicio de peligrosidad criminal que se concreta en una prognosis, ROMEO CASABONA, en Peligrosidad y Derecho Penal preventivo, cit., p. 30, distingue dos momentos: el de la comprobación de la cualidad sintomática del sujeto peligrosos (diagnóstico de peligrosidad), y, por otra parte, la comprobación de la relación entre esa cualidad y el futuro criminal del sujeto (prognosis criminal).

³⁴ Vid., en este sentido, entre otros, en nuestra doctrina, SANZ MORÁN, Las medidas de seguridad y corrección y de seguridad, 2003, p. 105, al afirmar que “la incertidumbre es inherente a las decisiones sobre la base de un pronóstico”; y, en la doctrina alemana, entre otros, ya EXNER en su clásica monografía, Die Theorie der Sicherungsmittel, Berlín 1914, p. 59; KAISER, Kriminologie, 1996, p. 958, al destacar los limitados conocimientos empíricos y la incertidumbre acerca de la determinación de la conducta legal futura del sujeto en base a los métodos de prognosis.

peligrosidad criminal del sujeto, de acuerdo con las exigencias del Estado de Derecho³⁵. Aunque se ha avanzado mucho en los últimos años en el terreno de la prognosis criminal (superando los pronósticos “intuitivos”, al acudir a criterios científicos como el “pronóstico clínico” y el “estadístico”), sin embargo se reconoce³⁶ que la Criminología moderna sólo permite afirmar un profundo **escepticismo** acerca de la fiabilidad de los **pronósticos** tanto sobre la **comisión de futuros delitos** del sujeto, como respecto de la **idoneidad** de la **medida de seguridad** para prevenir tales hechos punibles. Es preciso persistir en los avances de las investigaciones empíricas que nos permitan reducir los márgenes de inseguridad que se encuentran en el juicio de pronóstico inherente a la peligrosidad criminal³⁷. En todo caso, cabe criticar la parquedad y deficiencias que en esta materia fundamental del Derecho de medidas, como es la de la peligrosidad criminal y sus presupuestos o bases, nos ofrece el art. **95.1** CP de 1995³⁸: por un lado, se alude –como puntos de referencia en los que fundamentar el juicio de peligrosidad- al “**hecho**” y a las “**circunstancias**” personales del sujeto”, que nos recuerdan en exceso los mismos criterios de concreción legal de las penas (cfr. **regla 6ª** del **art. 66.1** CP), olvidándose de toda referencia –como, en cambio sí aparecen en el Derecho comparado, por ej. en el párrafo 23 del **CP austríaco** o en los párrafos 63, 64 y 66 del **CP alemán**- a la especial relevancia de los futuros delitos que se espera pueda cometer el sujeto, y por otra parte, resulta muy deficiente, por su indeterminación, la exigencia de que el juez o tribunal ha de tener en cuenta “previos **informes** que estime **convenientes**”, sin indicar qué clase de informes ni quienes han de emitirlos.

2.3.2. Las clases de medidas de seguridad aplicables. Las medidas de seguridad que se pueden imponer, de acuerdo con lo establecido en el **art. 96.1** CP y dejando al margen otras clasificaciones³⁹, son –según su naturaleza- las privativas (A) y las no privativas de libertad (B).

A) Son medidas de seguridad “**privativas de libertad**” (art. **96.2** CP):

³⁵ Vid. KAISER, *Befinden sich die kriminalrechtlichen Massregeln in der Krise?*, Heidelberg 1990, pp. 17, al destacar que en el caso de que la peligrosidad individual no pudiera predecirse mediante aplicación de métodos sostenibles desde la perspectiva del Estado de Derecho, se podría derrumbar la base de legitimación del Derecho de medidas. En esta dirección crítica, sobre las dificultades de compatibilizar la prognosis criminal, inherente al juicio de peligrosidad, con las exigencias del Estado de Derecho, FRISCH, *Prognossentscheidungen im Strafrecht*, 1983, pp. 146 y ss.

³⁶ Vid. JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 804.

³⁷ Vid. KAISER, *Kriminologie*, 3ª ed., 1996, p. 973.

³⁸ Vid., por todos, SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad*, 2003, p. 171.

³⁹ Vid., entre otros, JORGE BARREIRO, AG., *Las medidas de seguridad en el derecho español*, 1976, pp. 124 y ss.; GRACIA MARTÍN, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2006, pp. 474 y ss.

1ª) El **internamiento en “centro psiquiátrico”**, que no se corresponde literalmente con la medida de seguridad privativa de libertad prevista en el **art. 101.1 CP** –el internamiento para **tratamiento médico** o **educación especial** en un “establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie”- y en el **art. 104.1 CP**, es aplicable respectivamente a los delincuentes peligrosos inimputables o semiimputables que fueran declarados exentos de responsabilidad criminal conforme al **art. 20.1 CP** (**art. 101.1 CP**), o en su caso les fueran aplicable la eximente incompleta (**art. 21.1 CP**) relacionada con la eximente 1ª del **art. 20 CP** (**art. 104.1 CP**). La regulación del alcance de esta medida privativa de libertad la podemos encontrar, en principio, en los arts. **183** y ss. del **RP** (aprobado por **RD 190/1996**, de 9 de febrero), cuya normativa nos remite a los “**establecimientos o unidades psiquiátricas penitenciarias** (cfr. **art. 184.b RP**). Esta clase de internamiento ha de estar sometido a un **control judicial** y a una **revisión periódica** –al menos, cada seis meses por parte de un Equipo multidisciplinar- de la situación personal del paciente, debiendo emitirse un informe sobre su estado y evolución (**art. 187 RP**. En cuanto al régimen de tales establecimientos, vid. **art. 188 RP**). Una de las cuestiones más polémicas se refiere a qué ámbito de aplicación debe limitarse esa medida privativa de libertad, teniendo en cuenta su peculiar configuración, es decir, al tratarse de un internamiento en centros hospitalarios psiquiátricos penitenciarios, con especiales medidas de seguridad. En buena lógica, como destaca cierto sector doctrinal⁴⁰, la mencionada medida privativa de libertad debería aplicarse sólo a los enfermos mentales delincuentes y especialmente peligrosos, cuya elevada peligrosidad –manifestada en la previa comisión de un delito y relacionada con la probable comisión de ulteriores delitos de cierta relevancia- no pueda ser conjurada mediante la hospitalización del sujeto en un hospital psiquiátrico que carezca de las condiciones necesarias de seguridad para neutralizar la especial y elevada peligrosidad criminal del enfermo delincuente. En los otros casos, de peligrosidad criminal no grave, cabe entender que lo procedente sería acordar un internamiento en centro psiquiátrico no penitenciario, es decir, perteneciente a otro sector de la Administración pública o centro privado de una entidad colaboradora⁴¹.

⁴⁰ Vid., entre otros, GARCÍA ALBERO, ComCP, I, 5ª ed., 2008, p. 701; JIMÉNEZ VILLAREJO, J., ComCP, I, dir. Conde-Pumpido Ferreiro, edit. Trivium, 1997, p. 1342; URRUELA MORA, Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad, edit. Comares, Granada 2009, pp. 119 y ss., espec. 134 y 149.

⁴¹ Vid. por todos, URRUELA MORA, ob. ult. cit., 2009, p. 119, al señalar que “el internamiento en supuestos de anomalía o alteración psíquica habrá de practicarse con carácter general, cuando se considere como la forma más idónea de hacer frente a la peligrosidad criminal del sujeto en atención al principio de necesidad, en las salas psiquiátricas de los hospitales provinciales, en los hospitales psiquiátricos provinciales o, en su defecto, en cualquiera de los dispositivos asistenciales de las administraciones públicas”.

2ª) El **internamiento en centro de deshabitación público, o privado debidamente acreditado u homologado**, es aplicable a los delincuentes peligrosos que se encuentren en una situación de **inimputabilidad** debida a su estado de **intoxicación plena** por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas,... o bajo el **síndrome de abstinencia** a causa de su dependencia de tales sustancias (art. **102.1 y 20.2 CP**), o de **semiimputabilidad** por aplicación de la eximente incompleta (art. **21.1 CP**) relacionada con el art. **20.2 CP** (art. **104.1 CP**). Ha de tratarse de un internamiento en **centro de deshabitación** “público” o “privado debidamente acreditado u homologado”, lo cual es confirmado por el art. **182.3 RP**, al establecer que “la Administración Penitenciaria correspondiente celebrará con otras administraciones públicas o con entidades colaboradoras para la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad previstas en el Código Penal”. Esta medida privativa de libertad, al igual que las otras de la misma naturaleza, podrá ser ejecutada tanto en un establecimiento **público** – penitenciario o no- como en uno privado acreditado u homologado, dando lugar en la práctica a una más que previsible **privatización** –a través de la sistemática delegación por parte de la Administración Penitenciaria en entidades privadas- de la **ejecución** de sentencias en que se impongan **medidas de seguridad privativas de libertad**⁴². Por lo tanto, han de extremarse las **cautelos** a la hora de otorgar la **acreditación** o la **homologación** a las entidades privadas que lo soliciten, así como debe **garantizarse** tanto el **control judicial** sobre el cumplimiento y la ejecución como los derechos fundamentales del afectado⁴³. Se echa en falta, como uno de los lamentables fallos en nuestro Derecho de medidas, una **ley de aplicación** de medidas de seguridad y una **cláusula de salvaguarda** para el cumplimiento de las **medidas de seguridad privativas de libertad**, en el sentido de exigir a los poderes públicos la **habilitación** de “centro idóneos” y de “personal especializado” que haga posible el adecuado cumplimiento de aquéllas, garantizando que, en todo caso, si no se dan esas condiciones, las mencionadas medidas se llevarán a efecto en centros no carcelarios⁴⁴.

⁴² Vid., en este sentido, entre otros, J. L. MANZANARES, ComCP, por J. L. Manzanares/J. Cremades, edit. La Ley-Actualidad, 1996, p. 50, quien advierte de la indeseable consecuencia de la posible **desigualdad** según las circunstancias económicas de los sancionados o de sus familias; JIMÉNEZ VILLAREJO, J., ob. ult. cit., 1997, p. 1342; URRUELA MORA, Las medidas de seguridad y reinserción social, 2009, p. 148.

⁴³ Vid., en este sentido, entre otros, JIMÉNEZ VILLAREJO, J., ComCP, i, 1997, p. 1342 y p. 1343; URRUELA MORA, ob. ult. cit., 2009, pp. 149 y 150.

⁴⁴ Vid. en este sentido lo establecido, acertadamente, por la **Disposición final tercera** de la “Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal” de 1983, único texto prelegislativo que ha contemplado tales previsiones, dentro del dilatado proceso de reforma global (1979-1995) que daría lugar al nuevo CP español de 1995.

3ª) El **internamiento** en “centro **educativo especial**” es aplicable tanto al delincuente peligroso que se encuentre en la situación de la **eximente 3ª** del **art. 20 CP** (sufrir **alteración en la percepción**, teniendo **alterada** gravemente la **conciencia de la realidad**) –art. **103.3 CP**- o de **eximente incompleta** –relación del art. **21.1 CP** con el art. **20.3 CP**- (art. **104.1 CP**), como al enfermo mental delincuente y peligroso que padezca relevantes anomalías o alteraciones psíquicas, que integran la **eximente 1ª** del art. **20 CP** (art. **101.1 CP**), o que por las mismas razones su situación sea constitutiva de una eximente incompleta (art. **21.1º CP** relacionado con el art.**21.1**) –art. **104.1 CP**-⁴⁵. Se trata de una medida de carácter exclusivamente terapéutico y educativo, encaminada a subsanar las deficiencias del sujeto en su proceso de instrucción o de aprendizaje⁴⁶. Sorprende la falta de previsión legal acerca del contenido concreto de esta medida privativa de libertad⁴⁷, aunque cabe destacar que el protagonismo de esta medida de seguridad puede ser desplazado por el de la medida no privativa de libertad prevista en el art. **96.3.12ª CP** (“sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo,...”), al poder entrar en juego ésta como principal o sustitutiva de aquella⁴⁸.

Por último, conviene recordar⁴⁹ que, por un lado, las medidas de seguridad privativas de libertad **sólo** podrán **imponerse** cuando, cumplidos los presupuestos para su aplicación previstos en el art. **95.1 CP**, la **pena** que hubiera podido imponerse –o la pena impuesta en los casos de semiimputabilidad- por el delito cometido fuera **privativa de libertad** (art. **95.2 CP** en relación con los arts. **101-104 CP**); y que, por otra parte, se impondrán únicamente si fueren **necesarias** para neutralizar la peligrosidad criminal del sujeto, lo cual comporta su carácter **subsidiario** respecto de las otras medidas que no lleven consigo la privación de libertad.

B) Las **medidas de seguridad “no privativas de libertad”**, previstas en el CP (art. **96.3**), son las siguientes: 1ª) La **inhabilitación profesional** (cfr. art. **107 CP**); 2ª) La **expulsión** del territorio nacional de **extranjeros** “no residentes legalmente en España” (cfr. art. **108 CP**); 3ª) La **obligación de residir** en un “lugar determinado”; 4ª) La **prohibición de residir** en el “lugar o territorio que se designe”; 5ª) La **prohibición de acudir** a “determinados lugares o territorios,

⁴⁵ Vid. entre otros, SIERRA LÓPEZ, M.V., Las medidas de seguridad en el nuevo Código penal, edit. Tirant lo Blanch, 1997, p. 106; SANZ MORÁN, Las medidas de corrección y de seguridad, 2003, p. 229; GRACIA MARTÍN, Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, 2006, p. 469.

⁴⁶ Vid., entre otros, SÁNCHEZ YLLERA, ComCP, I, 1996, p. 559, y GRACIA MARTÍN, ob. log. ult. cit., 2006.

⁴⁷ No hay previsión sobre ello en la LGP, ni en el RP.

⁴⁸ Vid., por todos, GARCÍA ALBERO, ComCP, I, 5ª ed., 2008, cit., 2003, p. 702.

⁴⁹ Vid. SANZ MORÁN, ob. ult. cit., 2003, pp. 229 y 230.

espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego”; 6ª) La **custodia familiar**; 7ª) La **privación del derecho a conducir** vehículos a motor y ciclomotores; 8ª) La **privación del derecho a la tenencia** y parte de **armas**; 9ª) La **prohibición de aproximarse** a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal; 10ª) La **prohibición de comunicarse** con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal; 11ª) La sumisión a **tratamiento externo** en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario; y 12ª) El sometimiento a **programas** de tipo **formativo**, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares.

La regulación de las medidas de seguridad no privativas de libertad, que presenta relevantes deficiencias de técnica legislativa y adolece del fallo fundamental –de “asimilación de las medidas de seguridad con las penas”- que inspira y distorsiona todo el sistema de medidas previsto en el CP de 1995, merece las consideraciones siguientes: 1ª) Son aplicables – al igual que las medidas privativas de libertad- únicamente a los delincuentes peligrosos **inimputables** (arts. **101-103** CP) y **semiimputables** (art. **104** CP), y serán las únicas medidas de seguridad que se puedan imponer cuando el **delito** previamente cometido por el sujeto peligroso sea conminada con una **pena privativa de libertad** (arts. **95.2** CP, y **101-104** CP); 2ª) Tras la reforma por **LO 15/2003, de 25 de noviembre**, se recoge en el art. **96.3** CP el **catálogo general completo** de las medidas de seguridad no privativas de libertad y se subsanan las graves deficiencias de técnica legislativa que existían, sobre todo, entre los arts. **96.3** y **105** CP⁵⁰. Sin embargo, persiste la polémica cuestión suscitada acerca del catálogo general, ahora completo, de las medidas de seguridad no privativas de libertad en el nuevo art. **96.3** CP, que se completa con la fijación de los límites temporales de duración de las mismas en los arts. **105, 107 y 108** CP⁵¹, en cuanto a la compatibilidad de éstos con la deficiente consagración del

⁵⁰ Estos preceptos se solapaban en cuanto al catálogo de las medidas no privativas de libertad, con la variante de que el art. **96.3** CP incluía las medidas de inhabilitación profesional y de expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España, las cuales no se recogían en el art. **105** CP. A ello había que añadir las desconcertantes remisiones que a los citados preceptos realizaban el art. **95.2** CP, el art. **105** CP, y los arts. **101-104** CP al art. **96.3** CP. Sobre todo ello, en un sentido crítico y con razón, entre otros, SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad*, cit., 2003, pp. 223 y ss., y SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, cit., 1997, p. 36.

⁵¹ Resulta sorprendente que el art. **107** CP –medida de “inhabilitación profesional”- establezca límites mínimo (1 año) y máximo (5 años), debiendo entenderse que el mínimo no podrá ser respetado ni ha cesado, antes de 1 año, la peligrosidad criminal del sujeto (cfr. art. **97.b** CP. Críticamente sobre esa regulación del art. **107** CP, vid. GARCÍA ALBERO, *ComCP*, I, 5ª ed., 2008, p. 738).

principio de proporcionalidad –regla general del art. 6.2 CP-⁵²; 3ª) Después de la citada **Reforma de 25.11.2003**, el modificado art. 105 CP deja claro que se podrán aplicar medidas no privativas de libertad, **acumuladas** a una privativa de libertad, desde el momento en que se imponga ésta o, ulteriormente, en cualquier momento de la ejecución de la misma⁵³; 4ª) Además de la **hipertrofia** del catálogo general de estas medidas privativas de libertad (**doce**), que no tiene parangón en el Derecho comparado⁵⁴, cabe destacar la **coincidencia** del contenido material de tales medidas con determinadas **penas privativas de derechos** previstas en nuestro CP⁵⁵, así como con las reglas de “instituciones individualizadoras” de la pena⁵⁶; 5ª) La criticable regulación de la modificada, y siempre polémica por su carácter exclusivamente asegurativo, medida de la “**expulsión del extranjero no residente legalmente en España** (art. 108 CP, reformado por la **LO 11/2003, de 29 de septiembre**), que es regresiva respecto de la situación anterior: viene a ser **sustitutiva de cualquier clase medida de seguridad**, cuando antes era configurada sólo como sustitutiva de medidas privativas de libertad (art. 108.1 CP); ahora su imposición es, con carácter general, **preceptiva**⁵⁷, y no facultativa como era antes; y,

⁵² El problema ha de resolverse teniendo presente la naturaleza de la pena que hubiera podido imponerse por el delito cometido: en el caso de que esa pena fuera privativa de libertad, la duración máxima de la medida no privativa de libertad nos vendrá dada por el art. 105 CP., sin olvidar que ésta –de acuerdo con lo previsto en el art. 6.2 CP- no podrá ser más “gravosa” que la pena que hubiera podido imponerse; y en el supuesto de que ésta (la pena que hubiera podido aplicarse) fuera de la misma naturaleza que la medida de seguridad no privativa de libertad, hay que atenerse al límite previsto en el art. 6.2 CP, y la mencionada medida no podrá exceder del tiempo de duración de la pena privativa de derechos que hubiera podido imponerse (vid., sobre ello, SÁNCHEZ YLLERA, ComCP, I, 1996, cit., p. 565; GRACIA MARTÍN, Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, 2006, p. 474; GARCÍA ALBERO, ob. ult. cit., 2008, pp. 734 y 735.

⁵³ Vid. GRACIA MARTÍN, ob.ult. cit., 2006, p. 473, y GARCÍA ALBERO, ComCP, I, 5ª ed., 2008, p. 731.

⁵⁴ Vid., entre otras legislaciones de nuestro entorno, el CP **alemán** (“vigilancia de conducta”, “privación de permiso de conducir”, y la “inhabilitación profesional”), el CP **portugués** (“inhabilitación profesional”, “privación del permiso de conducir” y “prohibición de obtenerlo”, y la posibilidad de imponer el cumplimiento de ciertas **reglas de conducta** –art. 102 CPP- como las de no frecuentar o residir respecto ciertos lugares), y el CP **suizo** (“caución de buena conducta”, “inhabilitación profesional”, “privación del permiso de conducir”, “publicación de la sentencia”, “comiso”).

⁵⁵ En este sentido, podemos citar, entre otras, las medidas no privativas de libertad de “**inhabilitación profesional**” (art. 96.3.1ª CP, y art. 45 CP), **expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España** (art. 96.3.2ª CP, y art. 89 CP), “**privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores** (art. 96.3.7ª CP, y art. 47 CP)...

⁵⁶ Como es el caso de las “**obligaciones o deberes**” que se encuentran previstos en el art. 83.1 CP para la “**suspensión condicional**”, o las “**reglas de conducta**” que se pueden imponer al ser decretada la “**libertad condicional**” (art. 90.2 CP).

⁵⁷ El art. 108.1 CP establece la salvedad de los casos en que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, aprecie, de forma motivada y excepcional, que la **naturaleza del delito** justifica el cumplimiento en España. Cabe criticar que esta excepción se fundamente en la naturaleza del delito y no, como era lo procedente, en la situación personal de peligrosidad criminal del sujeto (vid. en este sentido crítico, con razón, GARCÍA ALBERO, ComCP, I, cit., 2008, p. 740). Esta salvedad, que formula el art. 108.1 CP a la expulsión del territorio nacional, es una muestra más de la reiterada asimilación y confusión, entre la pena y la medida de seguridad, en la que incurre el sistema de medidas del CP de

por último, ahora se fija un límite de duración inamovible de 10 años (“el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión”) frente a la fórmula anterior que se refería a la prohibición de volver a España “**durante** el plazo que se señale, sin que pueda exceder de 10 años”, comprometiendo la vigencia y el respeto del principio de proporcionalidad consagrado en el **art. 6.2 CP**⁵⁸; Y 6ª) Las escasas y muy pobres referencias legales al contenido concreto y régimen de ejecución de las diversas medidas no privativas de libertad⁵⁹.

2.4. La concurrencia entre penas y medidas de seguridad. Las consecuencias jurídico-penales del delito son las penas y las medidas de seguridad. El **dualismo** o la doble vía en el sistema de sanciones penales, de **pena** ajustada a la **culpabilidad** por el hecho cometido y de **medidas de seguridad** que tienen su fundamento y límite en la **peligrosidad criminal** del autor, es una nota común en la mayoría de las legislaciones penales de nuestro orbe cultural⁶⁰. Sin embargo, el panorama actual, tanto en la doctrina como en el plano legislativo, no es uniforme ni pacífico, y se puede hablar, cada vez con más fundamento, de la **crisis de la doble vía**⁶¹: una vez superado el clásico dualismo, de distinción tajante entre pena retributiva y medidas de seguridad (como reacción criminal para cumplir fines preventivo-especiales), que llevaba consigo la posible acumulación entre ambas sanciones con preferente cumplimiento de la primera, se cuestiona el sentido que pueda tener el mantenimiento de una artificiosa diferencia entre ambas sanciones penales, cuando ha cambiado tanto el concepto de la pena

1995. En realidad, como han destacado, entre nosotros, LÓPEZ GARRIDO, y GARCÍA ARÁN, “El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador”, 1996, p. 76, “algunas de estas medidas obedecen más al deseo de prever soluciones distintas del internamiento que a la búsqueda de un contenido rehabilitador”.

⁵⁸ Vid. GARCÍA ALBERO, ob. ult. cit., 2008, p. 741.

⁵⁹ Vid. SANZ MORÁN, Las medidas de corrección y de seguridad, cit., 2003, p. 237. Sobre esta cuestión es preciso tener presente el art. **106 CP**, donde se establece que “en los casos previstos en el art. **105**, el Juez o Tribunal sentenciador dispondrá que los **servicios de asistencia social** competentes presten la ayuda o atención que precise y legalmente le corresponda al sometido a medidas de seguridad no privativas de libertad”, lo que ha de completarse con lo previsto por el **RD 515/2005, de 6 de mayo**, en cuyo Capít. V se contienen una serie de disposiciones sobre el cumplimiento de determinadas medidas de seguridad, especialmente las no privativas de libertad, al concretar la labor de los servicios sociales penitenciarios en el diseño, ejecución y control de la medida. Vid. URRUELA MORA, Las medidas de seguridad, cit., pp. 164 y 165.

⁶⁰ Así, entre otras legislaciones vigentes, podemos citar los códigos penales de **Alemania** (parágrafos 61 y ss., Tít. VI de la PG), **Austria** (parágrafos 21 y ss.), **España** (arts. 95 y ss., Tít. IV del Lib. I), **Italia** (arts. 199 y ss.), **Portugal** (arts. 91 y ss.), y **Suiza** (arts. 56 y ss.), en los que junto a las penas se ubican, separadamente, las medidas de seguridad, como consecuencias jurídico-penales del delito. En las legislaciones penales de otros países (Bélgica, Francia, Grecia, Inglaterra o EEUU), se postula la **sanción única** (“monismo”) –pena o medida de seguridad-. Vid., JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, cit., p. 88.

⁶¹ Vid., entre otros, en la doctrina alemana, HANACK, LK, 11ª ed., 1992 nº marz. 13 y ss. antes del párrafo 61; en la doctrina española, JORGE BARREIRO, AG., Crisis actual del dualismo, cit., pp. 149 y 150; y en la doctrina portuguesa, FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, PG, I, 2ª ed., 2007, pp. 102 y ss.

(ahora preventiva) y de las medidas de seguridad (adecuadas a las garantías propias de la pena: especialmente el principio de proporcionalidad), y cuando, además, apenas es posible su distinción en la práctica ejecución de ambas sanciones si consisten en privaciones de libertad⁶². A pesar de todo ello, mientras se considere irrenunciable el **principio de culpabilidad**, que ha de informar el fundamento y el límite de la pena, así como el Derecho de **medidas de seguridad**, ajustado a los postulados del **Estado de Derecho** e imprescindible para satisfacer las exigencias de **prevención especial** de peligrosidad criminal, que la pena, determinada conforme a la culpabilidad por el delito cometido, no puede asumir⁶³, se puede afirmar que un **dualismo “flexible”**, de intercambio o de sustitución (“vicarial”) de la pena por la medida de seguridad privativas de libertad en la fase de ejecución, sí tiene un futuro⁶⁴.

En el **Derecho Penal español** hemos pasado de un criticable **dualismo “rígido”** o clásico, de **acumulación** entre pena y medidas de seguridad privativas de libertad, otorgando prioridad al cumplimiento de la pena⁶⁵, a un discutible **dualismo** de **tendencia monista** en el CP de 1995⁶⁶. En efecto, nuestro nuevo sistema de medidas de seguridad, de signo “abiertamente monista”⁶⁷, está condicionado por la regla general prevista en el art. 6.2 CP, al declarar que “las **medidas de seguridad** no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la **pena** abstractamente aplicable al hecho cometido”. Como hemos tenido ocasión de denunciar a lo largo de estas reflexiones, el legislador español de 1995, con un encomiable objetivo garantista, nos ofrece un sistema de medidas de seguridad que se

⁶² El sistema dualista o de la doble vía se pone en entredicho, especialmente, respecto de las medidas de seguridad privativas de libertad y acerca de su posible concurrencia con las penas de esa misma naturaleza. En este sentido, entre otros, ya KOHLRAUSCH, ZStW 44 (1924) p. 33, y más recientemente, JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., cit., p. 87.

⁶³ Vid. en este sentido, entre otros, FRISCH, ZStW 102 (1990), cit., pp. 389 y ss.

⁶⁴ Vid. en la doctrina alemana, entre otros, JESCHECK/WEIGEND, ob. ult. cit., 1996, pp. 87 y ss. Entre nosotros, vid. JORGE BARREIRO, AG., Las medidas de seguridad en el Derecho español, cit., 1976, pp. 189 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales, cit., 1997, pp. 33 y 34; y SANZ MORÁN, Las medidas de corrección y de seguridad, cit., 2003, pp. 45 y 218.

⁶⁵ Así, el art. 25.2º LPRS establecía que “si concurriere con las medidas de seguridad impuestas alguna pena total o parcialmente pendiente de ejecutar, y aquéllas y éstas no fueran susceptibles de cumplimiento simultáneo, se ejecutará preferentemente la pena”. Vid., críticamente, JORGE BARREIRO, AG., Las medidas de seguridad en el derecho español, 1976, pp. 168 y ss.

⁶⁶ Vid. JORGE BARREIRO, AG., Crisis actual del dualismo, 2001, pp. 172 y ss. Este dualismo tendencialmente monista se caracteriza por encaminarse, sin abandonar el dualismo, a un modelo monista que trata de evitar la doble privación de libertad a un mismo sujeto y que postula la medida de la pena abstractamente aplicable al delito cometido como punto obligado de referencia para fijar el tiempo de duración de la medida de seguridad.

⁶⁷ Vid., entre otros, SILVA SÁNCHEZ, El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales, 1997, pp. 35 y ss.; y GONZÁLEZ RUS, ComCP, dir. Cobo del Rosal, I, Edersa, 1999, p. 213, quien se refiere a un sistema “cuasimonista”, en el que la medida de seguridad y la peligrosidad pasan a tener un papel secundario y casi residual.

caracteriza, sobre todo, por una lamentable asimilación y confusión de la pena con las medidas de seguridad, condicionando la aplicación de éstas más al delito cometido –y a la pena con que aparece amenazada la comisión del hecho delictivo- que al estado personal de peligrosidad criminal del autor⁶⁸.

En cuanto a la problemática cuestión de la **conurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad**, el CP de 1995 la circunscribe sólo a los supuestos de **semiimputabilidad** –nuestro CP vigente no contempla la posibilidad de aplicar medidas de seguridad a delincuentes imputables criminalmente peligrosos, como sí sucede en las legislaciones penales de nuestro entorno (Alemania, Suiza,...)-, es decir, para los casos en que se aprecie una **eximente incompleta** (art. 21.1 CP) relacionada con las situaciones de eximente plena previstas en los números **1, 2 y 3** del art. 20 CP (art. 104.1 CP), siempre y cuando: el sujeto haya realizado un hecho previsto en la ley como **delito**; se aprecie una **peligrosidad criminal**; resulte necesario la imposición de una medida de internamiento, de las previstas en los arts. 101 a 103 CP; y la **pena impuesta** por el delito cometido sea **privativa de libertad**, sin que la duración de la medida de seguridad pueda exceder de la de la pena prevista por el CP para el delito. Pues bien, en tales casos, para poder imponer –carácter facultativo- una medida privativa de libertad, además de la pena de la misma naturaleza, ha de observarse –según establece el art. 104.1 CP- lo dispuesto en el art. 99 CP, esto es, se pondrá en práctica el **sistema vicarial** o de sustitución de la pena por la medida de seguridad⁶⁹. Según el art. 99 CP “en el caso de **conurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad**, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la **medida**, que se **abonará** para el de la **pena**”. Una vez **alzada la medida de seguridad**, el juez o tribunal –según añade el citado art. 99- podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de la medida de seguridad, **suspender** el cumplimiento del **resto de la pena** por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las **medidas de seguridad no privativas de libertad** previstas en el art. 96.3 CP. De esta consagración del **sistema vicarial** en el vigente CP, que

⁶⁸ Vid., entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, ComCP, Civitas, 1997, p. 42; GRACIA MARTÍN, Prólogo al CP y Leyes penales especiales, edit. Egido, 1996, p. 26; y SANZ MORÁN, Las medidas de corrección y de seguridad, 2003, pp. 189 y 190.

⁶⁹ Sobre el sistema vicarial, vid. la monografía fundamental de MARQUARDT, Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Massregel, 1972. Entre nosotros, vid. JORGE BARREIRO, Las medidas de seguridad en el derecho español, 1976, pp. 183 y ss.; y SIERRA LÓPEZ, M.V., Las medidas de seguridad en el nuevo Código penal, 1997, pp. 120 y ss, 397 y ss.

tiene su antecedente en el art. 9.1 CP anterior⁷⁰, cabe destacar lo siguiente: 1º) Sólo es aplicable el sistema vicarial para los casos de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, y nada se dice acerca de los otros supuestos de concurrencia, como es el de las penas privativas de libertad con medidas no privativas de libertad⁷¹; 2º) No se establece la pauta a seguir para la fijación del abono de la medida a la pena⁷²; 3º) Es criticable el uso del término impreciso de “**alzada**” la medida⁷³; 4º) Se puede cuestionar la rigidez en la formulación del sistema vicarial (art. 99 CP), al establecer que “**siempre**” se cumplirá primero la medida de seguridad sin contemplar alguna excepción que permitiese el cumplimiento anticipado de la pena⁷⁴; 5º) No se determina expresamente si la alternativa de **suspensión del resto de la pena**, una vez alzada la medida privativa de libertad, queda o no sometida a alguna **condición**⁷⁵; 6º) Es totalmente perturbadora, ajena al sentido del sistema vicarial, la alternativa prevista en el **último inciso** del art. 99 CP, de optar por la aplicación de alguna de las **medidas**

⁷⁰ El art. 9.1 del CPA se refería a los supuestos de **eximente incompleta** en relación con los números 1 y 3 del art. 8, en los que “el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en dichos números. No obstante la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta fuere privativa de libertad y su duración no podrá exceder de esta última. En tales casos, la **medida** se cumplirá siempre **antes** que la **pena** y el período de internamiento se computará como tiempo de cumplimiento de la misma, sin perjuicio de que el Tribunal puede dar por **extinguida** la condena o **reducir** su duración en atención al buen resultado del tratamiento”. Este precepto fue incorporado al CPA por la **LO DE 25.6.1983**, de Reforma parcial y urgente del CP, y la mayor crítica que había recibido esa consagración del sistema vicarial fue por haber dejado al arbitrio judicial la posibilidad de dar por extinguida la condena o reducir su duración en atención al buen resultado del tratamiento, lo que venía a suponer el reconocimiento de una especie de “**perdón judicial**”, y el olvido de la existencia de un injusto parcialmente imputable al sujeto, así como desatender las exigencias de prevención general relacionadas con el resto de la pena que quedaba por cumplir. Vid., en este sentido crítico, SILVA SÁNCHEZ, El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales, 1997, p. 42.

⁷¹ En los casos en que las **medidas** impuestas sean **no privativas de libertad**, no parece existir inconveniente en aceptar su **acumulación** con la pena impuesta (vid. GARCÍA ARÁN, Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995, edit. Aranzadi, 1997, p. 147; y GRACIA MARTÍN, Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, 2006, p. 489. Cfr. los matices formulados por GARCÍA ALBERO, ComCP, I, 5ª ed., 2008, p. 723, en atención a la naturaleza terapéutica o asegurativa de la medida de seguridad no privativa de libertad).

⁷² Vid., críticamente, SANZ MORÁN, ob. ult. cit., p. 263.

⁷³ Vid., por todos, SIERRA LÓPEZ, Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal, 1997, p. 403, al criticar la indeterminación de la fórmula de “una vez alzada la medida” y suscitando una serie de interrogantes acerca de qué debe entenderse por “alzarse”. (insuficiente el cumplimiento de la medida, que ha de comprender tanto la **finalización** de la **ejecución** de la medida, al agotarse el límite temporal máximo de la misma, como su **cese** o **suspensión** (vid. SANZ MORÁN, ob. cit., 2003, pp. 264 y 265).

⁷⁴ Vid. SIERRA LÓPEZ, M.V., ob. cit., 1997, p. 411 y 412, citando como excepciones los casos de negativa del sujeto al tratamiento o de penas excesivamente largas que impiden la suspensión de la pena en casos de éxito terapéutico demasiado prematuro para cumplir los requisitos de suspensión o libertad condicional.

⁷⁵ La doctrina dominante considera, en todo caso, que ha de estimarse que está implícita una remisión a las reglas sobre **suspensión condicional de la pena** –arts. 80 y ss. CP- (vid. en este sentido, entre otros, SÁNCHEZ YLLERA, ComCP, I, Tirant lo Blanch, 1996, p. 561; y GARCÍA ALBERO, ComCP, I, 5ª ed., 2008, p. 725, aludiendo este autor de una **remisión parcial** –no en bloque- a las mencionadas reglas de los arts. 80 y ss. del CP).

de seguridad no privativas de libertad, previstas en el art. 96.3 CP, como sustitución del resto de la pena⁷⁶; y, 7º) Se le otorga al juez penal un **desmesurado arbitrio** que sólo podrá neutralizarse a través de la debida motivación de su resolución y de la estricta sujeción al **principio de contradicción**, dando audiencia e intervención de las partes, a los efectos de someter al **principio de legalidad** tan amplio abanico de opciones que se le ofrecen al órgano jurisdiccional competente⁷⁷.

2.5. La ejecución de las medidas de seguridad.

2.5.1 La legitimidad, el auténtico sentido y el valor político-criminal del sistema de medidas de seguridad se condicionan, de forma decisiva, a la idoneidad del régimen de ejecución de estos recursos penales preventivos del delito que se fundamentan en la peligrosidad criminal del delincuente⁷⁸.

El CP de 1995 nos muestra su preocupación por esta materia en cuanto a la proclamación de principios y de garantías, aunque resulta decepcionante y frustrante la falta de precisión en la insuficiente cobertura normativa que nos ofrece el Derecho de medidas español, así como la ausencia de un compromiso serio del legislador español sobre las bases – de carácter material y personal- que hagan posible una adecuada ejecución de las medidas de seguridad.

En cuanto a la cuestión de **principios** informadores acerca de la **ejecución** de las medidas de seguridad, conviene tener presente el art. 3.1 CP (“No podrá ejecutarse medida de seguridad sino en virtud de **sentencia firme** dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”) que contiene la **garantía “jurisdiccional”**, es decir, la exigencia de “res iudicata”, de sentencia firme del órgano jurisdiccional competente conforme a la legislación procesal, lo que ha de relacionarse con los derechos fundamentales al Juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías –art. 24.2 CE-⁷⁹. El **inciso 1º** del art. 3.2 CP recoge la **garantía de “ejecución”** en las medidas de seguridad, al

⁷⁶ Vid. JORGE BARREIRO, AG., Crisis actual del dualismo, 2001, pp. 179 y 180; GARCÍA ALBERO, ob. ult. 2008, pp. 725 y 726, SANZ MORÁN, Las medidas de corrección y de seguridad, 2003, pp. 266 y 267.

⁷⁷ Vid., entre otros, SÁNCHEZ YLLERA, ob. ult. cit., 1996, p. 562.

⁷⁸ Vid., entre otros, EXNER, Die Theorie der Sicherungsmittel, 1914, pp. 153 y 154.

⁷⁹ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, ComCP, 1997, edit. Civitas, 1997, p. 33. Cabe destacar que el art. 97.1º CP requiere un **procedimiento “contradictorio”** para adoptar por el órgano jurisdiccional competente las distintas decisiones acerca de la ejecución de la sentencia dictada con relación a las medidas de seguridad impuestas.

proclamar que éstas no podrán ejecutarse en otra forma que “la prevista por la Ley y reglamento que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”. Aquí, ha de entenderse que este precepto del CP nos está remitiendo a la **LOGP 1/1979**, de 26 de septiembre y **RP (RD 190/1996)**, de 9 de febrero), así como al **RD 515/2005**, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de **determinadas medidas de seguridad** (Capítulo V: arts. 21-25). Por último, el **inciso 2º** del art. 3.2 CP proclama el **control judicial**, por parte de los “jueces” y tribunales competentes”, **de la ejecución** de las medidas de seguridad, debiendo comprenderse dentro de aquéllos no sólo al **juez o tribunal sentenciador** sino también al **Juez de Vigilancia Penitenciaria** (cfr. arts. 97 y 98 CP).

Una vez esbozado el panorama que nos ofrece el CP de 1995 respecto de los **principios** que deben informar la **ejecución** del nuevo **Derecho de medidas** español, cabe destacar una serie de deficiencias graves en su ulterior desarrollo normativo: 1ª) la **pobreza** de la cobertura normativa en cuanto a la **ejecución** de las medidas de seguridad “**privativas de libertad**”⁸⁰, resultando **paupérrima** respecto de la ejecución de las medidas de seguridad “**no privativas de libertad**”⁸¹. Se echa en falta en nuestro Derecho de medidas la existencia de una **ley de**

⁸⁰ Por un lado, cabe señalar que las **medidas** de seguridad **privativas de libertad** previstas en el **CP** (internamiento en “centro psiquiátrico”, en “centro de deshabitación” y en “centro educativo espacial”: arts. 96.2 y 101-104 CP) no se corresponden con las clases de **establecimientos** especiales previstos en el art. 11 LOGP para la **ejecución** de “**medidas penales**” (centros “hospitalarios”, centros “psiquiátricos” y centros de “rehabilitación social”). Por otra parte, podemos advertir que mientras el cumplimiento de las medidas de internamiento en **centro “psiquiátrico”** ha de llevarse a cabo, en principio, en un establecimiento “**penitenciario**” (arts. 183 y 184.b del RP. Sobre su régimen de cumplimiento, vid. arts. 185 y ss. RP), las otras medidas privativas de libertad (internamiento en centro de “deshabitación” y en centro “educativo especial”) podrán ser ejecutadas en centros **extrapenitenciarios**, incluso privados (vid. arts. 101.2 CP y 182.3 RP). La falta de concreción del régimen de cumplimiento de estas medidas privativas de libertad en el RP, con la salvedad de la del internamiento en establecimiento psiquiátrico, no se subsana con la normativa prevista en el **RD 515/2005**, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de determinadas medidas y donde se establece la obligación por parte de los **servicios sociales penitenciarios** de elaborar un **plan individual** de “intervención y seguimiento”, al ser dicha normativa demasiado **genérica** –aplicable a toda clase de medidas de seguridad privativas y no privativas de libertad- e **indeterminada** en su contenido, como se constata en el art. 21.1 del citado RD 515/2005, al declarar que “recibido el testimonio de la resolución judicial que acuerde las medidas de seguridad, así como los particulares necesarios, los servicios sociales penitenciarios del lugar donde el penado tenga fijada su residencia, en el ámbito de sus competencias, realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo su cumplimiento”. De otra opinión, más optimista sobre el alcance y la importancia del mencionado RD 515/2005, vid. URRUELA MORA, Las medidas de seguridad y reinserción social, 2009, pp. 165 y 205.

⁸¹ En cuanto a la ejecución de las medidas de seguridad “**no privativas de libertad**”, sólo existen algunas referencias puntuales en el CP, como la prevista en el art. 96.3.6ª CP (la “custodia familiar”), así como las imprecisas indicaciones que se contemplan en los **dos últimos párrafos** del art. 105 CP (obligación del juez o tribunal sentenciador de valorar los informes de los peritos encargados de asistir al sometido a las medidas previstas en el art. 105, y el deber del juez de vigilancia penitenciaria o de los servicios de la Administración correspondiente de informar al juez o tribunal sentenciador) y en el art. 106 CP, en el que se alude a los servicios de asistencia social “competentes” que ayuden al sometido a medidas de seguridad no privativas de libertad, los cuales estarán a disposición del juez o tribunal

aplicación de las medidas de seguridad⁸²; 2ª) la discutible y problemática viabilidad práctica de la opción asumida por el legislador español de 1995, al mantener –en el control judicial de la ejecución de las medidas de seguridad- la **doble intervención** del “juez o tribunal sentenciador” y del “juez de vigilancia penitenciaria”⁸³, desaprovechando la oportunidad de configurar a este último como un **auténtico juez de ejecución** de penas y medidas de seguridad⁸⁴; 3ª) la escasa referencia a los **aspectos procedimentales** sobre la obligatoria revisión periódica judicial de la ejecución de las medidas de seguridad, al remitirse sólo a la exigencia de “un **procedimiento contradictorio**” y a la previa propuesta del juez de vigilancia penitenciaria (art. **97.1º** CP)⁸⁵. Por

sentenciador. La pobreza de la cobertura normativa sobre la ejecución de medidas o privativas de libertad subsiste a pesar de observarse una ligera mejoría que ha supuesto el **RD 515/2005**, de 6 de mayo (Capít. V: arts. **21-25**), en cuanto clarifica el **cometido** de los **servicios sociales penitenciarios** en la elaboración del **plan individual de intervención y seguimiento** (art. 22), que será elevado al juez de vigilancia penitenciaria para su aprobación, sin perjuicio de la competencia del órgano judicial competente (art. 22), así como las funciones de aquéllos de **remisión** del citado plan al **servicio o centro específico** para iniciar o continuar el tratamiento o programa (art. 23), de **control y seguimiento** tanto de la resolución judicial como del mencionado plan durante el cumplimiento de la medida (art. 24), y de **información** al juez de vigilancia penitenciaria sobre la observancia de la medida impuesta y acerca de las modificaciones que puedan producirse en la situación personal del sujeto sometido a las medidas de seguridad (art. 25). Sin embargo, aunque son encomiables los objetivos del citado RD de 2005, no supone esta normativa un avance importante en la concreción de cómo han de ejecutarse las numerosas y diversas medidas de seguridad no privativas de libertad previstas en el art. **96.3** CP, pues se limita –como reconoce el Preámbulo del RD 515/2005, de 6 de mayo- a “regular la asignación de funciones que corresponden a los servicios sociales penitenciarios en esta materia”. Sigue faltando el **desarrollo reglamentario de la ejecución** de las medidas de seguridad, tanto privativas como no privativas de libertad, y especialmente de estas últimas, así como la configuración clara de un auténtico **juez de ejecución** de (penas y) medidas de seguridad, que lamentablemente no parece asumir el legislador español. De otro parecer, URRUELA MORA, ob. ult. cit., 2009, pp. 164 y 165, al destacar que el mencionado Capít. V del RD 515/2005, de 6 de mayo, resulta especialmente importante para el cumplimiento, sobre todo, de las medidas no privativas de libertad, en cuanto “concreta la labor de los servicios sociales penitenciarios en el diseño, ejecución y control de esta clase de medidas...”.

⁸² Como reclamaba, de manera muy acertada y razonable, la **Disposición Final 2ª** de la **Propuesta de Anteproyecto de CP de 1983**, al establecer que “el Gobierno, en un plazo de seis meses, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de **Ley de aplicación de medidas de seguridad...**”.

⁸³ Vid. en este sentido, YLLERA SÁNCHEZ, ComCP, I, 1996, cit., p. 543.

⁸⁴ Vid. GARCÍA ALBERO, ComCP, I, 5ª, 2008, cit., p. 705.

⁸⁵ El art. **97.1º** CP se refiere a las distintas decisiones –de cese, sustitución, suspensión o mantenimiento de la medida- que puede adoptar el juez o tribunal sentenciador, durante la ejecución de la sentencia, mediante un **procedimiento contradictorio**, previa propuesta del juez de vigilancia penitenciaria. Acerca de ese incidente procesal ha de tenerse en cuenta las sugerencias formuladas por JIMÉNEZ VILLAREJO, en ComCP, I, 1997, p. 1328, en el sentido de que : la iniciativa de poner en marcha este procedimiento se limita expresamente al juez de vigilancia penitenciaria, aunque cabe entender que se podrá iniciar también el mismo a instancia del sometido a la medida y del MF; la contradicción del procedimiento tendrá como sujetos procesales al MF, al sometido a la medida y al acusador particular si hubiera existido en la causa en que se dictó la sentencia; y han de ser razonadas tanto la propuesta del juez de vigilancia penitenciaria como la resolución del juez o tribunal sentenciador, debiendo revestir ésta la forma de auto. En esta materia, sobre la revisión de las medidas de seguridad, será obligado integrar lo establecido en el art. **97** CP con la observancia de todas las garantías constitucionales del art. **24** CE (vid., en este sentido, YLLERA SÁNCHEZ, ComCP, I, 1996, pp. 546 y 547). En todo caso, como destaca el monografista SANTOS REQUENA, La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal, edit. Comares, 2001, p. 313 el mencionado procedimiento contradictorio se caracteriza por su indeterminación y por estar huérfano de cualquier regulación legal.

último, cabe señalar que el **control judicial** sobre la **ejecución** de las medidas de seguridad, consagrado en el **último inciso** del art. 3.2 CP y regulado en los arts. 97 y 98 CP, ha de operar de acuerdo no sólo con el principio de relativa indeterminación condicionado por el límite de lo necesario para “**prevenir la peligrosidad**” del autor –último inciso del art. 6.2 CP-⁸⁶, sino también con el **principio de proporcionalidad** que rige tanto a la hora de imponer una medida de seguridad como cuando se resuelva sobre la continuidad de la misma⁸⁷.

2.5.2. Las **diversas opciones** sobre la **revisión** de la medida de seguridad impuesta.

El art. 97.1º CP establece que “durante la **ejecución** de la sentencia, el **juez o tribunal** sentenciador adoptará, mediante un **procedimiento contradictorio**, previa **propuesta del juez de vigilancia penitenciaria**, alguna de las siguientes decisiones: “**mantenimiento** de la ejecución de la medida; b) el **cese** de la medida de seguridad; c) la **sustitución** de una medida de seguridad por otra más adecuada, y d) la **suspensión** de la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación. Nuestro CP considera, por lo tanto, obligatoria la **revisión periódica** judicial de la **ejecución** de toda medida de seguridad, privativa o no de libertad, y ello se deriva de la exigencia de **individualización** de las medidas de seguridad, de la necesaria **adecuación** de las mismas a su **fundamento** –la “peligrosidad criminal” del sujeto (arts. 6.1 y 95.1.2ª CP)- y del principio de que “no pueden exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor” –**inciso final** del art. 6.2 CP-⁸⁸.

⁸⁶ Vid., entre otros, JIMÉNEZ VILLAREJO, ComCP, I, 1997, p. 1326.

⁸⁷ Vid., en este sentido, entre nosotros, JORGE BARREIRO, AG., Crisis actual del dualismo, 2001, p. 160, y SANZ MORÁN, Las medidas de corrección y de seguridad, 2003, p. 129. En la doctrina alemana, HANACK, LK (11ª ed.), 1992, n. 6, al parágrafo 62, y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, pp. 804 y 805. En la doctrina italiana, FORNARI, Misura di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?, Riv. it. dir. proc. pen 1993, pp. 605 y 606. Por lo tanto, en materia de ejecución de las medidas de seguridad en nuestro CP, hay que tener presente no sólo la individualización y adecuación a la evolución del estado personal de peligrosidad criminal del sujeto, sino también la idea clave de nuestro Derecho de medidas, con una formulación muy discutible del principio de proporcionalidad en este ámbito (arts. 6.2, 95.2 y 101-104 CP), de que el **internamiento** (la imposición de medidas privativas de libertad) ha de ser el **último recurso** al que puede acudir para prevenir la peligrosidad criminal (vid. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho Penal, PG, 7ª ed., edit. Tirant lo Blanch, 2007, pp. 585 y 586).

⁸⁸ En este sentido, vid., entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, Las medidas de seguridad y corrección en el nuevo Código Penal, PJ nº 43-44, 1996, p. 107; SANZ MORÁN, Las medidas de corrección y de seguridad, 2003, p. 301; GRACIA MARTÍN, Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, 2006, p. 479, y GARCÍA ALBERO, ComCP, I, 5ª ed., 2008, pp. 704 y 705. Por su parte, YLLERA SÁNCHEZ, ComCP, I, 1996, cit., pp. 542 y 543, considera que el legislador español ha establecido estas incidencias o cauce, de revisión periódica de las medidas de seguridad por “las reservas ante la indefinición que un juicio de peligrosidad conlleva, y, sin duda, por la constatación de ciertas inercias judiciales a mantener indefinidamente los internamientos decretados a los autores de delitos graves”.

a) El **mantenimiento** de la ejecución de la medida de seguridad impuesta, cuando no se han producido modificaciones significativas en las circunstancias que motivaron la imposición de la medida –vid. arts. **6.1** y **95.1** CP⁸⁹.

b) El **cese** de la medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto, resultando tal decisión ineludible si tenemos en cuenta que la mencionada peligrosidad del sujeto es el fundamento y límite de aplicación de toda medida de seguridad⁹⁰.

c) La **sustitución** de una medida de seguridad por **otra** que estime más **adecuada**, entre las **previstas** para el **supuesto** de que se trate (**primer inciso** del art. **97.1º.c** CP). En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara **desfavorablemente**, se dejará **sin efecto** la **sustitución, volviéndose a aplicar la media sustituida (segundo inciso** del art. **97.1º.c** CP).

En primer lugar, cabe señalar que la sustitución presupone que **persiste** la “**peligrosidad criminal**” del sujeto, y tiene sentido la sustitución de la medida impuesta por otra más adecuada por razones de **adecuación** del tratamiento o por estimarse que el estado personal de peligrosidad no es tan elevado como al del inicio de la ejecución de la medida de seguridad⁹¹. En el caso de procederse a la sustitución de una medida por otra más adecuada, dentro de las previstas para el supuesto de que se trate, se cuestiona si ello es posible aún cuando la otra medida más adecuada resulte de mayor gravosidad –medida privativa de libertad, como la de internamiento en centro psiquiátrico (art. **96.2.1ª** CP)- que la sustituida – medida no privativa de libertad, como por ej. la de sumisión a tratamiento externo en centro médico (art. **96.3.11ª** CP)-. En principio, se puede afirmar que el tenor literal del primer inciso del art. **97.1º.c**. del CP no impide descartar tal posibilidad si la medida de internamiento se considera más adecuada y se encuentra dentro de las previstas para el supuesto de que se trate⁹², aunque el espíritu del precepto, según cierto sector doctrinal⁹³, parece pensar en la sustitución por medidas más benignas, es decir, como un mecanismo tendente a suavizar la

⁸⁹ Vid., GARCÍA ALBERO, ob. ult. cit., 2008, p. 709.

⁹⁰ Vid., entre otros, SANZ MORÁN, ob. ult. cit., 2003, p. 304, y GRACIA MARTÍN, ob. ult. cit., 2006, p. 481.

⁹¹ Vid. GARCÍA ALBERO, ComCP, I, 5ª ed., 2008, p. 708.

⁹² Vid., entre otros, JORGE BARREIRO, AG., ComCP, IV, dir. Cobo del Rosal, Edersa, 2000, p. 109; GRACIA MARTÍN, Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, 2006, p. 482.

⁹³ Vid., entre otros, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 7ª ed., 2007, p. 586 y GARCÍA ALBERO, ob. ult. cit., 2008, p. 709.

gravosidad de la medida impuesta. Sin embargo, sobre esta cuestión se puede afirmar que sí será posible sustituir una medida por otra más severa, siempre que ésta sea más adecuada y se encuentre dentro de las previstas para el caso de que se trate, y ello es así por dos razones: lo permite la letra de la ley, y lo autoriza el sentido del precepto comentado, que habilita la sustitución si se cumple los dos requisitos apuntados (adecuación y legalidad), y se orienta a neutralizar, de la mejor forma posible, el estado personal de peligrosidad criminal del sujeto, es decir, lo que opera como determinante será la idea de **adecuación** de la medida sustitutoria a la peligrosidad criminal del sujeto y no la mayor o menor **onerosidad** de aquélla.

En segundo lugar, el último inciso del art. **97.1º.c** del CP establece que “en el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara **desfavorablemente**, se dejará sin efecto la sustitución”, añadiéndose tras la Reforma por **LO 15/2003**, de 23 de noviembre, “volviéndose a aplicar la medida sustituida”. Esta solución, apuntada en su día por un sector doctrinal⁹⁴, es poco razonable ya que precisamente la falta de adecuación de la medida inicial sustituida fue la que motivó su sustitución⁹⁵.

d) La **suspensión de la ejecución** “en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso” (primer inciso del art. **97.1.d** del CP). La suspensión, añade el segundo inciso de ese precepto, “quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el art. **95** de este Código”. Aquí, en la incidencia de la posible suspensión de la ejecución de la medida de seguridad, cabe destacar lo siguiente: por un lado, que será procedente tal suspensión si con la aplicación de la medida ya se hubiera logrado éxito respecto del tratamiento del delincuente peligroso, aunque puedan persistir dudas acerca de

⁹⁴ La redacción anterior de este precepto se limitaba a establecer que “en el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionará desfavorablemente, se dejará tal medida sin efecto”, sin haber especificado lo que debería hacer el órgano judicial sentenciador después de dejar sin efecto la sustitución. Ante este silencio del CP, SIERRA LÓPEZ, Las consecuencias jurídico-penales en materia de drogodependencia, VVAA “Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente (dir. Martos Nuñez), Sevilla 1997, p. 147, consideró que la solución apropiada sería la de que el sujeto ha de tener que volver a cumplir la medida inicialmente impuesta, al no cumplirse las previsiones que motivaron su sustitución. Tal solución había sido calificada, con razón, por SANZ MORÁN, Las medidas de corrección y de seguridad, 2003, p. 305, como poco razonable pues sería volver a una medida cuya falta de adecuación motivó precisamente la necesidad de su sustitución.

⁹⁵ Vid. GRACIA MARTÍN, Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, 2006, pp. 482 y 483, quien critica esa solución taxativa nada razonable de retorno a la medida sustituida, y considera que sería más apropiada la opción de que en esos casos se pudiera imponer otra medida sustitutiva distinta a la fracasada, lo cual ahora está vedado.

la desaparición de su peligrosidad criminal⁹⁶, que en caso de darse conduciría al cese de la medida; y, por otra parte, que la suspensión estará **condicionada** a que el sujeto **no delinca** durante el plazo fijado en la sentencia como máximo de cumplimiento para la duración de la medida de seguridad impuesta⁹⁷, y podrá ser **revocada** cuando durante ese plazo –además de delinquir de nuevo- se aprecie un retroceso en la evolución del sujeto que permita acreditar nuevamente la probabilidad de comisión de nuevos delitos por parte del mismo⁹⁸.

En cuanto a la intervención del **juez de “vigilancia penitenciaria”** en la revisión periódica de la ejecución de las medidas de seguridad, es preciso tener presente su **obligación** de elevar al juez o tribunal sentenciador, que serán quienes tengan la última palabra⁹⁹, una **“propuesta”** de “mantenimiento, cese, sustitución o suspensión” de la medida de seguridad privativa de libertad, lo que ha de suceder, como mínimo, **una vez al año** –art. **97.2º**¹⁰⁰, y debe ser elaborada en atención a los **informes** emitidos por los facultativos y profesionales – especialmente por los **“servicios sociales penitenciarios”**¹⁰¹- que asistan al sometido a medida

⁹⁶ Vid., entre otros, GRACIA MARTÍN, ob. ult. cit., 2006, p. 483; GARCÍA ALBERO, ComCP, I, 5ª ed., 2008, p. 707.

⁹⁷ Vid. GRACIA MARTÍN, ob. lug. ult. cit.

⁹⁸ Vid. SANZ MORÁN, Las medidas de corrección y de seguridad, 2003, p. 306.

⁹⁹ Así lo establecen el art. **97.1º**, el **apartado 2** de los arts. **101-103** (medidas privativas de libertad) y el art. **105** CP (medidas no privativas de libertad).

¹⁰⁰ Se trata de un plazo de mínimos, a los efectos de que el JVP cumpla con la obligación de elevar su propuesta al órgano jurisdiccional sentenciador, lo cual quiere decir que no se excluye la posibilidad de formular propuestas en plazos más breves de tiempo. Hubiera sido más adecuado el haber establecido un plazo más breve –semestral- de una periodicidad obligatoria de elevar por parte del JVP la oportuna propuesta, pues –entre otras razones- tales medidas privativas de libertad puede tener una corta duración derivada de los límites legales fijados para las mismas por el art. **6.2** y el apartado 1 de los arts. **101-104** CP (en este sentido, GARCÍA ALBERO, ob. ult. cit., 2008, p. 706. Ese límite semestral ha sido asumido por el art. **187.1** RP, al establecer que “la peculiaridad del **internamiento** de los **enajenados** reclama una información periódica para el debido control judicial, a cuyo efecto la situación personal del paciente será revisada, al menos, cada **seis meses** por el Equipo multidisciplinar, emitiendo un informe sobre su estudio y evolución”. El art. **103.3** CP establece que en el supuesto relacionado con la situación de inimputabilidad prevista en la **eximente 3ª** del art. **20** CP, la **propuesta** a la que se refiere el art. **97** CP “deberá hacerse al terminar **cada curso o grado de enseñanza**.”

¹⁰¹ El RD **515/2005, de 6 de mayo**, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de determinadas medidas de seguridad, establece la **obligación** por parte de los **“servicios sociales penitenciarios”**, además de la de elaborar el “plan individual de intervención y seguimiento” de las medidas de seguridad y de su elevación al JVP (art. **22**), de **informar** al JVP “sobre la observancia de las medidas de seguridad impuestas, cuando así lo solicite o con la frecuencia que éste determine, y, en todo caso, conforme al Código Penal, anualmente. En todo caso, informarán cuando las circunstancias personales del penado se modifiquen cuando la evolución del tratamiento lo aconseje, cuando se produzca cualquier incumplimiento de la medida de seguridad impuesta y cuando finalice su plazo de ejecución” (art. **25**). Cabe destacar que este RD **515/2005** es aplicable a las medidas privativas y no privativas de libertad, sin llegar a subsanar las relevantes deficiencias que sobre la ejecución de las medidas de seguridad nos ofrece el CP, especialmente respecto de las medidas no privativas de libertad (cfr. arts. **98, 105**, último párrafo y **106**).

de seguridad¹⁰². No menos relevante es el cometido asignado expresamente por el CP (art. 97.1º) al “juez de vigilancia penitenciaria” de **promover el procedimiento contradictorio** para que el órgano jurisdiccional sentenciador adopte la decisión de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida de seguridad, con la salvedad de que tal iniciativa podrá ser promovida tanto por el propio sujeto sometido a la medida de seguridad, como por parte del MF¹⁰³, cuando se tenga conocimiento de la adecuación o no de la medida a la peligrosidad criminal del sujeto. El procedimiento contradictorio ha de contar con la audiencia del interesado, con la asistencia técnica de letrado, y del MF, así como con la posibilidad de aportar los elementos probatorios relacionados con la evolución de la situación personal de peligrosidad criminal¹⁰⁴.

Por último, es preciso aludir a una institución, como es la del “**quebrantamiento de la medida**”, que se encuentra estrechamente vinculada a la problemática de su ejecución y está regulada en el art. 100 CP. El nuevo art. 100 CP, tras la importante reforma por LO 15/2003, de 23 de septiembre, se caracteriza sobre todo, por haber ampliado la posible **responsabilidad** por el delito de quebrantamiento de condena (art. 468CP) tanto a las medidas “**privativas o no**” de **libertad** –antes de 2003 se circunscribía a las medidas no privativas de libertad- como a los supuestos de quebrantamiento de medida por **inimputables** (arts. 101-103 CP) –si en el momento de la comisión del quebrantamiento de la medida el sometido a la misma estuviera en situación de plena imputabilidad- o **semiimputables** (art. 104 CP), mientras que con anterioridad a la mencionada reforma de 2003 la exigencia de deducir testimonio a los efectos de la posible aplicación del art. 468 CP se limitaba a los casos en que el sujeto que quebrantaba la medida era semiimputable¹⁰⁵.

Las consecuencias del quebrantamiento de las medidas de seguridad, a partir de la reforma de 2003, están en función de la **clase de la medida de seguridad**: 1.- En el caso de

¹⁰² El art. 98 CP establece que para formular la propuesta del JVP sobre la revisión periódica de la ejecución de las **medidas de seguridad “privativas de libertad”**, éste debe “valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad, y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene”. En el mismo sentido, respecto de la revisión periódica obligatoria de la ejecución de las **medidas de seguridad no privativas de libertad**, vid., **último párrafo**, del art. 105 CP.

¹⁰³ Vid., entre otros, JIMÉNEZ VILLAREJO, ComCP, I, 1997, cit., p. 1328; CHOCLÁN MONTALVO, PJ nº 43-44 (1996), p. 109.

¹⁰⁴ Vid., entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, ob. lug. ult. cit., 1996; GARCÍA ALBERO, ComCP, I, 5ª ed., 2008, p. 709.

¹⁰⁵ Vid., GARCÍA ALBERO, ob. ult. cit., 2008, pp. 710 y ss.

quebrantamiento de una medida **privativa de libertad** (“internamiento”), se ordenará por el juez o tribunal sentenciador el **reingreso** del sujeto en el mismo centro del que se hubiera evadido o en otro que corresponda a su estado (art. **100.1** CP), con deducción de testimonio por el quebrantamiento (art. **100.3** CP); 2.- Si se trata de medida “**no privativas de libertad**”, el juez o tribunal sentenciador, según el art. **100.2** CP, podrá acordar la **sustitución** de la quebrantada por la de **internamiento** si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate –principio de “**legalidad**”–: si la medida quebrantada se hubiera impuesto por la peligrosidad criminal exteriorizada en la comisión de un hecho delictivo conminado con un pena privativa de libertad (art. **95.2** CP)-, y si el quebrantamiento demostrase la **necesidad** del internamiento –principio de **intervención mínima**¹⁰⁶, la cual ha de valorarse teniendo en cuenta la particular cualificación o incremento del grado de peligrosidad criminal en el sujeto o en atención a las necesidades de asegurar el tratamiento en condiciones de mayor restricción de libertad¹⁰⁷. Aunque no se reconozca expresamente en el art. **100.2** CP, cabe sostener que la medida no privativa de libertad podrá ser sustituida por cualquier otra de la misma naturaleza que se considere más adecuada¹⁰⁸. En los casos de quebrantamiento de medida no privativa de libertad, al igual que se sucedía con los relacionados con las medidas privativas de libertad, el juez o tribunal sentenciador estará obligado a deducir testimonio por quebrantamiento (art. **100.3** CP), a los efectos de un posible procesamiento o, en su caso, condena por el delito de quebrantamiento de condena (art. **468** CP).

2.6. La extinción de las medidas de seguridad.

2.6.1. La doctrina ha suscitado la cuestión de si es posible aplicar al ámbito de las medidas de seguridad las **causas de extinción de la responsabilidad penal** reguladas en el art. **130** CP¹⁰⁹. No plantea dudas el admitir como causas de extinción de las medidas de seguridad

¹⁰⁶ Vid., entre otros, JORGE BARREIRO, AG., ComCP, edit. Civitas, 1997, p. 314; SANZ MORÁN, Las medidas de corrección y de seguridad, 2003, p. 309.

¹⁰⁷ Vid. GARCÍA ALBERO, ob. cit., 2008, pp. 712 y 713.

¹⁰⁸ Vid. en este sentido, entre otros, JORGE BARREIRO, AG., ComCP, IV, edit. Edersa, 2000, p. 123; SANZ MORÁN, ob. ult. cit., 2003, p. 310; GRACIA MARTÍN, Tratado de las consecuencias, 2006, p. 484.

¹⁰⁹ Vid., entre otros, SANZ MORÁN, ob. cit., 2003, pp. 312 y ss. El art. **130** CP establece como causas de extinción de la responsabilidad las siguientes: la muerte del reo, el cumplimiento de la condena, la remisión definitiva de la pena conforme a lo dispuesto por el art. 85.2 CP, el indulto, el perdón del ofendido y la prescripción del delito, de la pena y de la medida de seguridad. No deja de sorprender que el **LO 15/2003, de 23 de noviembre** haya añadido, dentro de las causas de extinción de la **responsabilidad criminal**, la **prescripción de la medida de seguridad**, lo que supone un evidente despropósito del legislador que parece ignorar algo tan elemental, desde una perspectiva conceptual básica, como es que la responsabilidad criminal poco tiene que ver con el fundamento (peligrosidad criminal del sujeto) de las medidas de seguridad, y por ello es difícilmente sostenible que la prescripción de éstas pueda ser causa de

la **muerte** del sometido a las mismas, el **cumplimiento** de la **condena** (por alcanzar el límite máximo temporal de la medida fijado en la sentencia o por la desaparición de la peligrosidad criminal, que obliga al cese de la medida de seguridad), la **desincriminación** del **delito** en cuya comisión se exteriorizó la peligrosidad criminal del sujeto y la **supresión** legislativa de la medida impuesta¹¹⁰. Resulta, en cambio, problemática la aplicación del **indulto** como causa de extinción de las medidas de seguridad, teniendo en cuenta el distinto fundamento y la diferente finalidad de la medida de seguridad¹¹¹.

2.6.2. Aunque se discute doctrinalmente la oportunidad de aplicar la **prescripción** a las medidas de seguridad¹¹², el art. **135** CP regula la prescripción para este ámbito del sistema de sanciones criminales. El art. **135.1** CP establece los **plazos** de prescripción en esta materia: de **10 años** si las medidas fueran **privativas de libertad** superiores a 3 años, y de **5 años** si fueran privativas de libertad iguales o inferiores a 3 años o tuvieran otro contenido, incrementándose en el CP de 1995 el plazo mínimo residual –de 5 años- respecto del establecido por la LPRS de 1970 –de 3 años-¹¹³. El **cómputo** del tiempo de la prescripción ha de realizarse, según el art. **135.2** CP, desde el día en que haya quedado **firmes** la **resolución** en la que se impuso o, en caso de **cumplimiento sucesivo** de varias medidas de seguridad¹¹⁴, desde que debió a empezar a

extinción de la responsabilidad penal. Vid., en este sentido crítico, con razón, GRACIA MARTÍN, Tratado de las consecuencias..., 2006, p. 487.

¹¹⁰ Vid. SANZ MORÁN, Las medidas de corrección y de seguridad..., 2003, pp. 312 y 315.

¹¹¹ Mientras la doctrina dominante considera que el indulto no es aplicable a las medidas de seguridad, al no contemplarse expresamente tal posibilidad y en atención al distinto fundamento y diferente finalidad de las medidas de seguridad (vid., entre otros, JORGE BARREIRO, AG., Las medidas de seguridad..., 1976, p. 305; SANTOS REQUENA, La imposición de medidas en el proceso penal, 2001, p. 327; GRACIA MARTÍN, Tratado de las consecuencias..., 2006, pp. 485 y 486), otro sector doctrinal considera que, teniendo en cuenta que sólo la previa comisión de un hecho previsto en la ley como delito posibilita la imposición de una medida y la idea rectora de la regulación de las medidas en el CP de que el sometido a la medida no resulte de peor condición que si hubiera sido declarado plenamente responsable, no existe razón para rechazar la aplicación del indulto al ámbito de las medidas de seguridad (vid. SANZ MORÁN, ob. ult. cit., 2003, pp. 312 y 313).

¹¹² Se considera que es difícil justificar la institución de la prescripción en las medidas de seguridad, ya que su fundamento radica en un estado personal de peligrosidad criminal que podrá examinarse en cualquier momento por el juicio de revisión (vid. entre otros, ANTÓN ONECA, PG, 1949, p. 596). De otra opinión, favorable al reconocimiento de la prescripción en las medidas de seguridad, SANTOS REQUENA, ob. ult. cit., 2001, p. 325 (razones de seguridad jurídica) y SANZ MORÁN, Las medidas de corrección y de seguridad, cit., 2003, pp. 313 y 314 (la prescripción de cualquier consecuencia jurídica que se puede derivar del hecho delictivo, y la estrecha relación entre la pena y la medida de seguridad en el modelo seguido por el CP de 1995).

¹¹³ Cfr. art. **35.c)** de la LPRS

¹¹⁴ Ha de entenderse que este precepto se refiere, por exclusión del art. **135.3** CP, al cumplimiento sucesivo de medidas de seguridad y no de penas y medidas. Vid. GARCÍA ALBERO, ComCP, I, 5ª ed., 2008, cit., p. 903.

cumplirse una vez extinguida oalzada la precedente¹¹⁵. Por último, el art. **135.3** CP incorpora un precepto confuso y de difícil puesta en práctica, al establecer que si el cumplimiento de una **medida** de seguridad fuera **posterior** al de una **pena** –lo que no podrá darse entre medidas y penas privativas de libertad (art. **99** CP)- “el plazo se computará desde la extinción de ésta”¹¹⁶.

2.6.3. Por último, en cuanto a la **cancelación** de las **anotaciones registrales** de las medidas de seguridad impuestas, según lo establecido por el art. **137** CP, ha de realizarse una vez **cumplida** o **prescrita** la respectiva medida, y mientras tanto esas anotaciones sólo figurarán en las certificaciones que el Registro expida con destino a jueces o tribunales o autoridades administrativas, en los casos establecidos por la ley.

3. La crisis actual y el futuro del Derecho de medidas de seguridad.

3.1. No cabe la menor duda de que hoy más que nunca, el abordar el futuro del Derecho de medidas significa enfrentarse con la realidad de una crisis de gran alcance¹¹⁷. No se trata sólo de una **crisis** del **dualismo** o de la doble vía –pena y medida de seguridad-¹¹⁸, sino también de la **crisis** del **Derecho de medidas de seguridad**¹¹⁹, que estará condicionado, sobre todo, por el cambio fundamental del **modelo penal “garantista”** al nuevo **modelo penal de la “seguridad”** (ciudadana).

En la actualidad será preciso tener en cuenta una serie de aspectos fundamentales del Derecho de medidas de seguridad que resultan muy discutibles, tanto desde una perspectiva teórica como práctica¹²⁰: la evidente y creciente **aproximación** –en su contenido y fines- entre la **pena** y **medidas de seguridad**, sobre todo las privativas de libertad; la inevitable tensión, en el marco del Estado de Derecho, entre los **derechos fundamentales** del delincuente peligroso y

¹¹⁵ Vid. SANZ MORÁN, ob.ult.cit., 2003, p. 315.

¹¹⁶ Vid. críticamente, con razón, entre otros, SANZ MORÁN, ob. lug. ult. cit., 2003; MANZANARES SAMANIEGO, ComCP, I, edit. Trivium, 1997, p. 1650; GARCÍA ALBERO, ob. lug. ult. cit., 2008.

¹¹⁷ Vid. JORGE BARREIRO, AG., Crisis actual del dualismo, 2001, pp. 143 y ss.

¹¹⁸ Vid. FORNARI, Misore di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?, RiDPP 2 (1993), p. 570.

¹¹⁹ Vid. BÖLLINGER, NK, 1995, par. 61 StGB, nº marg. 19.

¹²⁰ Vid., entre otros, en la doctrina alemana, FRISCH, ZStW 102 (1990), pp. 343 y ss.; KAISER, Befinden sich die kriminalrechtlichen Massregeln in der Krise?, 1990; en la doctrina española, SANZ MORÁN, Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal, 2003, espec. pp. 31 y ss., 87 y ss., y 109 y ss.; en la doctrina italiana, FORNARI, RiDPP 2 (1993), pp. 570 y ss.; y en la doctrina portuguesa, FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal português, PG, II. As consequências jurídicas do crime, Aequitas y edit. Notícias, Lisboa, 1993, pp. 413 y ss., y en la doctrina suiza, STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, AT II, edit. Stämpfli AG, Berna 1989, pp. 44 y ss.; y 292 y ss.

la progresiva severidad del Derecho de medidas de seguridad; la **crisis** de la **prevención especial**, del “modelo resocializador” y de la ideología del tratamiento; lo problemático que resulta la comprobación de los **presupuestos** –la “peligrosidad criminal”, con la incertidumbre inherente a todo juicio de pronóstico y las dificultades de su concreción, y la “idoneidad” de la medida de seguridad para prevenir o neutralizar dicha peligrosidad –de aplicación de las medidas de seguridad; la exigencia de satisfacer las necesidades de un **proceso** garantizador de los derechos del sujeto criminalmente peligroso destinatario de las medidas de seguridad, así como de una **ejecución** –bajo el control jurisdiccional- adecuada de las mismas, que ha de contar con las infraestructuras –de carácter material (centros) y personal (funcionarios especializados) –apropiadas para su idóneo cumplimiento.

3.2. Un aspecto básico de la crisis actual del Derecho de medidas de seguridad es el **cambio de modelo penal** en la política criminal contemporánea: de un Derecho Penal **garantista** a un **nuevo modelo penal** de “**la seguridad**” –ciudadana-¹²¹, o, con otras palabras, se trata del tránsito del “**Estado liberal de Derecho**” y del **Derecho Penal de la culpabilidad** al “**Estado de la seguridad**” y al correspondiente **Derecho Penal** de orientación **preventiva y policial**¹²². El cambio de paradigma en la prevención de la delincuencia se inicia en la década de los **años 90** del siglo XX, propiciado especialmente en los **países angloamericanos** –EEUU y Reino Unido- en cuanto auspician un retorno al predominio de la **idea de seguridad** a través de mecanismos de **inocuidación** de los delincuentes peligrosos de criminalidad grave –especialmente, los “**delitos violentos**” y “**contra la libertad sexual**”- con la finalidad de proteger a la sociedad¹²³. Esta tendencia político-criminal se proyecta también en las legislaciones penales de la **Europa continental**, y se manifiesta, en particular, con el reforzamiento y extensión –como veremos más adelante- del internamiento en **custodia de seguridad** (“*Sicherungsverwahrung*”) en los códigos penales de **Alemania** y **Suiza**. Tampoco es ajena a este nuevo contexto político-criminal la reciente **legislación penal española**, al incrementar desmesuradamente el rigor punitivo en el sistema de sanciones del CP de 1995 a

¹²¹ Vid., entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana, RECPC 06-03 (2004), y el mismo, De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado, RECPC 07-01 (2005).

¹²² Vid. HAFKE, Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?, Kritische Justiz 1 (2005), p. 20.

¹²³ Vid., entre otros, ROBLES PLANAS, “Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad, InDret 4/2007, p. 5, con referencias a las legislaciones penales recientes en los EEUU e Inglaterra sobre el tratamiento punitivo de los delincuentes por tendencia, imputables y peligrosos, con especial referencia a la delincuencia sexual (ob. cit. pp. 7 y 8). Cfr. VVAA, El populismo punitivo. Análisis de las reformas y contrarreformas del Sistema penal en España (1995-2005), coord. Rivera Beiras, edit. Ajuntament de Barcelona, 2005, pp. 17 y ss y 147 y ss., donde se abordan las líneas político-criminales del populismo punitivo en EEUU y en Europa.

través de las regresivas reformas penales de 2003¹²⁴, llegando a consagrarse la posibilidad de imponer una **pena de 40 años de prisión efectiva** (vid. arts. 76 y 78, tras la reforma por **LO 7/2003**), lo que supone en la práctica el restablecimiento de la cadena perpetua¹²⁵ y poner en

¹²⁴ Vid. las Leyes Orgánicas: **7/2003, de 30 de junio**, de “medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que eleva el límite máximo absoluto de la pena de **prisión** de hasta **40 años** (art. 76.1 CP: **letra c**, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años; y **letra d**, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección 2ª del capít. V del Tít. XXII del Lib. II del CP y alguno de ellos esté castigado con pena de prisión superior a 20 años) y consagra la posibilidad de imponer una pena de **prisión efectiva de 40 años** (art. 78 CP), además de endurecer los requisitos de acceso a los permisos de salida, al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional (cfr. Disposición Transitoria Única, que declara retroactivos los criterios para conceder el tercer grado penitenciario y la libertad condicional, contradiciendo los principios constitucionales de la prohibición de la retroactividad de disposiciones restrictivas de derechos fundamentales y de seguridad jurídica –art. 9.3 CE–); **11/2003, de 29 de septiembre**, de “medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica o integración social de los extranjeros”, que agrava las penas en los supuestos de **reincidencia y habitualidad**, reintroduciendo la **agravación por multirreincidencia** (art. 66.5º CP) y estableciendo reglas específicas relativas a la **habitualidad** en los delitos de “lesiones” (art. 147.1 CP), “hurto” (art. 234.2º CP) y “sustracción de vehículos a motor o ciclomotor” (art. 244.1 CP), cuando en el plazo de un año el sujeto haya realizado cuatro veces la falta correlativa (respectivamente, la prevista en los arts. 617, 623.1 y 623.3 CP), así como en los delitos relativos a la **violencia doméstica** (art. 153 CP). Además, se acentúa el carácter defensivo y de orden público a través de la **expulsión del extranjero** no residente legalmente en España, al establecer la **preceptiva expulsión** de éste en el caso de condenas iguales o superiores a 6 años de prisión (art. 89 CP); y **15/2003, de 23 de noviembre**, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, que suprime el **arresto de fin de semana**, introduce la pena de **localización permanente** (art. 37 CP) y se rebaja el límite mínimo de la **pena de prisión** de 6 a **3 meses**, lo que supone reincorporar las **penas cortas privativas de libertad**. Sobre estas importantes reformas de nuestro sistema penal de sanciones, que se pueden enmarcar en el nuevo “modelo penal de la seguridad”, con marcadas manifestaciones del pensamiento de la “inocuidación” y del Derecho Penal “simbólico”, en el peor sentido de esta última expresión, vid., entre otros, SILVA SÁNCHEZ/FELIP I SABORIT/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ, *La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura*, en VVAA, *La seguridad de la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, edit. Atelier, 2003, pp. 124 y ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, *La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja Política criminal*, *Rev. xuridica galega*, 38 (1º trimestre de 2003), pp. 13 y ss.; el mismo, *El sistema de penas español: balance crítico y propuesta alternativa*, VVAA, *La reforma del Código penal tras 10 años de vigencia*, Centro de Estudios jurídicos y edit. Aranzadi, 2006, pp. 55 y ss.; MAQUEDA ABREU, *Crítica a la reforma penal anunciada*, *JpD* 47 (julio 2003), pp. 6 y ss.; Díez RIPOLLÉS, *RECPC* 06-03 (2004), p. 16; GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, edit. Tirant lo Blanch, 2004; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *¿Qué les corten la cabeza?*, *Claves de razón práctica* 145 (sept. 2004), pp. 34 y ss.; SANZ MORÁN, *Reflexiones de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal*, *RDP* 11 (enero 2004), pp. 11 y ss.; BENITO LÓPEZ, *La quiebra de la finalidad resocializadora de la pena y la resurrección de la prisión por deudas*, LH- Rodríguez Mourullo, 2005, pp. 83 y ss.; CARDENAL MONTRAVETA, *El Derecho Penal 25 años después de la aprobación de la Constitución*, en VVAA, *La Constitución y el ordenamiento jurídico*, coord. Castellá Andreu, edit. Atelier, 2005, pp. 358 y ss.; CEREZO MIR, *Los fines de la pena en la Constitución y en el Código penal, después de las reformas del año 2003*, LH- Rodríguez Mourullo, 2005, pp. 223 y ss.; GARCÍA ARÁN, *El retroceso de las ideas en las reformas penales de 2003*, *RJCat.* 2 (2005), pp. 37 y ss.; y MIR PUIG/ALCÁCER GUIRAO, *Richtungswchsel in der spanischen Kriminalpolitik: Die letzten Reformen des Strafgesetzbuches*, *GA* 2005, pp. 244 y ss. Un antecedente de estas reformas de 2003 lo encontramos en la **LO 7/2000**, de 23 de diciembre (vid. FEIJOO SÁNCHEZ, *Sobre el contenido y la evolución del Derecho Penal español tras la LO 5/2000y la LO 7/2000*, *RJUAM*, 4 (2001), pp. 48 y ss.).

¹²⁵ Vid. en este sentido crítico, con razón, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, *Prólogo al Código penal*, edit. Tecnos, 9ª ed., III.1, 2004; Díez RIPOLLÉS, *RECPC* 06-03 (2004), p. 13; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, PG, 6ª ed., 2004, p. 541. Cabe destacar, por un lado, que existe acuerdo doctrinal en que una **prisión efectiva** de más de **15 años** de duración produce un deterioro irreversible en la personalidad del reo, y, por otra parte, que las legislaciones penales de nuestro entorno en las que se contempla la pena

entredicho los **principios** constitucionalmente reconocidos de “**humanidad**” (art. 15 CE) y de “**reinserción social del delincuente**” (art. 25.2 CE) que han de informar las sanciones criminales privativas de libertad en todo Estado de Derecho¹²⁶.

3.3. El nuevo **modelo penal** de la “**seguridad**” ofrece una serie de características que podemos destacar, resumidamente, en las siguientes¹²⁷: 1ª) Se produce la **desvinculación** respecto del **modelo resocializador** (y de la ideología del tratamiento), que fue impulsado, sobre todo, en los países angloamericanos (EEUU y Reino Unido) y escandinavos durante las décadas de los años 60 y 70 del siglo XX, y se aprecia, a partir de la década de los años 90 del siglo XX, un **retorno** a la **inocuidación** que tiene como objetivo fundamental proteger a la sociedad del peligro representado en los **delincuentes por tendencia** –especialmente los relacionados con la **delincuencia violenta y sexual**- y que se articula mediante privaciones de libertad de larga duración¹²⁸; 2ª) Se aprecia un cambio en la estrategia de la **redistribución de los riesgos de la delincuencia**, al desplazarse los cometidos de la prevención de la delincuencia reincidente desde la sociedad al **propio delincuente**¹²⁹, quien aparece como un “**enemigo**” y se degrada –llegándose a negársele su condición de ciudadano e incluso de persona¹³⁰- para

de **prisión perpetua** los sujetos sometidos a la misma pueden acceder a la libertad condicional una vez transcurrido un período de cumplimiento de 15 años (ejs. Alemania, Austria y Suiza).

¹²⁶ Vid., entre otros, SANZ MORÁN, RDP 11 (enero 2004), p. 16.

¹²⁷ Vid. la panorámica ofrecida por DÍEZ RIPOLLÉS, RECPC 06-03 (2004), pp. 6 y ss., y el mismo, RECPC 07-01 (2005), pp. 9 y ss.

¹²⁸ Vid., entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, RECPC 06-03 (2004), pp. 3 y 4, y ROBLES PLANAS, InDret 4/2007, pp. 7 y 8. Cfr. también los datos ofrecidos por KINZIG, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, edit. MPif. ausl. u. int. Strafrecht, Freiburg i. Br., 1996, acerca del tratamiento jurídico-penal de los delincuentes reincidentes peligrosos en el Derecho Comparado, pp. 489 y ss., y especialmente respecto de la situación en Gran Bretaña (pp. 532 y ss. y 587) y EEUU (pp. 547 y ss. y 588).

¹²⁹ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, RECPC 07-01 (2005), pp. 17 y 18.

¹³⁰ Vid., sobre todo, la destacada posición doctrinal de JAKOBS, quien introduce este concepto, dentro de un contexto sociopolítico muy relevante como es el del gravísimo atentado terrorista del **11.9.2001** de las torres gemelas de **Nueva York** –se puede afirmar hoy que hay un antes y un después en la política criminal contemporánea a partir de aquella fatídica fecha-, en la discusión actual de la ciencia del Derecho Penal. El Derecho Penal del enemigo se caracteriza, según palabras del propio JAKOBS, por un amplio adelantamiento de la punibilidad, por la desmesurada desproporcionalidad de las penas y por la relativización o incluso supresión de las garantías procesales. No deja de ser muy significativo que JAKOBS acude a la **medida de “custodia de seguridad”** como caso paradigmático en el que se proyecta su construcción conceptual. Lo más problemático del Derecho penal del enemigo se relaciona con las enormes dificultades, objeciones insalvables, acerca de su compatibilidad con las exigencias mínimas de una política criminal ajustada a los principios informadores del Estado de Derecho, en cuanto que aquella construcción conceptual viene a degradar al delincuente peligroso de criminalidad grave a la categoría de enemigo, negándole su condición de ciudadano y de persona, propicia un intolerable Derecho Penal de autor y relativiza o suprime las garantías procesales que son ineludibles en todo Estado de Derecho. Sobre esta concepción doctrinal del Derecho Penal del “enemigo”, que tiene hoy una bibliografía casi inabarcable, vid., entre otros: JAKOBS, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985), pp. 753 y ss.; el mismo, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 3/2004; CANCIO MELIÁ,

justificar la intervención penal de máxima severidad, como es el caso de la **custodia de seguridad**. Ese cambio de estrategia va acompañado de un particular **protagonismo** de las **víctimas**, cuyos intereses gozan de cierta autonomía respecto de los intereses públicos, lo que incide en el debate políticocriminal, al subsumir la víctima dentro de sus propios intereses a los de la sociedad¹³¹; 3ª) Se enmarca el nuevo modelo penal de la seguridad dentro del fenómeno de la **“expansión del Derecho Penal”**, relacionado con la **“sociedad del riesgo”** y magistralmente esbozado por Silva Sánchez¹³², aunque puedan observarse ciertas diferencias relevantes entre ambas corrientes políticocriminales, como la de que ahora la expansión deja de referirse preferentemente a las nuevas formas de criminalidad propias de la sociedad del riesgo y se centra más bien en la **delincuencia clásica** (relacionada especialmente con la vida, integridad corporal, libertad y propiedad), a partir de las demandas sociales de **“ley y orden”**, y en la criminalidad de la **marginación y exclusión social** (delincuencia habitual contra el patrimonio)¹³³; 4ª) Se impulsa una **política penal** que obedece a las pautas de un criticable **“populismo punitivo”** y de un no menos cuestionable **“Derecho Penal simbólico”**. En efecto, por un lado, existe una sensación colectiva de **“inseguridad ciudadana”** compartida por la generalidad de la sociedad ante los casos de delincuencia grave de carácter violento o sexual,

“Feind strafrecht?”, ZStW 117, 2005, pp. 267 y ss.; EL MISMO, De nuevo: ¿Derecho Penal del enemigo?, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, Derecho Penal del enemigo, 2ª ed., Thomson/Civitas, 2006, pp. 85 y ss.; EL MISMO, Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto, edit. Reus, 2010, pp. 24 y ss. Como obras colectivas sobre esta cuestión, vid. en la doctrina alemana, VORMBRAUM/ASHOLT (ed.), Kritik des Feindstrafrecht, Lit-Verlag, Rechtsgeschichte und Rechtsgeschechem, t.9, Berlín, 2009; en la doctrina española, CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión, ed. BdF, Madrid y Buenos Aires, 2006, 2 vols; y en la doctrina italiana DONINI/PAPA (ed.), Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale, ed. Giuffrè, Quaderni di Diritto penale comparato, internazionale ed europeo n. 4, Milano 2007. Por último, cabe destacar la influencia, entre nosotros de la concepción de JAKOBS en la versión de SILVA SÁNCHEZ, al referirse a la **“tercera velocidad”** del Derecho Penal, en la que “el Derecho penal de la cárcel concurre con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales” está relacionado con los fenómenos de delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta y reiterada o con la criminalidad organizada y terrorismo. En tales casos, tal Derecho Penal de tercera velocidad, aunque sea por tiempo limitado y de forma excepcional, será inevitable (SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho Penal, reimpresión de la 2ª ed., BdF, 2006, pp. 183 y ss. Cfr. la sugerente recensión de LAURENZO COPELLO, en ob. ult. cit., pp. 207 y ss.).

¹³¹ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, RECPC 06-03 (2004), pp. 9 y 10.

¹³² Vid. SILVA SÁNCHEZ, ob. ult. cit., pp. 4 y 5, donde destaca que frente a la tesis del “Derecho Penal mínimo” (por ej. Ferrajoli y Escuela de Frankfurt) se constata una tendencia dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los ya existentes, creación de nuevos bienes jurídicos, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía, que son aspectos de esa tendencia expansiva y encuentra “sus raíces en el modelo social que se ha ido configurando durante, al menos, los dos últimos decenios y en el consiguiente cambio de papel del Derecho penal en la representación que del mismo tienen amplias capas sociales” (p. 7).

¹³³ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, RECPC 07-01 (2005), pp. 13 y ss.

que son oportunamente destacados por los **medios de comunicación social**¹³⁴; y, por otra parte, las reformas penales recientes que propician un marcado endurecimiento de las sanciones penales (penas y medidas de seguridad), al hacer frente a la prevención de la reiteración en la comisión de delitos especialmente graves, se reconducen al modelo de un **Derecho Penal “simbólico”**, en el peor sentido de esta expresión, es decir, cuando se trata de una legislación penal meramente simbólica y populista que es utilizada por el poder político -partidos de todo signo, con poder o con aspiraciones al mismo- para satisfacer las demandas sociales de seguridad ciudadana, de un mayor severidad punitiva –discurso de “**ley y orden**”, y máxima de “**tolerancia cero**”- ante la delincuencia violenta, con fines puramente electoralistas¹³⁵, dejando al margen las consideraciones básicas de su idoneidad, eficacia y necesidad, así como las exigencias constitucionales de humanidad y resocialización en el sistema de sanciones penales, que deben legitimar toda intervención punitiva del Estado encaminada a la tutela de los bienes jurídicos –individuales o colectivos- fundamentales en el marco constitucional del Estado social y democrático de Derecho; y 5ª) El nuevo modelo penal de la seguridad está informado, sobre todo, por la idea de la “**peligrosidad**” del delincuente, y ello lleva consigo una **reactivación del “Derecho de medidas de seguridad”**. Aquí se trata de potenciar un “Derecho de medidas de seguridad” en el que predomine la **finalidad de “aseguramiento”**, sacrificando u olvidando los otros objetivos de curación o corrección del delincuente peligroso, y que se caracteriza, entre otras notas, por la de incidir particularmente en **cierto sector de la delincuencia** (la grave –violenta y sexual-, los delincuentes reincidentes y

¹³⁴ Vid. Díez RIPOLLÉS, RECPC 06-03 (2004), p. 9; el mismo, La racionalidad de las leyes penales, edit. Trotta, 2003, pp. 27 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal, cit., 2006, pp. 27 y ss. Sobre la particular relevancia de los medios de comunicación social en Alemania, con relación a las reformas penales en el ámbito de la delincuencia sexual y al resurgimiento de la medida de internamiento en custodia de seguridad, vid. Cano Paños, El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung) en el Derecho penal alemán, CPC 91 (2007), pp. 218 y ss.

¹³⁵ Un ejemplo claro en nuestro Derecho lo encontramos en la **LO 7/2003, de 30 de junio**, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que elevó el máximo de cumplimiento de la pena de prisión hasta los 40 años y contempla relevantes restricciones para acceder a los permisos de salida, al tercer grado penitenciario y a la seguridad social, contando con el respaldo parlamentario de los grupos mayoritarios del PP y PSOE. Otro ejemplo de populismo punitivo en nuestro Derecho, lo apreciamos en el ámbito de las medidas de seguridad, como es el de la **expulsión del extranjero no residente legalmente en España** (art. 108 CP, modificado por la **LO 11/2003, de 29 de septiembre**), que tiene carácter obligatorio y es sustitutiva de las medidas de seguridad que le fueran aplicables, y da lugar a la prohibición de regreso a España en un plazo de **10 años** contados desde la fecha de su expulsión. Sobre todo ello, vid. El populismo punitivo. Análisis de las reformas y contrarreformas del sistema penal en España (1995-2005), coord. Rivera Beiras, Ayuntamiento de Barcelona, 2005, especialmente, pp. 97 y ss., 117 y ss. Sobre el alcance del sentido simbólico de la legislación penal, vid., en la doctrina alemana, entre otros, HASSEMER, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NStZ 1989, pp. 553 y ss. y VOSS, Sybolische Gesetzgebung, 1989. En nuestra doctrina, vid., entre otros, Díez RIPOLLÉS, El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena, APen 1 (1-7 enero) 2001, pp. 1 y ss. y LUZÓN PEÑA, Función simbólica del Derecho Penal y delitos relativos a la manipulación genética. VVAA, Genética y Derecho Penal, Romeo Casabona (ed.), Comares, 2001, pp. 49 y ss.

habituales, con preferencia para los autores de la delincuencia patrimonial leve¹³⁶), por la de condicionar los **sustitutivos de la pena de prisión** y del **régimen penitenciario** a la predicción de la **peligrosidad criminal**¹³⁷, por la de reinstaurar la **acumulación** de la **pena** y las **medidas de seguridad** –“dualismo rígido”-, incorporando la imposición ulterior de medidas de larga duración, como la **libertad vigilada**, una vez que se ha cumplido la pena¹³⁸, ...

A título de conclusión, sobre el alcance del nuevo modelo penal de seguridad (ciudadana) con gran incidencia en el Derecho de medidas de seguridad (vid. especialmente el siguiente epígrafe de nuestras reflexiones), cabe señalar que en el fondo está en cuestión el problema actual de la política penal contemporánea: ¿cómo compatibilizar, en el marco del Estado de Derecho y de las exigencias constitucionales del Estado social y democrático de Derecho, las necesidades de prevención de la delincuencia –o de seguridad de la sociedad frente a los delincuentes imputables especialmente peligrosos de criminalidad grave- y los derechos fundamentales del ciudadano? La respuesta sólo puede encontrarse partiendo de la idea de que la delincuencia es un fenómeno social inextirpable, y frente al cual la sociedad sólo puede asumir dentro de ciertos límites tolerables el peligro de delincuencia, siendo utópico abrigar la esperanza de su eliminación¹³⁹. En el marco del Estado de Derecho, donde prima el valor de la libertad como garantía contra toda clase de totalitarismos y de abusos del poder estatal, la ineludible defensa de la libertad por parte del Derecho Penal tiene un precio que no puede ser, en ningún caso, la renuncia total a la seguridad, sino a la seguridad total¹⁴⁰, que sólo podría lograrse enterrando la libertad¹⁴¹.

3.4. El caso paradigmático del internamiento en custodia de seguridad: las recientes reformas penales en Alemania y Suiza.

¹³⁶ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, RECPC 07-01 (2005), p. 26.

¹³⁷ Vid. arts. **80.1-2º** y ss. CP. Vid. SILVA SÁNCHEZ/FELIP I SABORIT/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ, La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura, en VVAA, La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto, edit. Atelier, 2003, pp. 123 y ss. donde se denuncia que las penas asumen un papel semejante a las medidas de seguridad, al convertirse en una respuesta a la peligrosidad del sujeto y dejan de verse como una respuesta al hecho delictivo.

¹³⁸ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, RECPC 07-01 (2005), p. 27. Vid. arts. 192.1 y 579.3 CP, tras la Reforma del CP por LO 5/2010.

¹³⁹ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, Medidas de seguridad y Estado de Derecho, cit., 1974, pp. 356 y 357. En un sentido parecido, en la doctrina alemana reciente, FRISCH, Sicherheit durch Strafrecht?, FS-E. Schlüchter, 2002, p. 686.

¹⁴⁰ Vid. ROBLES PLANAS, InDret 4/2007, p. 25.

¹⁴¹ Vid. HAFKKE, Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat? Kritische Justiz 1 (2005), 32, al destacar que quien otorga un valor absoluto a la seguridad, sepulta la libertad.

Dentro de las estrategias del Derecho Penal para hacer frente a la peligrosidad criminal de los delincuentes imputables de criminalidad grave, ocupa un particular protagonismo la medida de internamiento en **custodia de seguridad**, y es en este ámbito donde se puede constatar también el cambio de modelo penal hacia el nuevo de “la seguridad”.

3.4.1. El internamiento en “custodia de seguridad” en Alemania. Esta medida de seguridad, prevista en el **parágrafo 66** del StGB, es la “última medida necesaria de la Política criminal”¹⁴² para proteger a la sociedad frente a los **delincuentes multirreincidentes** de los que cabe esperar la comisión de otros delitos graves tras el cumplimiento de una pena de prisión de larga duración, y respecto de los cuales no se plantea un tratamiento curativo, predominando una finalidad casi exclusivamente de aseguramiento¹⁴³. Se cumplirá después de la pena de prisión, y el **requisito material** para su imposición nos remite a una “**valoración conjunta**” del autor y de sus hechos que conduzca a la conclusión de que el autor resulta **peligroso para la colectividad** debido a que presenta una **tendencia** a cometer **delitos** de cierta consideración o **gravedad**, que pueden producir a la víctima graves lesiones corporales o psíquicas o un grave daño económico –**parágrafo 66 (1).3** StGB-. La **Ley “para la lucha contra los delitos sexuales y otros delitos peligrosos”** de **26.1.1998** **amplió** su ámbito de aplicación y **suprimió el límite máximo** de duración de **10 años** previsto para el primer internamiento en custodia de seguridad, aunque se contempla la posibilidad de que el Tribunal pueda declarar extinguida la medida tras el transcurso de 10 años de internamiento “si no existe el peligro de que el interno, a causa de su tendencia, cometerá delitos de cierta relevancia a través de los cuales dañe a la víctima psíquica o corporalmente –**parágrafo 67 d) (3)** StGB-. La custodia de seguridad, tras la reforma de 1998, sufre un cambio significativo en su relevancia práctica: de su escasa aplicación, en las últimas décadas, se ha pasado a su reactivación desde un punto de vista político-criminal¹⁴⁴.

La custodia de seguridad tenía que acordarse en la misma sentencia condenatoria, y se suscitaba el problema de que si en ese momento no era posible pronosticar, con certeza, la tendencia y peligrosidad del sujeto respecto de la comisión de delitos graves, no se podía decretar esta medida de seguridad. Y, por lo tanto, debería ser puesto en libertad, en todo caso, el sujeto cuando ha cumplido la pena de prisión, aunque durante la ejecución de la pena

¹⁴² Vid. BT-Drucks, V/4094, p. 19.

¹⁴³ Vid. JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, pp. 813 y 814.

¹⁴⁴ Vid. CANO PAÑOS, CPC 91 (2007), p. 226.

se manifestara en aquél la peligrosidad y tendencia para la comisión de delitos graves. La **reforma de 2002 (Ley para “la introducción de la reserva en la imposición de la custodia de seguridad”, de 21.8.2002)**, con la finalidad de establecer legalmente la opción de decidir acerca de la necesidad de imponer la custodia de seguridad después de dictar la sentencia condenatoria y antes de la puesta en libertad del sujeto tras el cumplimiento de la pena de prisión, introduce en el StGB –vigente **parágrafo 66 a)** –la posibilidad de que el tribunal pueda **reservarse** en la **sentencia** condenatoria la imposición de la custodia de seguridad, cuando en el momento de la condena no sea posible constatar con la certeza necesaria si el autor constituye un peligro para la colectividad. El **requisito material** para poder decretar la **reserva** en la imposición de la custodia de seguridad es el de “la valoración conjunta del sujeto condenado, de sus hechos y de su evolución durante la ejecución de la pena de prisión, que permita llegar a la conclusión de que cabe esperar de aquél la comisión de delitos de considerable relevancia que lesionen gravemente, en lo físico o psíquico, a las víctimas – **parágrafo 66/a (2) StGB-**.

El legislador alemán consideró que estas sucesivas reformas sobre la custodia de seguridad no eran suficientes para defender a la sociedad frente a los delincuentes especialmente peligrosos de criminalidad grave, y por ello da otro paso más a través de la **Ley de 23 de julio de 2004** (“de introducción de la **imposición posterior del internamiento en custodia de seguridad**”), al incorporar en el nuevo **parágrafo 66/b** del StGB la posibilidad de imponer “**a posteriori**” el internamiento en custodia de seguridad “cuando la valoración conjunta del condenado, de sus hechos y de su evolución durante la ejecución de la pena lleve a la conclusión de que muy probablemente cometerá delitos de relevancia considerable por los que las víctimas resulten gravemente lesionadas, corporal y psíquicamente, siempre y cuando que en el momento de la resolución sobre la imposición a posteriori de la custodia de seguridad concurren los restantes presupuestos del parágrafo 66” –**parágrafo 66/b). (1)** del StGB-. En el momento de decretar la imposición de la custodia de seguridad a posteriori, el sujeto ha de estar cumpliendo una pena de prisión por un delito grave contra la vida, la incolumidad corporal, la libertad personal o la autodeterminación sexual... o por un delito menos grave de los mencionados en el **parágrafo 66(3)1** StGB. Además, antes de concluir la ejecución de esa pena privativa de libertad, han de concurrir circunstancias que indiquen una considerable peligrosidad para la colectividad. Si concurren estos requisitos, previstos en el **parágrafo 66/b(1)** StGB, el tribunal podrá ordenar la custodia de seguridad con posterioridad a la sentencia condenatoria, es decir, aunque su imposición no hubiera sido prevista en la sentencia condenatoria, y antes de que el sujeto alcance la libertad. El **parágrafo 66/b (3)** StGB

contempla la posibilidad de imponer la custodia de seguridad a posteriori a los delincuentes a los que se hubiera aplicado la medida de **internamiento** en un **hospital psiquiátrico**, cuando el estado de inimputabilidad o de semiimputabilidad, en el que se fundamentaba ese internamiento, ya no está presente y no procede seguir con esta medida privativa de libertad – párrafo **67/d (3)** StGB-, siempre y cuando concurra el requisito material de la “valoración conjunta” del condenado, de sus hechos y de su evolución a los efectos de la peligrosidad criminal, así como, entre otros requisitos formales, el de que el internamiento del afectado hubiera sido ordenado en virtud del **párrafo 63** por varios de los hechos mencionados en el **párrafo 66 (3) inciso 1º** StGB (delitos graves o relativos a abusos sexuales de personas especialmente vulnerables...).

La doctrina penal ha cuestionado, con cierta frecuencia, la **constitucionalidad** de la custodia de seguridad¹⁴⁵, y las críticas se han agudizado después de las mencionadas reformas de **2002** (de “reserva” de imposición de la custodia de seguridad) y de **2004** (de imposición “a posteriori” de la custodia de seguridad), y, en particular, se considera que la nueva regulación del internamiento en custodia de seguridad pone en entredicho una serie de **principios constitucionales**¹⁴⁶, como son los de “**irretroactividad**” de la ley penal desfavorable (art. **103.II** GG), “**non bis in idem**” (art. **103.III** GG), “**humanidad**” (art. **104.I** GG) y “**proporcionalidad**”, de rango constitucional y asumido como presupuesto para imponer medidas de seguridad en el StGB (párrafo 62). En todo caso, el TC alemán ha admitido la constitucionalidad de la custodia de seguridad impuesta con posterioridad a la sentencia condenatoria¹⁴⁷.

3.4.2. El internamiento en “custodia de seguridad” en Suiza. Se introduce también la imposición “a posteriori” de la medida de internamiento en un centro de custodia, tras la

¹⁴⁵ Vid. JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, p. 814 y KINZIG, Die Sicherungsverwahrung..., 1996, pp. 39 y ss.

¹⁴⁶ Vid., entre otros, en la doctrina alemana, KINZIG, Umfassender Schutz vor dem gefährlichen Staftäter?, NSTZ 2004, pp. 665 y ss.; LAUBENTHAHL, Die Renaissance der Sicherungsverwahrung, ZStW 116 (2004), pp. 703 y ss.; POSECK, Das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung, NJW 36 (2004), pp. 2259 y ss. Sobre esta polémica doctrinal, entre nosotros, vid. ROBLES PLANAS, InDret 4/2007, pp. 8 y 9; CANO PAÑOS, CPC 91 (2007), pp. 205 y ss., donde se realiza un detallado estudio de las reformas penales (1998, 2002 y 2004) en Alemania sobre la custodia de seguridad y acerca del debate doctrinal suscitado; y CEREZO MIR, Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de la responsabilidad criminal, RP 22 (julio 2008), pp. 16 y ss., donde se contrastan las críticas de la nueva regulación alemana de la custodia de seguridad a la luz de nuestro CP, aunque en el mismo no se recoge tal medida de seguridad, y de lege ferenda se rechaza la introducción de la imposición a posteriori de la custodia de seguridad, salvo cuando esa imposición estuviera prevista de antemano en la sentencia condenatoria (p.20).

¹⁴⁷ Vid. BVerfG, NJW 2004, pp. 739 y ss., y BVerfG, NJW 2006, pp. 3483 y ss.

reforma de 2006 del CP suizo, al incorporar un nuevo **párrafo 2º** al **art. 65**. Por otra parte, se ha aprobado por iniciativa popular –el **8.2.2004**– la **modificación** de la **Constitución** suiza (art. **123 a BV**) a los efectos de poder imponer la **custodia de seguridad** casi “**perpetua**”, sin posibilidad de revisión salvo cuando a través de nuevos descubrimientos científicos se acredite que el sujeto pueda ser curado y no exista ya peligro para la seguridad pública, para los delincuentes violentos o sexuales, con elevado peligro de reincidencia, y no susceptibles de tratamiento terapéutico¹⁴⁸.

La Ley de reforma de CP de **24.3.2006** introduce un nuevo **párrafo 2º** al **art. 65** CP suizo, que se refiere al supuesto en que el Tribunal podrá a “**posteriori**” ordenar la **custodia de seguridad** respecto del condenado “si durante la ejecución de la pena privativa de libertad, resulta que, en atención a nuevos hechos o medios de prueba, concurren los presupuestos de la custodia de seguridad, y que éstos existían ya en el momento de la condena sin que el Tribunal pudiera tener conocimiento”. Por otra parte, el art. **64.1. bis** CP suizo establece que se impondrá la **custodia** de seguridad “**perpetua**”, cuando “el autor haya cometido un asesinato, un homicidio doloso, lesiones corporales graves, violación, robo, detención ilegal, secuestro, trata de personas, genocidio o violación del Derecho Internacional público en caso de conflicto armado, siempre y cuando el autor haya afectado gravemente con el hecho a la integridad física, psíquica o sexual de otro, o quiera producir esa grave afectación”, siempre que concurren los siguientes presupuestos: a) que el autor haya afectado gravemente con el hecho a la integridad física, psíquica o sexual de otra persona o quisiera producir esa grave afectación; b) que exista una muy elevada probabilidad de que el autor vuelva a cometer alguno de estos delitos; y c) que el autor sea clasificado como sujeto que de modo permanente no es susceptible de ser sometido a tratamiento porque éste no ofrezca a largo plazo expectativas de éxito. La **ejecución** de la **pena** privativa de libertad –según establece el art. **64.2** CP suizo– **precederá** a la **custodia**.

La nueva regulación de la custodia de seguridad en el CP suizo es susceptible de las mismas críticas que se han señalado respecto de la reforma penal alemana sobre esta materia, y se inserta en el criticable nuevo “modelo penal de **seguridad**” así como en el marco del problemático “Derecho Penal del **enemigo**”, a la luz de las exigencias constitucionales –

¹⁴⁸ Vid. críticamente, KUNZ/STRATENWERTH, Zum Bericht der Arbeitsgruppe “Verwahrung”, SchwZStr 123 (2005), pp. 2 y ss.

principios de humanidad y resocialización- propias del Estado de Derecho en el ámbito de las sanciones penales¹⁴⁹.

3.5. El futuro del Derecho de medidas de seguridad.

Se trata de plantear si el Derecho de medidas de seguridad, tal como aparece contemplado en las legislaciones penales de nuestro entorno y en nuestro CP, tiene un futuro o más bien –como creo que es lo más adecuado- si aquél debe ser convenientemente revisado y reformulado. Antes de esbozar la posible respuesta a esta cuestión, será preciso aludir, aunque sea brevemente, a las tesis de reducir drásticamente el actual Derecho de medidas, ubicado en el Derecho Penal, o de postular un nuevo Derecho de medidas que supere al Derecho Penal.

3.5.1. Un sector doctrinal considera¹⁵⁰ que el actual Derecho de medidas se encuentra en fase de transición, resultando difícilmente sostenible la vigente situación de compromiso entre pena y medida de seguridad. El desarrollo consecuente sería el de circunscribir el Derecho Penal en sentido estricto para los hechos graves, y una parte del mismo podría asumir el actual Derecho de medidas, y el Derecho de medidas quedaría absorbido por un “**Derecho de asistencia social**”, que asumiría una parte del actual Derecho Penal¹⁵¹. Se trata de una tesis sugerente, en cuanto destaca las dificultades y contradicciones del actual Derecho de medidas, pero tiene el inconveniente de ser poco precisa en la articulación de su alternativa. Tampoco resulta convincente la posición doctrinal¹⁵² que pretende desvincular conceptualmente el Derecho de medidas de seguridad penales (postdelictuales) del Derecho Penal, asignando a éste sólo las normas que prevén penas, pues, entre otras razones, el desplazamiento de las medidas de seguridad criminales (postdelictivas) fuera del Derecho Penal no permitiría garantizar la protección de la sociedad frente a los sujetos inimputables con peligrosidad criminal contrastada, y suscitaría serias dudas acerca de su compatibilidad con las exigencias del Estado de Derecho y los valores constitucionales elementales en una sociedad democrática.

¹⁴⁹ Vid. KUNZ, KL, Die Verwahrung psychisch unauffälliger Straftäter –ein Problem für den Rechtsstaat? Überlegungen zur Legitimität der sichernden Verwahrung, SchwZStr 122 (2004), pp. 234 y ss., especialmente pp. 245 y ss.

¹⁵⁰ Vid. NAUCKE, Strafrecht. Eine Einführung, 8ª ed., 1998, p. 104.

¹⁵¹ Vid. NAUCKE, ob. cit., 1998, p. 104.

¹⁵² Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Por un Derecho Penal sólo penal: Derecho Penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho Administrativo sancionador, LH-Rodríguez Mourullo, Thomson/Civitas, 2005, pp. 586 y ss., especialmente, pp. 597, 609-nota (72)- y 623.

Por otra parte, un sector doctrinal minoritario, que podría calificarse como radical, defiende¹⁵³ un **“puro Derecho de medidas”**, al margen del Derecho Penal, asentado en los principios de **“peligrosidad social”** y **“reparación”**. Se trata de superar el Derecho Penal desde una perspectiva crítica, que se basa en la utopía social –en un programa de reformas sociales que garantice un orden pacífico y de seguridad en la convivencia social- bajo la influencia de ideas provenientes de la psicología profunda y de crítica cultural¹⁵⁴. Esta tesis radical peca de falta de realismo y de imprecisión en sus postulados básicos, representando más bien una manifestación crítica frontal al Derecho Penal, aunque puede servir para impulsar una necesaria reflexión crítica acerca del presente y futuro del Derecho Penal, y, por consiguiente, del Derecho de medidas de seguridad.

3.5.2. La revisión crítica del Derecho de medidas (“Derecho Penal de la peligrosidad”).

Se trata de postular un Derecho de medidas que se plasme en un **programa de mínimos**, teniendo en cuenta las dificultades de concretar, con la máxima precisión, el juicio de pronóstico inherente a la **peligrosidad criminal**, que es el presupuesto fundamental de toda medida de seguridad, así como la **adecuación** de la medida de seguridad privativa de libertad para prevenir la conducta delictiva futura –de cierta entidad- del sujeto peligroso. Por lo tanto, el recurso a las medidas de seguridad criminales (las postdelictuales) ha de limitarse lo más posible, conforme a una serie de postulados básicos que hemos esbozado en estas reflexiones y podemos resumir en los siguientes: 1º) Una formulación legislativa precisa de los principios de **“subsidiariedad”** y **“proporcionalidad”** en el ámbito de las medidas de seguridad criminales; 2º) El respeto de los **principios y valores constitucionales** que han de informar el sistema de las medidas de seguridad, de acuerdo con las significativas diferencias de su **presupuesto** (peligrosidad criminal), exteriorizado en la previa comisión de un hecho delictivo, de su **esencia** (no es un castigo, sino una consecuencia jurídica de carácter preventivo-especial, encaminado a la curación, corrección o aseguramiento del sujeto criminalmente peligroso) y **finalidad** (exclusiva de prevención especial, aunque pueda cumplir de facto funciones de prevención general), que las distinguen de las penas. Tal planteamiento ha de evitar la criticable tendencia legislativa –como sucede en nuestro CP de 1995- de someter la regulación de las medidas de seguridad criminal –el Derecho Penal de la “peligrosidad”- a las mismas

¹⁵³ Vid. PLACK, Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, edit. List, München 1974, pp. 380 y ss., 395 y ss.

¹⁵⁴ Vid. HANACK, LK, 11ª ed., 1992, n° marg. 3 previo al párrafo 61 StGB.

reglas, principios y garantías que rigen para las penas- el derecho Penal de “la culpabilidad”-. Además, debería excluirse la posibilidad de imponer la medida de **custodia de seguridad** a “perpetuidad” y “a posteriori” de la sentencia condenatoria, al poner en entredicho valores o principios constitucionales como, entre otros, los de “**dignidad**”, “**humanidad**” y “**legalidad**”; 3º) Mientras sea indiscutible la vigencia y el respeto del **principio de culpabilidad**, que se proyecta constitucionalmente, es consecuencia ineludible reconocer la necesidad y legitimidad del **dualismo** (pena y medida de seguridad) para dar una respuesta penal coherente a la lucha y prevención del delito. Y ello es así, entre otras razones, porque sólo de esta manera se puede afrontar la delincuencia generada por los **sujetos inimputables**, ya que la pena –ajustada a la culpabilidad del autor- no podría entrar en juego respecto de tales delincuentes peligrosos, siendo imprescindible acudir en esos casos a la medida de seguridad criminal. La denominada crisis del dualismo nos remite a los polémicos supuestos de **conurrencia** entre **pena y medida de seguridad privativas de libertad**, que podrán resolverse a través del **sistema vicarial** o de sustitución, en la fase de ejecución, de la pena por la medida de seguridad, computando el tiempo de cumplimiento previo de ésta al de aquélla, con la posibilidad de liberar condicionalmente al sujeto peligroso imputable de cumplir el resto de la pena si se ha obtenido ya, con la previa imposición de la medida de seguridad, el objetivo de la resocialización del sujeto, y el ulterior cumplimiento de la pena pendiente por ejecutar resultara innecesario y contraproducente; 4º) La **imposición** de la medida de seguridad ha de acordarse por el **juez penal**, conforme a los presupuestos legalmente establecidos, y dentro de un **proceso** con todas las garantías; y 5ª) La **ejecución** de las medidas de seguridad criminales, privativas o no de libertad, debe llevarse a cabo bajo un **control judicial** periódico, que permita la revisión de la medida de seguridad, y con unas **infraestructuras** –de carácter material y personal- adecuadas que hagan posible garantizar –previo compromiso económico por parte de los poderes públicos- la puesta práctica apropiada de aquéllas de acuerdo con su **naturaleza**, sus **presupuestos** y su **finalidad**.

3.5.3. El futuro del sistema de medidas de seguridad previsto en el **CP español de 1995**, que ha mejorado la regulación anterior (particularmente, la **LPRS** de 1970), debe pasar por una **profunda revisión** en algunos aspectos muy relevantes, como serían los siguientes: 1) La reformulación de los **principios y garantías** que le deben informar, superando su vigente formulación que obedece más bien a un esquema propio de **las penas** y no de las medidas de seguridad. Debería articularse un **sistema propio de principios y garantías de las medidas de seguridad**, conforme a las diferencias esenciales de éstas respecto de las penas; 2) El principio de **proporcionalidad**, consagrado en el ámbito de las medidas de seguridad (art. **6.2** CP y en el

apartado 1 de los arts. **101-104 CP**), ha de ser reformulado, teniendo en cuenta en el juicio de adecuación de la proporcionalidad de la medida de seguridad, además de la gravedad del delito cometido, el presupuesto fundamental del grado de la peligrosidad criminal del sujeto y la gravedad de los delitos que éste pueda cometer probablemente en el futuro; 3) La incorporación de una medida de seguridad privativa de libertad específicamente destinada para neutralizar la peligrosidad criminal de los sujetos imputables de criminalidad media o grave. La respuesta penal adecuada frente a estos supuestos no es, como postula el CP de 1995, acudir a la **pena agravada** por razones de **reincidencia** (art. **22.8ª CP**) o de **multirreincidencia** (art. **65.1.5ª CP**), o al **endurecimiento y exasperación de las penas privativas de libertad** que han inspirado las regresivas **reformas penales de 2003** (LO 7/2003 y LO 11/2003). Por el contrario, la respuesta penal apropiada para esos delincuentes imputables especialmente peligrosos de criminalidad grave (como los habituales) debería encontrarse, como sucede en la mayoría de las legislaciones penales de nuestro entorno, en una medida privativa de libertad específica –llámese internamiento en **custodia de seguridad** o en **centro de terapia social**, con una descripción muy precisa de sus presupuestos y alcance, que, en todo caso, ha de ser compatible con los principios constitucionales de **legalidad** –excluir la posibilidad de su imposición a posteriori de la sentencia condenatoria-, de **humanidad** –proscripción de una medida privativa de libertad a perpetuidad o de duración efectiva superior a 15 años- y de **resocialización** del delincuente, que ha de orientar el cumplimiento de la medida de seguridad. Además, con carácter general, la concurrencia de la pena de prisión con esta clase de medida privativa de libertad, en la que predomina la finalidad de aseguramiento, ha de enmarcarse en un **sistema dualista flexible**, condicionado en la práctica por el **sistema vicarial**. Se trataría de subsanar una grave deficiencia de nuestro sistema de medidas de seguridad, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe sólo a los delincuentes **peligrosos inimputables** (arts **101-103 CP**) y **semiimputables** (art. **104 CP**); 4) La **revisión** profunda del amplio **catálogo** de las medidas de seguridad **no privativas de libertad** (art. **96.3 CP**), en cuanto a la reducción drástica de su número, a la precisión de su contenido, y a la reformulación de la criticable medida represiva de la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España, como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables (art. **108 CP**); y, 5) La necesidad de clarificar el papel del **Juez de Vigilancia Penitenciaria** como un auténtico **juez de ejecución** de medidas de seguridad, así como la conveniencia de promulgar una **Ley de aplicación** de las medidas de seguridad, que contribuya a una precisa configuración de su contenido y alcance. A todo ello, debería añadirse la exigencia ineludible –auténtica y permanente asignatura pendiente de nuestro Derecho de medidas- de habilitar los **medios materiales y personales** necesarios para una aplicación

apropiada, y no distorsionada –con los riesgos inherentes de privatización o de frivolidad, o incluso, algo peor, del cumplimiento de las medidas en centros de prisión por falta de centros y personal especializado- de las medidas de seguridad en la práctica. Por último, como cuestión relevante en la política penal española de las últimas décadas, no se puede olvidar la imperiosa exigencia de llevar a cabo un replanteamiento de la forma de proceder en la política legislativa en materia penal, es decir, de satisfacer las exigencias de racionalidad de las leyes penales. En este sentido, cabe denunciar aquí que la Sección española de Derecho penal de la Comisión General de codificación no se ha vuelto a reunir desde 1982.

No parece que el futuro próximo de nuestro Derecho de medidas vaya a orientarse en las directrices apuntadas, sino más bien en todo lo contrario. El reciente **Proyecto de LO**, por el que se **modifica** la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del **CP** (BOCG. Senado IX Legislatura, de **6 de mayo de 2010**) mantiene, el endurecimiento del régimen de cumplimiento de las penas privativas de libertad¹⁵⁵. Por otra parte, por lo que aquí interesa destacar, el **PLOCP de 2010** introduce la nueva **medida de seguridad** de la “**libertad vigilada**”, que se ubica dentro de las medidas de seguridad “**no privativas de libertad**” (nuevo art. **96.3.3ª**) y está integrada por la refundición de gran parte de las medidas de esta naturaleza que se contemplan en el todavía vigente art. **96.3 CP**. La “**libertad vigilada**”, que tiene su antecedente en nuestro derecho en la **LORPM 5/2000, de 12 de enero** (art. **7.1.h**), consistirá “en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de ciertas medidas” –el nuevo art. **106.1**-, es decir, del cumplimiento de una serie de limitaciones, obligaciones o reglas de conducta¹⁵⁶, que podrán **modificarse** en la fase de **ejecución**¹⁵⁷. Su **duración** tiene, en

¹⁵⁵ Vid. art. **36.2 CP**, que quedará modificado por la reforma penal proyectada, en el sentido de exigir, para los casos de **penas privativas de libertad** superiores a **5 años**, el **cumplimiento** de al menos la **mitad** de la **condena** antes de poder obtener la **clasificación** en **tercer grado**, cuando se trate de **delitos** cometidos contra la **libertad e indemnidad sexual** de **menores de 13 años** (arts. **183** y **187-190**, modificados), **delitos** referentes a **organizaciones** y **grupos terroristas** y **delitos terroristas** (nuevo Capít. VII del Tít. XXII del Lib. II: arts. **571-580**), así como los delitos cometidos en el seno de una **organización** o **grupo criminal**.

¹⁵⁶ El nuevo **art. 106.1** se refiere al cumplimiento por parte del condenado de alguna o algunas de las siguientes medidas: a) La **obligación** de estar siempre **localizable** mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente; b) La **obligación** de **presentarse** periódicamente en el **lugar** que el Juez o Tribunal establezca; c) La de **comunicar** inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada **cambio del lugar de residencia** o del **lugar o puesto de trabajo**; d) La **prohibición** de **ausentarse** del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal; e) La **prohibición de aproximarse** a la **víctima**, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal; f) La **prohibición** de **comunicarse** con la **víctima**, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal; g) La **prohibición** de **acudir** a determinados **territorios, lugares o establecimientos**; h) La **prohibición** de **residir** en determinados **lugares**; i) La **prohibición** de **desempeñar** determinadas **actividades** que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza; j) La

general, un límite **máximo** de **5 años** (nuevo art. **105.1^a**), y, excepcionalmente, será de **10 años** –nuevo art. **105.2.a**- para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y de terrorismo¹⁵⁸. Por último, como un **cambio sustancial** de nuestro sistema de medidas de seguridad, el mencionado Proyecto de 2010 del CP contempla la posibilidad de aplicar la medida de “libertad vigilada” no sólo a los sujetos inimputables o semiimputables criminalmente peligrosos, sino también a los **imputables** peligrosos, con la variante en este último caso de acumular a la pena de prisión la medida de libertad vigilada, que será ejecutada con posterioridad a la pena privativa de libertad¹⁵⁹. De esta manera, siguiendo las pautas de “nuevo **modelo penal** de la **seguridad**” (ciudadana) se aboga aquí por el criticable **dualismo rígido**, caracterizado por la imposición acumulada y posterior de la medida de seguridad respecto de la pena privativa de libertad. Si tenemos en cuenta que en nuestro CP, tras las reformas de 2003 (concretamente la llevada a cabo por **LO 7/2003**), será posible la imposición de una pena de **prisión efectiva de 40 años**, y ahora le añadimos que esa larga privación de libertad podrá ser **completada** con la medida de **libertad vigilada de 10 años** de duración, nos encontramos con una respuesta penal, frente a los delincuentes imputables especialmente peligrosos de criminalidad grave, totalmente desproporcionada e incompatible con las exigencias más elementales que deben presidir el sistema de sanciones penales de un Estado de Derecho, al poner en entredicho por completo el respeto a la dignidad personal, los principios de humanidad y de resocialización.

obligación de participar en **programas laborales**, culturales, de educación sexual u otros similares; y k) La **obligación** de seguir **tratamiento médico externo**, o de someterse a un control médico periódico.

¹⁵⁷ Vid. art. **98** CP modificado en el **Proyecto de 6 de mayo de 2010**, incluyendo una referencia específica a la libertad vigilada, la obligación del JVP de emitir anualmente una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma –nuevo art. **98.1**- y un reforzamiento de la garantía de contradicción, que alcanza a las víctimas que no sean parte en el proceso. Cfr. nuevo art. **98.3** CP.

¹⁵⁸ El nuevo art. **106.2** del **P. de 2010** establece que “el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de **libertad vigilada** para su cumplimiento **posterior** a la **pena privativa de libertad** impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código”, es decir, a los condenados a pena de **prisión** por uno o más delitos de los comprendidos en el Título VIII del Lib. II CP (“**Delitos contra la libertad e indemnidad sexual**”: arts. 178-194) se les impondrá además la medida de libertad vigilada, en los términos previstos en el nuevo art. **106.2** del **P. 2010**, y su duración será de **5 a 10 años**, si alguno de los delitos fuera **grave**, y de **1 a 5 años**, si se trata de uno o más **delitos menos graves**, pudiendo dejar de imponerse la libertad vigilada cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario (nuevo apartado 1 del art. **192**), o en términos parecidos para los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos comprendidos en el nuevo Capít. VII (“De las **organizaciones y grupos terroristas** y de los **delitos de terrorismo**”: arts. **571-580**) del Tít. XXII del Lib. II (vid. nuevo art. **579.3** del **P. 2010**).

¹⁵⁹ Cfr. nuevos arts. **106.2**, **192.1** y **579.3**, aunque en este último precepto no se aluda expresamente al cumplimiento posterior de la libertad vigilada –en todo caso, acumulada- a la pena privativa de libertad.

A título de conclusión, puede afirmarse que el futuro del Derecho de medidas de seguridad, en el marco del Derecho Penal, ha de seguir un camino muy distinto al que nos ofrece la política criminal contemporánea, tanto en España como en las legislaciones penales de nuestro entorno cultural. El **Derecho Penal de “peligrosidad”** ha de convivir con el **Derecho Penal de la “culpabilidad”**, dentro de un **modelo penal “garantista”**, y encontrar un equilibrio entre las necesidades preventivas –de protección de la sociedad- frente al delito y los derechos fundamentales del ser humano. Sólo podrá considerarse legítimo y justificado el Derecho de medidas que se ajuste a los postulados de un Estado social y democrático de Derecho, es decir, el que, por un lado, cumpla con los **principios del Estado de Derecho**, que respete una serie de valores y principios constitucionales elementales –como son la dignidad de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad; y, los principios de legalidad, intervención mínima (adecuación, necesidad y subsidiariedad), proporcionalidad, humanidad y resocialización-, propios de todo Estado democrático de Derecho; y por otra parte, la configuración del futuro Derecho de medidas ha de tener muy presente su limitado alcance para la resolución del problema de la prevención del delito, que ha de encontrarse más bien en una política social progresista del **Estado “social” y democrático de Derecho** encaminada a incidir en las causas de la delincuencia. El Derecho de medidas sólo puede aspirar a contribuir modestamente, junto al Derecho Penal de la culpabilidad, a controlar y reducir a límites tolerables la delincuencia, que es un fenómeno social inextirpable y cuyo peligro debe ser asumido, dentro de ciertos márgenes de tolerancia, tanto por el Estado de Derecho como por parte de la sociedad democrática. Este planteamiento, que defendemos aquí, ha de suponer la defensa de un **Derecho Penal del ciudadano** frente al Derecho Penal del **enemigo**, de un **modelo penal “garantista”** frente al **modelo penal de la “seguridad”** (ciudadana), y de la **“racionalidad”** de la **legislación penal** frente a la reciente **política penal de “populismo punitivo”**¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Los malos augurios, acerca de la reforma de nuestro sistema de medidas de seguridad, se han convertido en realidad tras la aprobación y publicación de la LO 5/2010, de 22 de junio (BOE 23 junio de 2010), que modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP y ha entrado en vigor el 23 de diciembre de 2010. En efecto, la reforma del CP de 1995 por la citada LO 5/2010 ha afectado al sistema de medidas de seguridad, y de manera muy particular con la incorporación de la nueva **medida** “no privativa de libertad” de la **“libertad vigilada”** (arts. 96.3.3ª, 105.1.a y 2.a, y, especialmente, 106 CP), que tiene su antecedente en nuestro derecho en el nuevo Derecho penal juvenil español (art. 7.1.h de la LO 5/2000 de RPM). Las críticas formuladas en el texto sobre el último proyecto de reforma del CP, que ha dado lugar a la citada LO 5/2010, mantienen su vigencia. Sobre la nueva medida de seguridad de la libertad vigilada y su incidencia en nuestro sistema de medidas de seguridad, vid. URRUELA MORA, Capítulo 30, números marginales 7325 y ss. del **Memento Expertos, Reforma Penal 2010**, edic. Francis Lefebvre, Madrid 2010. En cuanto al antecedente de la libertad vigilada en la LO 5/2000 RPM, vid. FEIJOO SÁNCHEZ, Capítulo 17, números marginales 6082 y ss. del **Memento Práctico, Penal 2011**, edic. Francis Lefebvre, 2010.

LA NUEVA MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA: REFLEXIÓN POLÍTICO-CRIMINAL

PROF. DR. ÁNGEL J. SANZ MORÁN

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

1. Uno de los aspectos más característicos de la obra científica del Profesor Landrove Díaz es la atención prestada a la dimensión político-legislativa de los problemas penales. Muestra de ello es su última monografía publicada hasta el momento en que se redactan estas líneas¹, que junto a una precisa caracterización crítica de los rasgos que muestra el derecho penal más reciente, nos ofrece un completo repaso de las últimas reformas de nuestra legislación penal y procesal. De ahí la elección, como objeto de esta contribución a su merecido Libro-Homenaje, de una cuestión que está suscitando vivo debate en el contexto de la (por ahora) última y amplia reforma del Código Penal vigente: la nueva medida de “libertad vigilada”.

Seguiremos en su estudio el siguiente orden expositivo: en primer lugar, es necesario ocuparse de los precedentes inmediatos de la regulación ahora incorporada (apartado 2) y, en particular, de la medida que con idéntica denominación recoge la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (apartado 3). Seguirá un apunte de derecho comparado (apartado 4), para centrar después nuestra atención en la concreta regulación que de la libertad vigilada ha introducido en nuestro Código Penal la L.O. 5/2010, de 22 de junio (apartado 6), previa consideración de la oportunidad político criminal de la reforma en este punto (apartado 5). Y cierra la contribución, como resulta convencional, una recapitulación crítica (apartado 7). Todo ello con la brevedad exigida a una aportación de estas características, lo que se refleja también en la reducción al mínimo de las referencias bibliográficas.

2. Dejando de lado la previsión recogida en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del menor, de la que nos ocuparemos en el siguiente apartado, el precedente inmediato de la regulación que, en relación a la libertad vigilada, incorpora la más reciente reforma de nuestro Código Penal, hay que buscarlo en el Proyecto de reforma del Código Penal, de enero de 2007². En él se añadía al catálogo de penas del art. 33 CP, la “libertad vigilada de seis meses a un año”, calificada por el art. 39 de “pena privativa de

¹ Véase LANDROVE DÍAZ, G. *El nuevo derecho penal*, Valencia 2009.

² Véase Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 119-1), el 15 de enero de 2007. Amplia información sobre precedentes más remotos, remontándose incluso al Código Penal de 1822, en MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La libertad vigilada”, en *Diario La Ley*, nº 7386 (27 abril 2010). Una clara síntesis del “iter” pre-legislativo más reciente, desde el Proyecto de 2007, nos ofrece URRUELA MORA, A. “Medidas de seguridad. Particular consideración de la libertad vigilada”, en *MEMENTO LEFEBVRE, Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010*, Madrid 2010, pp. 651-674 (pp. 652 ss.)

derechos” y cuyo contenido se limitaba (art. 48, apartados 4 y 5) a obligar al penado “a facilitar de manera efectiva y constante su localización”. En cuanto a su régimen general de aplicación, entraba en juego, por un lado, en cuanto sustitutiva de la pena de prisión (art. 88.1 d) y, por otra parte, en cuanto “medida” a imponer, “una vez cumplida la condena” –y, por cierto, por un período “de hasta dos años”, no previsto en el art. 33-, “tanto a los reos reincidentes como a los habituales” (art. 94.3.4º). Ello lleva a añadir al catálogo de medidas no privativas de libertad del art. 96.3 CP, la “libertad vigilada” (nº 12), pero sin introducir modificación alguna en relación al régimen general de imposición de las medidas³. Ya en preceptivo Informe al Anteproyecto de 2006, que se traduciría en el Proyecto que comentamos, se mostraba el Consejo General del Poder Judicial muy crítico con las previsiones establecidas en relación a la nueva pena de “libertad vigilada”, especialmente por lo que atañe a la confusión conceptual entre penas y medidas que subyace a las mismas⁴. Y en términos semejantes tuvo ocasión de pronunciarse un amplio sector de nuestra doctrina penal⁵

Decaído este Proyecto al concluir la anterior legislatura, se reemprende muy pronto, ya en la actual, la tarea legislativa en el ámbito penal, que concluirá (por ahora) con la L.O. 5/2010, de 22 de junio, objeto prioritario de atención aquí. El siguiente paso hacia la actual regulación lo constituye el Anteproyecto de octubre de 2008. Ya su Exposición de Motivos se ocupa, a diferencia de lo que sucedía –como hemos indicado– con el Proyecto de 2007, de

³ Más aún, en el Anteproyecto de 2006, en el que encuentra su origen inmediato este Proyecto de 15 de enero de 2007, no aparecía siquiera mencionada entre las medidas de seguridad la libertad vigilada.

⁴ Especialmente claro es el siguiente resumen que leemos en el mencionado Informe del CGPJ: “El Consejo considera que la libertad vigilada presenta en el texto informado una naturaleza sumamente confusa, pues siendo formalmente una pena, se permite su aplicación –en casos de reincidencia– a tipos delictivos que no la contemplan como tal, quebrantando el marco penal establecido en la Parte Especial para ellos, y como medida de seguridad es de imposible encaje en un sistema dualista como el español, en el que las medidas de seguridad se aplican a inimputables o semiimputables. Su contenido, por otra parte, es banal y de nula eficacia preventivo general o especial, por lo que como sustitutivo de la pena de prisión resulta de muy difícil asimilación. Estas razones militan a favor de su pura y simple supresión, salvo que lo que se pretenda abordar sea una reforma de amplio alcance del sistema de medidas de seguridad postdelictuales, que afecte a su propio fundamento, propósito que n modo alguno aparece anunciado en el presente texto” (p. 63). Hay que destacar que la Exposición de Motivos del Proyecto que comentamos no contenía referencia alguna a la nueva pena/medida de “libertad vigilada”.

⁵ En relación a la regulación que de la libertad vigilada ofrecía el Proyecto de 15 de enero de 2007, véase, entre otros autores, BOLDOVA PASAMAR, M.A. “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, en *ReCrim* 2009, pp. 290-315 (especialmente, pp. 302 ss.); GARCÍA ALBERO, R. “Ejecución de penas en el Proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto: ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo?”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La Política criminal europea*, Valencia 2009, pp. 127-140 (pp. 135 ss.); GUIASOLA LERMA, C. *Reincidencia y delincuencia habitual*, Valencia 2008, pp. 126 ss.; ROBLES PLANAS, R. “Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, en *InDret* 4/2007, pp. 12 ss.; SANZ MORÁN, A.J. “El tratamiento del delincuente habitual”, en ARANGÜENA FANEGO/SANZ MORÁN (Coords.), *La reforma de la Justicia Penal. Aspectos materiales y procesales*, Valladolid 2008, pp. 115-131 (pp. 127-128); SANZ MORÁN, A.J. “La reincidencia y la habitualidad”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *La adecuación...*, cit. (en esta misma nota), pp. 61-77 (pp. 71 ss.); TAMARIT SUMALLA, J.M. “La integración jurídica en la Unión Europea y la reforma de 2006. Las penas y la reforma”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *La adecuación...*, cit. (en esta misma nota), pp. 79-85 (pp. 83-84); URRUELA MORA, A. *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, Granada 2009, pp. 257 ss. y “Medidas de seguridad...”, cit. (nota 2), pp. 652-653; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, en *RDPC*, 3ª época, nº 1 (enero 2009), pp. 199-212 (pp. 210 ss.).

manera amplia con la “pena accesoria” (como la califica el art. 49 bis)⁶ de “libertad vigilada”, cuya duración se extiende de uno a veinte años (art. 40.5), indicándose explícitamente su contenido y régimen de ejecución, aspectos todos ellos obviados en el Proyecto precedente, como acabamos de indicar. Por otra parte, la nueva pena accesoria ya no se enmarca en el contexto más amplio de mecanismos de respuesta frente a la reincidencia y habitualidad criminal, sino que se dirige exclusivamente a los autores de dos clases de delitos: los que afectan a la libertad sexual y los relacionados con el terrorismo. Y a diferencia, también, de lo que sucedía en el Proyecto de 2007 –y en coherencia con su caracterización exclusiva ahora como pena accesoria-, desaparece toda referencia a la libertad vigilada en el ámbito específico de las medidas de corrección y de seguridad⁷. Los nuevos Informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, volvieron a poner de manifiesto los diversos problemas –unos de fundamento, y otros relativos a aspectos más específicos- que suscitaba la regulación proyectada, observaciones a las que nos referiremos más adelante (apartado 6), en cuanto sean de recibo en relación a las previsiones legales finalmente introducidas en la L.O. 5/2010. Y también la doctrina tuvo ocasión de manifestarse críticamente al respecto⁸. En particular, destacando cómo lo que en el Proyecto se caracterizaba como “pena accesoria” no era, en el fondo, sino una medida de seguridad⁹ y si así no lo reconocía el legislador, ello era debido a que se aferraba al criterio establecido desde la aprobación del vigente Código Penal en el sentido de reservar las medidas de seguridad exclusivamente para los sujetos inimputables o semiimputables¹⁰.

⁶ Explícitamente señala que “La pena de libertad vigilada tendrá *siempre* el carácter de pena accesoria” (el subrayado es nuestro). Se hace eco de esta categórica calificación el Informe del Consejo Fiscal a este Anteproyecto: “De hecho, más allá de ese aserto normativo, podría decirse que la nueva pena de libertad vigilada *será* -precisamente porque lo dice la norma- una pena accesoria, y tal vez en algunos aspectos pueda *parecerlo*, pero desde luego *no se comporta* como tal” (p. 29-30, cursivas allí).

⁷ Para las diferencias entre las regulaciones proyectadas en 2007 y 2008, véase, ampliamente, BOLDOVA PASAMAR, M.A. “Consideraciones...”, cit. (nota 3), pp. 305 ss., quien entiende que el Anteproyecto de 2008 “mejora sustancialmente” la regulación del Proyecto anterior, aunque todavía presente “carencias y defectos” (p. 312).

⁸ Así, entre otros autores, ALONSO RIMO, A. “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del derecho penal de la peligrosidad)”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX (2009), pp. 107-139 (pp. 120 ss.); BOLDOVA PASAMAR, M.A. (como en la nota anterior); GIMBERNAT ORDEIG, E. “La insoportable gravedad del Código Penal”, en *Estado de Derecho y Ley Penal*, Madrid 2009, pp. 211-216; GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P. “Tratamiento penal de la delincuencia habitual grave”, en *Diario La Ley*, nº 7094 (16 enero 2009); GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, F. “La nueva pena de libertad vigilada bajo control de sistemas telemáticos”, en *RGDP* 11 (2009), pp. 1-35; LANDROVE DÍAZ, G. *El nuevo...*, cit. (nota 1), pp. 127 ss.; LEAL MEDINA, J. “La pena accesoria de libertad vigilada en el anteproyecto de reforma del Código Penal; una respuesta de carácter preventivo frente a los delitos sexuales graves”, en *Diario La Ley*, nº 7318 (12 enero 2010); MAGRO SERVET, V. “La figura del agente de la libertad vigilada en la reforma del Código Penal”, en *Diario La Ley*, nº 7074 (11 diciembre 2008); URRUELA MORA, A. *Las medidas...*, cit. (nota 5), pp. 263-264 y VIVES ANTÓN, T.S. “¿Estado democrático o Estado autoritario? (Reflexiones jurídico-políticas a propósito de un Anteproyecto de Código Penal)”, en *Teoría & Derecho* 4/2008, pp. 265-273.

⁹ En este sentido, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, E. “La insoportable...”, cit. (nota 8), p. 215 (“Ignorando esa distinción elemental –scil. entre pena y medida-, los autores del Anteproyecto llaman ‘pena’ a lo que técnicamente es una ‘medida de seguridad’...”); LANDROVE DÍAZ, G. *El nuevo...*, cit. (nota 1), p. 128 (“Dicha pena –en realidad, medida de seguridad- implica...”) y VIVES ANTÓN, T. S. “¿Estado democrático...?”, cit. (nota 8), p. 268 (“...empezamos por no saber siquiera, más allá de la denominación legal, si es una pena o una medida de seguridad...”)

¹⁰ Permítasenos remitir a SANZ MORÁN, A.J. *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Valladolid 2003, pp. 205 ss.

El cambio decisivo hacia el planteamiento finalmente adoptado se produce con el siguiente Anteproyecto, de julio de 2009, que sin haber sido objeto de nuevo Informe por parte del Consejo General del Poder Judicial –salvo error por nuestra parte–, se convertiría en el Proyecto de 27 de noviembre de 2009¹¹. En él, la libertad vigilada desaparece del catálogo de penas, incorporándose finalmente en el Título IV (*De las medidas de seguridad*) del Libro Primero del Código Penal. Ya en su Exposición de Motivos se contienen algunos pasajes expresivos de una opción rica en contenido político-criminal: se abandona el criterio originario del Código Penal de 1995 en el sentido, que acabamos de recordar, de reservar las medidas de corrección y de seguridad para aquellos sujetos en quienes concurra una causa de inimputabilidad o, al menos, una situación de imputabilidad disminuída y que ha permitido calificar la posición de dicho texto legal como “neo-monista”¹²; optándose, en consecuencia, por una solución “dualista” en el tratamiento del delincuente habitual peligroso¹³ (o con mayor precisión, como tendremos ocasión de comprobar, de algunos delincuentes de los que se presume tal condición). En el primer sentido, leemos que “la novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiimputabilidad, como hasta ahora, sino también, cuando dicho pronóstico deriva del específico perfil de personalidad del sujeto o de la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa”. Y en cuanto a la opción por una solución dualista, a la que acabamos de aludir, se nos dice que allí donde la pena “no resulta suficiente o adecuada para excluir un riesgo adecuado de reincidencia”, descartada la opción consistente en la prolongación de la duración de aquella por chocar “obviamente con principios elementales del Derecho Penal que la Constitución ampara”, sólo queda el recurso a las medidas: “Agotada, pues, en estos casos, la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en la medida de seguridad”.

Por lo demás, este Proyecto de 27 de noviembre de 2009¹⁴, se convertiría, sin apenas modificación en lo que se refiere a la cuestión que aquí nos ocupa¹⁵, en la Ley Orgánica

¹¹ Véase Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 52-1), el 27 de noviembre de 2009.

¹² Para el alcance de los conceptos “monismo” y “dualismo” en Derecho penal, remitimos de nuevo a SANZ MORÁN, A.J. *Las medidas...*, cit. (nota 10), pp. 31 y ss., con ulteriores referencias.

¹³ Para el contraste entre posiciones monistas y dualistas en el tratamiento del delincuente habitual peligroso, cfr. SANZ MORÁN, A.J. “El tratamiento...”, cit. (nota 5), pp. 117 ss. y, ya antes, “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”, en GUZMÁN DÁLBORA/SERRANO MAÍLLO (eds.), *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid 2006, pp. 1085-1101.

¹⁴ El Proyecto fue objeto de estudio completo, con propuestas dirigidas a incidir (sin el menor éxito) en su tramitación parlamentaria, en la obra colectiva: ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (Coords.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Valencia 2010. En relación a la materia que nos ocupa, véase, en esta obra, ACALE SÁNCHEZ, M. “Libertad vigilada: arts. 106, 192 y 468 CP” (pp. 151-160); REBOLLO VARGAS, R. “Libertad vigilada: arts. 100.3, 106.2 y 106.4 CP” (pp. 145-149) y SANZ MORÁN, A. J. “Medidas de seguridad: arts. 96 y ss. CP” (pp. 135-139) y “Libertad vigilada y quebrantamiento de condena: arts. 106 y 468 CP” (pp. 141-144). Véase, además, MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La libertad vigilada”, cit. (nota 2) y NISTAL BURÓN, J. “La libertad vigilada”. La dificultad de su aplicación práctica (A propósito de la nueva medida de seguridad no privativa de libertad que prevé el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 1995)”, en *Diario La Ley*, nº 7368 (24 marzo 2010).

¹⁵ Como observa ACALE SÁNCHEZ, M. “Libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia 2010, pp. 147-158, “del texto del

5/2010, de 22 de junio, por lo que remitimos a un apartado posterior en esta contribución (el número 6) el análisis de la regulación introducida.

3. Como recordábamos al comienzo del apartado precedente, la medida de “libertad vigilada” aparece también prevista en el ámbito específico del Derecho penal del menor. En concreto, se recoge en la letra h) del art. 7.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORRPM), con este tenor:

“Libertad vigilada. En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida obliga, en su caso, a seguir las pautas socioeducativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de menores. La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes:

1ª Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el menor está en edad de escolarización obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello.

2ª Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.

3ª Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos.

4ª Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa.

5ª Obligación de residir en un lugar determinado.

6ª Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas.

7ª Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. Si alguna de estas obligaciones implicase la imposibilidad del menor de continuar conviviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996”¹⁶.

Proyecto de reforma del Código de 27 de noviembre de 2009, hasta el que finalmente ha llegado al Boletín Oficial del Estado, se puede observar cómo el legislador se ha limitado a modificar la Exposición de Motivos, desmaquillándola (o maquillándola, según se mire), dejando inalterado el texto articulado, lo que no deja de resultar paradójico” (p. 148). Los pasajes entrecomillados más arriba, en el mismo texto, tomados de la Exposición de Motivos del Proyecto de 27 de noviembre de 2009, subsisten en la versión definitiva, con la única salvedad de que ahora se habla, en el primero de ellos, de peligrosidad derivada “del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido”; es decir, la naturaleza del hecho no obliga a presumir la peligrosidad del sujeto, como parecía deducirse de lo expresado en la Exposición de Motivos del Proyecto. Veremos, sin embargo, si ello es cierto cuando analicemos (apartado 6) la regulación concreta de la medida de libertad vigilada.

¹⁶ Por su parte, el art. 18 del Reglamento de esta LO 5/2000 (aprobado por RD 1774/2004, de 30 de julio), establece lo siguiente: “1. Una vez designado el profesional encargado de la ejecución de la medida y notificada la designación al juzgado de menores, se entrevistará con el menor al efecto de elaborar el programa individualizado de ejecución de la medida. 2. En el programa individualizado de ejecución de la medida, el profesional expondrá la situación general detectada, los aspectos concretos referentes a los ámbitos personal, familiar, social, educativo, formativo o laboral en los que se considera necesario incidir, así como las pautas socioeducativas que el menor deberá seguir para superar los factores que

Obviamente, no podemos detenernos ahora en el análisis de esta medida¹⁷. Basten unas observaciones mínimas que servirán, sobre todo, de contraste con lo que después indicaremos respecto a la medida homónima incorporada al Código Penal. Se trata de una medida de gran tradición en el nuestro derecho penal juvenil y que cobra además hoy un papel central desde el punto de vista de su aplicación práctica¹⁸. Destaca, además, su carácter polivalente¹⁹, pues puede imponerse como medida sancionadora-educativa, con carácter principal o complementario; en particular, el art. 7.2 LORRPM prevé que el segundo período de que constan las medidas de internamiento “se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada”. Por otra parte, puede recurrirse también a ella de forma cautelar, “para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima” (art. 28.1 LORRPM). Y, finalmente, se menciona en el art. 40.2 LORRPM, entre las condiciones a las que puede someterse la “suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia”²⁰. Dejando de lado la función cautelar, vemos, por tanto, que la libertad vigilada aparece en el derecho penal de menores como alternativa clara al internamiento, bien porque se imponga directamente en lugar de éste, bien porque acompañe a la suspensión de la ejecución del internamiento impuesto, bien porque constituya el período final de su ejecución, de donde su paralelismo con el derecho penal de adultos habría que buscarlo con las instituciones probatorias existentes en lugar del cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta (suspensión condicional de la pena) o en la fase final de su ejecución (libertad condicional), o bien con los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad. No es éste el caso, como veremos

determinaron la infracción cometida. También propondrá la frecuencia mínima de las entrevistas con el menor, que posibiliten el seguimiento y el control de la medida, sin perjuicio de otras que puedan mantener el profesional y el menor en el curso de la ejecución, cuando el primero las considere necesarias. 3. Si con las medidas se hubiere impuesto al menor alguna regla de conducta que requiera para su cumplimiento un programa o recurso específico, éste se elaborará o designará por la entidad pública y se adjuntará al programa individualizado de ejecución de la medida. 4. Lo dispuesto en este artículo será también de aplicación para la ejecución del período de libertad vigilada previsto en los artículos 7.2, 9.5ª, 40.2.c) y apartado 2.c) de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”

¹⁷ La literatura general relativa a nuestro derecho penal juvenil es muy abundante. Véase sólo, a cargo del autor aquí homenajeado, LANDROVE DÍAZ, G. *Derecho penal de menores*, Valencia 2001 e *Introducción al Derecho penal de menores*, 2ª ed., Valencia 2007. Para la medida que ahora nos ocupa, véase, por todos, ABEL SOUTO, M. “Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil (Consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley penal del menor)”, en *Actualidad Penal* 2002/1, pp. 105-164 (cito por la versión de laleydigital.es; cfr., en particular, pp. 11 ss.); FARALDO CABANA, P. “Las prohibiciones de aproximación y comunicación aplicables a menores infractores”, en *RDPC* 3ª época, nº 1 (enero 2009), pp. 39-101 (pp. 84 ss.); FEIJOO SÁNCHEZ, B. en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.), *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de menores*, Madrid 2008, pp. 144-149; GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. “Medidas aplicables a los menores por la comisión de hechos delictivos previstas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM)”, en *Revista de Derecho Penal* nº 16 (septiembre 2005), pp. 23-103 (en particular, pp. 65 ss.) y, especialmente, el completo estudio de CRUZ MÁRQUEZ, B. *La medida de internamiento y sus alternativas en el derecho penal juvenil*, Madrid 2007, pp. 115-140.

¹⁸ Cfr. la información estadística ofrecida por CRUZ MÁRQUEZ, B. *La medida...*, cit. (nota 17), pp. 115-116 (y allí, la nota 385) y FEIJOO SÁNCHEZ, B. en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.), *Comentarios...*, cit. (nota 17), pp. 145-146. Advierte, no obstante, LANDROVE DÍAZ, G. *Derecho penal...*, cit. (nota 17), p. 234 e *Introducción...*, cit. (nota 17), p. 81, frente a la tendencia, frecuente, de recurrir a esta medida “ante la imposibilidad material de ingresar al menor en un centro adecuado”.

¹⁹ Véase, por todos, CRUZ MÁRQUEZ, B. *La medida...*, cit. (nota 17), pp. 123 ss.

²⁰ Como expone con detalle FARALDO CABANA, P. “Las prohibiciones...”, cit. (nota 17), pp. 89-90, la duración de la medida de libertad vigilada varía según la función que desempeñe.

después (apartado 6) de la medida de libertad vigilada recién incorporada al Código Penal, que entra en juego, básicamente, una vez cumplida la pena de prisión²¹.

En cuanto al contenido de esta medida, ya la Exposición de Motivos de la LORRPM (nº 18) señala que en ella “el menor infractor está sometido, durante el tiempo establecido en la sentencia, a una vigilancia y supervisión a cargo de personal especializado, con el fin de que adquiera las habilidades, capacidades y actitudes necesarias para un correcto desarrollo personal y social”. Más concretamente, del precepto arriba transcrito se desprenden una serie de elementos²²: en primer lugar, la medida comporta el seguimiento, por personal especializado, de la actividad del menor y de su asistencia al centro educativo o laboral que en cada caso corresponda; cabe, además programar determinadas pautas socio-educativas, que tendrá que aprobar el juez de Menores y, finalmente, pueden establecerse las reglas de conducta allí enumeradas y que comportan determinadas obligaciones o prohibiciones²³, muchas de las cuales forman parte también del contenido de la nueva medida de libertad vigilada incorporada al Código Penal por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por lo que tendremos ocasión de volver sobre ellas. Antes, sin embargo, conviene mostrar una sucinta panorámica comparada.

4. Como muy expresivamente nos recuerda GARCÍA ALBERO, no existe “apenas país alguno de nuestro entorno cultural” que no prevea, “con mayor o menor extensión” medidas de vigilancia tras el cumplimiento de la pena de prisión, especialmente para el caso de los autores de “delitos sexuales o violentos con alto riesgo de reincidencia”; medidas de vigilancia que “descansan sobre dos pilares: a) obligaciones de notificación b) imposición de determinadas obligaciones que minimicen el riesgo de reincidencia”²⁴. Este mismo autor nos ofrece cumplida información de las “sexual offences prevention orders”, de duración indeterminada, no inferior a cinco años, previstas en el Reino Unido, desde 2003 y medidas paralelas introducidas en la “Sex Offenders Act”, de 2001, en Irlanda²⁵. Por lo que se refiere a los Estados Unidos de América, se prevé en muchos de los Estados la *lifetime supervision*, medida de control, posterior al cumplimiento de la pena, que puede llegar a ser de por vida y que comporta fundamentalmente determinadas obligaciones de notificación a un *parole officer*²⁶.

²¹ Ya en este sentido se manifestaba el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de 2008 –que calificaba a la libertad vigilada, como veíamos, de “pena accesoria”-, entendiendo que la pena allí contemplada se alejaba de la “función *alternativa* a la privación de libertad” (pp. 28-29) que cobra la medida de libertad vigilada en la LORRPM (cursiva allí).

²² Véase, por todos, FEIJOO SÁNCHEZ, B. en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.), *Comentarios...*, cit. (nota 17), pp. 146 ss.

²³ Como acertadamente nos recuerda GONZÁLEZ TASCÓN, M. “Medidas aplicables...”, cit. (nota 17), pp. 67-68, la mayor parte de ellas, “se encuentran bajo distintos ropajes en el elenco de consecuencias jurídicas del delito previsto en el Código Penal”.

²⁴ Véase GARCÍA ALBERO, R. “Ejecución de penas...”, cit. (nota 5), pp. 132-133.

²⁵ Véase GARCÍA ALBERO, R. “Ejecución de penas...”, cit. (nota 5), pp. 133-134.

²⁶ Más información, por todos, en MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La libertad vigilada”, cit. (nota 2), p. 4 y ROBLES PLANAS, R. “*Sexual Predators...*”, cit. (nota 5), p. 13 (y allí, la nota 44). Por su parte, el Informe –al que hacíamos referencia más arriba (apartado 2)- del Consejo Fiscal al Anteproyecto de 2008, señala que hasta veintitrés de los Estados “contemplan la monitorización electrónica permanente y de por vida para determinadas clases de delincuentes” (p. 23). También los informes del Consejo General del Poder Judicial a los Anteproyectos de 2006 y 2008, recogen una recapitulación de derecho comparado; en particular, el Informe del año 2006 (pp. 60-61) se ocupa con cierta amplitud de la *Führungsaufsicht* alemana, a la que aludiremos a continuación en el texto. Para la figura del agente de

Ya en el ámbito continental europeo, cabe recordar la existencia de instituciones próximas a la libertad vigilada en los ordenamientos jurídicos de países cultural y jurídicamente tan próximos como Italia, Francia o Alemania. El Código Penal Italiano regula la *libertà vigilata* en los artículos 238 y ss., distinguiendo supuestos de imposición preceptiva (art. 230) y otros de imposición simplemente potestativa (art. 229)²⁷. En los artículos 131-36-1 y siguientes del Código penal francés se recoge la figura del *suivi socio-judiciaire*, que comporta la obligación de someterse a una serie de “medidas de vigilancia y de asistencia destinadas a prevenir la reincidencia” y cuya duración no podrá exceder de diez años en el caso de condena por “delito” o de veinte años en caso de condena por “crimen”²⁸. El Código Penal Portugués no conoce una medida específica de libertad vigilada, pero las reglas de conducta previstas en su artículo 52, en el contexto de la suspensión condicional de la pena, muchas de las cuales coinciden con las previstas en el nuevo art. 106 de nuestro Código Penal, como después analizaremos, encuentran aplicación también en otros ámbitos, como el de la libertad condicional o en el marco de la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad, en cuanto mecanismos alternativos al internamiento.

Mención aparte merece la *Führungsaufsicht* (“vigilancia de conducta”) del derecho alemán, no sólo por la indudable influencia de éste sobre el nuestro, sino, sobre todo, por la pormenorizada regulación de esta medida en los párrafos 68 a 68 g del Código penal alemán²⁹. Sobre su importancia práctica, baste indicar que, de acuerdo con un Informe del año 2004, recogido por SCHNEIDER, existían, en la República Federal Alemana, un mínimo de quince a veinte mil casos, número que ha experimentado un continuo crecimiento en los últimos años, lo que hace impensable la renuncia a este mecanismo, pese a las críticas suscitadas por su regulación concreta³⁰. Se trata de una medida no privativa de libertad que puede imponerse de manera obligatoria o facultativa. Lo primero, básicamente, en caso de suspensión condicional de la ejecución de la medida de internamiento o de anticipación del regreso a la libertad, así como en los supuestos de cumplimiento de una pena de prisión superior a dos años por delito doloso o de al menos un año por determinados delitos contra la libertad sexual (párrafos 68, 2, en conexión con el 68 f y 181 b *StGB*). Facultativamente, puede decretarse la vigilancia de conducta en caso de incurrir en una pena de prisión superior a seis meses, por la comisión de alguno de los delitos para los que específicamente se prevea (además de los delitos contra la libertad sexual, otros como detenciones ilegales, robo,

libertad vigilada en los Estados de Unidos de América, véase MAGRO SERVET, : “La figura...”, cit (nota 8), pp. 2 ss.

²⁷ Para el tratamiento de la habitualidad criminal en el sistema penal italiano, véase, por todos, GUIASOLA LERMA, C. *Reincidencia...*, cit. (nota 5), pp. 32 ss.

²⁸ Amplia información en GUIASOLA LERMA, C. *Reincidencia...*, cit. (nota 5), pp. 43 ss. Cfr. además, GARCÍA ALBERO, R. “Ejecución de penas...”, cit. (nota 5), p. 134.

²⁹ Véanse, por todos, los comentarios a los mencionados párrafos a cargo de FREHSEE/OSTENDORF, en *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar, Bd. I, 2. Aufl.*, Baden Baden 2005 y GROSS, K.-H., en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2/1*, München 2005. La medida ha sido objeto de reforma por una ley en vigor desde el 18 de abril de 2007. Para el alcance de esta reforma, véase, por todos, SCHNEIDER, U. “Die Reform der Führungsaufsicht”, en *NSiZ* 2007, pp. 441-447. En la literatura penal española, además de las referencias del Informe del CGPJ al Anteproyecto de 2006, a la que aludíamos en la nota 26, cfr. las claras síntesis ofrecidas por MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La libertad vigilada”, cit. (nota 2), p. 4 y ROBLES PLANAS, R. “*Sexual Predators...*”, cit. (nota 5), p. 13 (y allí, la nota 44).

³⁰ Véase SCHNEIDER, U. “Die Reform...”, cit. (nota 29), p. 442.

receptación, etc.), siempre que “exista el peligro de comisión de nuevos delitos” (parágrafo 68, 1 *StGB*). Cabe la imposición de una serie de reglas de conducta (hasta once), enumeradas en el parágrafo 68 b *StGB*, siempre bajo el control de una institución de vigilancia (*Aufsichtsstelle*) que nombra al correspondiente “ayudante de prueba”, cuyo marco de actuación se encuentra también detallado en la ley (parágrafo 68 b *StGB*). En cuanto a su duración, el parágrafo 68 c *StGB* establece un mínimo de dos años y un máximo de cinco, si bien prevé, en determinados supuestos, que se rebase ese límite máximo.

5. Baste este mínimo apunte comparado para confirmar la amplia previsión, en nuestro ámbito cultural, de medidas como la que acaba de introducirse el derecho penal español. Además de ello, conviene recordar, antes de entrar en el estudio del régimen legal establecido para la nueva medida de “libertad vigilada” en nuestro Código Penal, que la doctrina mayoritaria se muestra favorable también a esta clase de medidas. Puesto que en anteriores contribuciones ya nos hemos ocupado con este problema central en la discusión político criminal más reciente: la respuesta frente al delincuente habitual peligroso de criminalidad media o grave, bastará aquí un sucinto resumen del debate³¹.

Las estrategias legales al abordar el fenómeno del delincuente habitual se orientan en una doble dirección: o bien, siguiendo un planteamiento “monista”, se exagera la respuesta estrictamente penal; o bien, de acuerdo con criterios “dualistas”, se acumulan medidas de seguridad a la pena en que se incurrió. Como es notorio, el derecho penal español se orienta en la primera dirección: rechaza, al menos nominalmente, la aplicación de medidas de seguridad para sujetos plenamente responsables, pero articula un modelo de respuesta - especialmente a partir de las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio y 11/2003 de 29 de septiembre³²-, que no sólo exaspera la pena del multirreincidente, sino que posibilita, en aplicación de las reglas relativas a la concurrencia delictiva, llegar a máximos de hasta cuarenta años de prisión, que en algunos supuestos se cumplirán en su integridad³³.

³¹ Más información en SANZ MORÁN, A. J. “De nuevo...”, cit. (nota 13); “El tratamiento...”, cit. (nota 5) y “La reincidencia...”, cit. (nota 5), con ulteriores referencias bibliográficas. De la doctrina española coetánea o posterior, que por ello no pudo recogerse en estas contribuciones, recordemos sólo: ALONSO RIMO, A. “Medidas de seguridad...”, cit. (nota 8); BOLDOVA PASAMAR, M.A. “Consideraciones...”, cit. (nota 3); GARCÍA ALBERO, R. “Ejecución de penas...”, cit. (nota 5); GRACIA MARTÍN, L. “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, en GARCÍA VALDÉS/CUERDA RIEZU/MARTÍNEZ ESCAMILLA/ALCACER GUIRAO/VALLE MARISCAL DE GANTE (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, t.I*, Madrid 2008, pp. 975-1003; GUIASOLA LERMA, C. *Reincidencia...*, cit. (nota 5), *passim*; JORGE BARREIRO, A. “Aproximación a un estudio comparativo entre los sistemas de sanciones en el Código Penal Portugués de 1982 y el Código Penal Español de 1995”, en *Ars iudicandi. Estudos em homenagem ao Prof. Doctor Jorge de Figueiredo Dias, vol. II*, Coimbra 2009, pp. 103-170 (especialmente, pp. 111-120); SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Peligrosidad”, editorial de *Indret Penal* (4), 2007 (recogido también en *Tiempos de Derecho Penal*, Buenos Aires 2009, pp. 38-40); URRUELA MORA, A. *Las medidas...*, cit. (nota 5), pp. 211 ss. y “Medidas de seguridad...”, cit. (nota 2), pp. 657 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. “Medidas de seguridad...”, cit. (nota 5), *passim*.

³² Véase, al respecto, LANDROVE DÍAZ, G. *El nuevo...*, cit. (nota 1), pp. 82 ss. y SANZ MORÁN, A.J. “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, en *Revista de Derecho Penal* nº 11 (enero 2004), pp. 11-40

³³ Y recuérdese que la jurisprudencia, a través de la denominada “doctrina Parot”, establecida en la controvertida STS 197/2006 de 28 de febrero, se ha sumado a esta dirección intensificadora de la

Tanto la solución “monista”, como la “dualista” suscitan reservas importantes: la primera comporta desbordar el límite marcado por la culpabilidad por el hecho, asignando a la pena una función incoizadora que difícilmente está en condiciones de cumplir³⁴, lesionando además el principio de proporcionalidad; la segunda puede originar un “fraude de etiquetas”, en cuanto que algunas de las medidas acumuladas a la pena, cuando comportan privación de libertad –piénsese en la controvertida “custodia de seguridad” del derecho alemán- se cumplirán en régimen análogo al penitenciario y con un contenido semejante, suscitando también serias dudas desde la perspectiva del principio de proporcionalidad; a lo que hay que añadir el problema específico de la legitimación de las medidas impuestas a sujetos plenamente responsables.

Un amplio sector de la doctrina española se adhiere –en mayor o menor medida- al “nuevo monismo” incorporado originariamente al Código penal, que ve en la pena y en la medida mecanismos alternativos y renuncia, por tanto –salvo en el caso de los semiimputables- a establecer medidas de seguridad para sujetos imputables; en particular, para los habituales de criminalidad media o grave³⁵. Lo que no significa que se defienda, en relación a éstos, una solución basada en la intensificación de la respuesta estrictamente “penal”, pues también es mayoritario –como acabamos de recordar- el rechazo de los mecanismos agravatorios de la pena previstos para los reincidentes o multirreincidentes. Existen también, sin embargo, autores muy significados que defienden –con diversidad de matices, a los que nos hemos referido en otros lugares³⁶- la articulación de penas y medidas en

respuesta penal. Cfr. al respecto, SANZ MORÁN, A. J. “Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios (a propósito de la sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, nº 197/2006, de 28 de febrero)”, en *Revista de Derecho Penal* nº 18 (mayo 2006), pp. 11-43.

³⁴ Muy recientemente insiste en esta argumento FREUND, G. “Gefahren und Gefährlichkeiten im Straf- und Massregelrecht. Wider die Einspurigkeit im Denken und Handeln”, en *GA* 2010, pp. 193-210, cuando afirma que “precisamente cuando la pena debe propiciar también el aseguramiento de personas peligrosas, ello conduce fácilmente a un inadmisibles fraude de etiquetas”, por lo que “las restricciones o incluso privaciones de libertad tras el cumplimiento de la pena merecida por el hecho cometido sólo pueden justificarse de acuerdo con el derecho de las medidas”, para lo que habrán de considerarse “criterios de aptitud, necesidad y adecuación” (p. 208).

³⁵ En la literatura más reciente destaca, en esta dirección, ALONSO RIMO, A. “Medidas de seguridad...”, cit. (nota 8), *passim*, con argumentos más que discutibles, en los que no podemos detenernos ahora; en particular, resulta llamativa la correlación lógica que establece entre medidas aplicables a imputables peligrosos, medidas temporalmente indefinidas y medidas predelictuales (pp. 120 ss.) Apunta también a una solución “monista”, GARCÍA ALBERO, R. “Ejecución de penas...”, cit. (nota 5), quien apela a “condicionantes del marco constitucional español” y “dificultades para justificar una medida de seguridad añadida a la pena” (p. 137), para defender el criterio –acogido, como vimos, en el Anteproyecto de 2008- de asignar a la medida de libertad vigilada (pues reconoce que “en lo sustancial”, se trata de una medida de seguridad, p. 137) el carácter de “pena accesoria”. A diferencia de ALONSO RIMO entiende, sin embargo, GARCÍA ALBERO que “España no puede seguir siendo un istmo en lo que a protección de determinados delincuentes especialmente peligrosos se refiere” (p. 135).

³⁶ Véase SANZ MORÁN, A.J. “De nuevo...”, cit. (nota 13), pp. 1098 ss.; “El tratamiento...”, cit. (nota 5), pp. 128 ss. y “La reincidencia...”, cit. (nota 5). De la literatura posterior destacan, en esta dirección “dualista”, con matices que ahora no podemos analizar, BOLDOVA PASAMAR, M.A. “Consideraciones...”, cit. (nota 3), p. 298, 300, 302, etc.; GRACIA MARTÍN, L. “Sobre la legitimidad...”, cit. (nota 31), p. 985 (en lo que se refiere al internamiento en un centro de terapia social, pero no si se trata de la custodia de seguridad, en relación a cuya legitimidad argumente muy detalladamente en pp. 986 ss.); GUIASOLA LERMA, C. *Reincidencia...*, cit. (nota 5), pp. 149 ss.; JORGE BARREIRO, A. “Aproximación...”, cit. (nota 31), pp. 119-120; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. “Medidas de seguridad...”, cit. (nota 5), pp. 202 ss. Por su parte, URRUELA MORA, A. si en su monografía *Las medidas...*, cit. (nota 5), pp. 257 ss., hablaba de “peligroso tránsito hacia un derecho de

las hipótesis que estamos considerando, dada la diversidad de fundamento, justificación y fines que cabe asignar a ambas formas de respuesta al delito, por más que en algún caso se aproximen en cuanto a su contenido y forma de ejecución. Y en este mismo sentido nos hemos manifestado también en las contribuciones a que venimos haciendo referencia, bien entendido que lo hacíamos insistiendo en la necesidad de una adecuada depuración conceptual en el terreno legislativo. Baste recordar, a tal efecto, que nuestro derecho positivo no observa esta exigencia mínima desde el momento en que algunas penas (principales o accesorias), medidas y mecanismos cautelares de carácter personal tienen idéntico contenido y denominación. Por otra parte, apenas es necesario insistir en que la previsión de cualquier medida –y más aún aquellas que se acumulen a la pena- debe someterse a los correspondientes criterios de legitimación³⁷ y observar, en particular, las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad que, como es notorio –aunque nuestro derecho positivo lo obvie- cobra en el ámbito de las medidas una dimensión matizada respecto a lo que sucede en el caso de la pena³⁸.

De acuerdo con este planteamiento³⁹, si bien resultaría discutible la previsión, junto a la pena, de una medida como la “custodia de seguridad” alemana, objeto –como es notorio- de intensa controversia, pese a los pronunciamientos favorables del Tribunal Constitucional alemán, la cuestión se plantea en otros términos cuando lo que acompaña a la pena es una medida no privativa de libertad, como es el caso de la “libertad vigilada”. Más aún, como también hemos expresado en otro lugar –y lo confirma, en parte, la regulación ahora introducida- ya antes de la reforma de 2010, se preveía en nuestro sistema legal esta imposición conjunta de penas y medidas (no privativas de libertad) para sujetos plenamente responsables, como sucede en el caso de la previsión, como pena accesoria, del convencionalmente denominado “alejamiento” (prohibiciones de aproximación o comunicación con la víctima), que materialmente es una auténtica medida de seguridad. Y, por otra parte, conviene recordar que muchas de las inhabilitaciones, suspensiones o restricciones de derechos impuestas *además* de la pena, tienen inequívocamente consideración de medidas en el derecho comparado.

Este planteamiento “dualista” que estamos defendiendo es el propio también de muchos de los penalistas más significativos, sin que sea necesario apelar a JAKOBS y su polémico “derecho penal del enemigo”. Baste citar a dos autores que no suscitan recelo alguno. HASSEMER, tras insistir en que “tenemos que vivir en la práctica, en el derecho penal, con el paradigma de la seguridad y contar con él a nivel teórico”, añade: “concretando, no puedo considerar, por ejemplo, que la comprensión normativa de nuestra sociedad de hoy –y seguro que de la de mañana- permita la liberación de delincuentes que, ciertamente han extinguido su pena, pero resultan peligrosos, actualmente y en alto grado, para bienes

medidas para imputables peligrosos”, en su estudio sobre la nueva medida de libertad vigilada (“Medidas de seguridad...”, cit., nota 2, pp. 657 ss.) se expresa en términos más dubitativos.

³⁷ Cfr. al respecto SANZ MORÁN, A. J. “Sobre la justificación de las medidas de corrección y de seguridad”, en BAJO FERNÁNDEZ/JORGE BARREIRO/SUÁREZ GONZÁLEZ (Coords.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid (Civitas) 2005, pp. 969-979.

³⁸ Más información en SANZ MORÁN, A.J. *Las medidas...*, cit. (nota 10), pp. 122 ss. y 175 ss. De otra opinión, por todos, ALONSO RIMO, A. “Medidas de seguridad...”, cit. (nota 8), *passim*.

³⁹ Se adhiere en buena medida al mismo y lo desarrolla con precisión GUIASOLA LERMA, C. *Reincidencia...*, cit. (nota 5), pp. 149 ss.

jurídicos centrales de otras personas”⁴⁰. Y en una de sus últimas contribuciones, justifica ROXIN la progresiva ampliación que ha experimentado en los últimos años el ámbito de aplicación de la custodia de seguridad en Alemania, entendiendo “que la peligrosidad de determinados delincuentes no puede quedar sujeta a un límite temporal determinado”⁴¹. Pero también un autor como FREUND, que rechaza radicalmente la custodia de seguridad, entiende –en lo que aquí nos afecta- que “un desarrollo de la vigilancia de conducta podría prestar una importante contribución en orden a sustituir la medida privativa de libertad de la custodia de seguridad por medidas que inciden de manera menos intensiva”⁴².

Un último dato a considerar, cuando se valora la oportunidad de incorporar al Código penal una medida de seguridad como la libertad vigilada, es la aprobación de la Decisión Marco 2008/947/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre de 2008 (publicada en el DOUE de 16 de diciembre), “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”, todavía no transpuesta al derecho español⁴³. Ahora bien, conviene recordar -lo hemos desarrollado en otro lugar⁴⁴- que este instrumento de derecho comunitario cobra un significado no coincidente con el de la nueva medida de libertad vigilada, pues se está refiriendo, fundamentalmente, a la interposición de diversos mecanismos de control de la conducta del sujeto en el contexto de la suspensión condicional de la pena de prisión, su sustitución por otra pena o en la fase final (libertad condicional) de su ejecución. Habrá que ver cómo se articula el instrumento que transponga la mencionada Decisión Marco con la regulación que de la libertad vigilada acaba de incorporar el Código Penal.

6. Pero una cosa es defender la oportunidad político criminal de incorporar a nuestro derecho positivo alguna medida que, en la línea de lo recogido en el derecho comparado y en muchas propuestas doctrinales, haga frente a la peligrosidad de determinados delincuentes una vez extinguida la pena y otra muy distinta es aprobar la concreta regulación que de la libertad vigilada hace nuestro Código Penal tras esta amplia reforma de 2010, cuestión de la que pasamos a ocuparnos, también de manera muy sucinta.

Y lo primero que debemos destacar es que la L.O. 5/2010, de 22 de junio, mantiene inalterada la situación vigente en lo que se refiere a límites máximos de cumplimiento de penas, de carácter “efectivo” cuando concurren los presupuestos del artículo 78 CP; no modificándose tampoco las previsiones relativas a la exasperación de la pena en los casos de multirreincidencia, ni removiéndose los obstáculos para el acceso al régimen abierto y a la libertad condicional. En definitiva, no encontramos modificación alguna en relación al amplio

⁴⁰ Véase HASSEMER, W. “Sicherheit durch Strafrecht”, en *HRRS* 4/2006, pp. 130-143 (p. 140).

⁴¹ Véase ROXIN, C. “De la dictadura a la democracia. Tendencias de desarrollo en el Derecho penal y procesal penal alemán” (trad. M.A. CANO PAÑOS), en *CPC* nº 100 (2010), pp. 7-28 (p. 22).

⁴² Véase FREUND, G. “Gefahren...”, cit. (nota 34), p. 208.

⁴³ Debe recordarse que la Disposición Final Sexta de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (“Incorporación de Derecho de la Unión Europea”), no menciona para nada, entre las Decisiones Marco o Directivas que tal Proyecto incorpora a nuestro derecho positivo, esta de 27 de noviembre de 2008, pese a que aparecen recogidas otras aprobadas por los mismos días, como la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, o la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal.

⁴⁴ Véase SANZ MORÁN, A.J. “Reflexiones en torno a la idea de ‘libertad vigilada’”, en ARANGÜENA FANEGO, C. (Dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Valladolid 2010, pp. 289-301.

elenco de reformas introducidas en el año 2003 -nos hacíamos eco de ellas en el apartado precedente-, de marcado carácter defensista y que han merecido una valoración crítica generalizada por parte de la doctrina. Más aún, la introducción de la novedosa medida de “libertad vigilada”, que aquí nos ocupa, tampoco ha ido acompañada de reformas significativas de la regulación de las medidas -salvo en lo que se refiere, obviamente, a la previsión de la misma, en los términos que veremos a continuación-, pese a que el régimen legal vigente en este campo ha merecido también serias objeciones⁴⁵.

La Exposición de Motivos de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, justifica la nueva medida indicando que ante la insuficiencia de la pena, “en determinados supuestos de especial gravedad (...) para excluir un elevado riesgo de reincidencia”, la opción inocuidadora a través de la prolongación de la privación de libertad chocaría “con principios elementales del Derecho Penal que la Constitución ampara”, por lo que se estima más adecuada responder a la “peligrosidad persistente del sujeto” por medio de una “medida de seguridad” que, en todo caso, no sólo persigue la protección de las víctimas, sino también “la rehabilitación y reinserción social del delincuente”. Y tras exponer los rasgos fundamentales de la regulación de esta medida, reconoce la “novedad sustancial” que supone su posible aplicación no sólo en los supuestos de inimputabilidad o semiimputabilidad, “sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa”.

La libertad vigilada aparece recogida en la relación de medidas de seguridad no privativas de libertad del art. 96.3 CP, refundiéndose en ella alguna de las previamente existentes, pero su régimen legal básico lo encontramos -junto a los complementos legislativos a los que iremos haciendo referencia- en el nuevo artículo 106 CP⁴⁶, que pasamos

⁴⁵ Nos hemos ocupado de estas mínimas reformas en la regulación de las medidas, a propósito de las previsiones del Proyecto de 27 de noviembre de 2009 -casi idénticas, en este extremo, a las del texto finalmente aprobado-, en SANZ MORÁN, A.J. “Medidas de seguridad...”, cit. (nota 14).

⁴⁶ Art. 106 CP: “1. La libertad vigilada consiste en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas:

- a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.
- b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.
- c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
- d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.
- e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.
- h) La prohibición de residir en determinados lugares.
- i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.
- j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.
- k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código.

sucintamente a considerar Bien entendido que lo que sigue no pretende, en modo alguno, constituir un estudio completo, siquiera provisional, de los problemas interpretativos que suscita este precepto, sino que apuntaremos sólo, casi en términos telegráficos, a los más significativos, dado el escaso tiempo transcurrido desde la publicación de la reforma y la orientación fundamentalmente político-criminal que –ya lo expresa así su mismo título- anima esta contribución⁴⁷.

a) *Contenido*. De acuerdo con el art. 106.1 CP, la libertad vigilada “consiste” en el “sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento” de alguna de las medidas allí enumeradas⁴⁸. La relación de éstas refunde algunas medidas de seguridad previstas con anterioridad y que ahora desaparecen del catálogo del art. 93.3 CP⁴⁹. Recuérdese que muchas de estas obligaciones o prohibiciones aparecen también recogidas como “deberes” en el contexto de la suspensión de la pena (art. 83 CP), o de la sustitución de una pena por otra (art. 88 CP). Y también la libertad condicional podrá venir acompañada de la imposición de las reglas de conducta del art. 83 CP o de las medidas previstas en el art. 96.3 CP –entre las que se encuentra la “libertad vigilada” (nº 3º)-, al que remite expresamente el art. 90.2 CP. Más aún, las “medidas” del nuevo art. 106.1 CP consistentes en prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación –letras e), f), g) y h)- coinciden ampliamente con las penas privativas de derechos recogidas en los artículos 48 y 57 CP y que, materialmente, constituyen medidas de seguridad, impuestas en atención “al peligro que el delincuente

En estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado.

Si éste lo hubiera sido a varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá referido al momento en que concluya el cumplimiento de todas ellas.

Asimismo, el penado a quien se hubiere impuesto por diversos delitos otras tantas medidas de libertad vigilada que, dado el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá de manera sucesiva, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal pueda ejercer las facultades que le atribuye el apartado siguiente.

3. Por el mismo procedimiento del artículo 98, el Juez o Tribunal podrá:

a) Modificar en lo sucesivo las obligaciones y prohibiciones impuestas.

b) Reducir la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas.

c) Dejar sin efecto la medida cuando la circunstancia descrita en la letra anterior se dé en el momento de concreción de las medidas que se regula en el número 2 del presente artículo.

4. En caso de incumplimiento de una o varias obligaciones, el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes y por el mismo procedimiento indicado en los números anteriores, podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Si el incumplimiento fuera reiterado o grave, revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, el Juez deducirá, además, testimonio por un delito del artículo 468 de este Código.”

⁴⁷ De la literatura aparecida hasta el momento de redactar estas páginas, véase sólo, ACALE SÁNCHEZ, M “Libertad vigilada”, cit. (nota 15); MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La libertad vigilada”, cit. (nota 2) y, especialmente, URRUELA MORA, A. “Medidas de seguridad...”, cit. (nota 2). Algunas de las consideraciones que siguen en el texto fueron apuntadas ya, en relación a la regulación del Proyecto de 27 de noviembre de 2009, en SANZ MORÁN, A.J. “Libertad vigilada...”, cit. (nota 14).

⁴⁸ Llama la atención MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La libertad vigilada”, cit. (nota 2), p. 5 sobre la incorrección gramatical que supone que una medida “consista en el cumplimiento de otras medidas”.

⁴⁹ En concreto, las recogidas en los números 3º, 4º, 5º, 9º, 10º, 11º y 12º del art. 96.3 CP, en la redacción anterior a esta reforma de 2010.

represente” (art. 57.1 CP)⁵⁰. De ahí que, una vez admitida la imposición de medidas a sujetos plenamente responsables, debería haber valorado el legislador la posibilidad de prescindir de las mencionadas penas privativas de derechos, remitiendo su posible aplicación a los criterios específicos del derecho de medidas.

No podemos detenernos ahora en el estudio pormenorizado de estas distintas “prohibiciones” u “obligaciones” recogidas en el art. 106.1 CP⁵¹. Más allá de la descripción de su contenido, la doctrina aparecida hasta el momento de redactar estas líneas se ha centrado, especialmente, en dos cuestiones. En primer lugar, y frente a lo que sucedía en alguno de los textos previos, sólo en el supuesto contemplado en la letra a) se hace una referencia expresa a la localización “mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente”⁵², faltando toda mención a dichos aparatos en relación a las “medidas” de prohibición de residencia, aproximación o comunicación, pese a que las penas correspondientes sí prevén el posible recurso a los mismos (art. 48.4 CP) y en el caso de la pena de “localización permanente”, el nuevo artículo 37.4 CP, incorporado en esta L.O. 5/2010, establece ahora también la posibilidad de utilizar “medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo”⁵³.

La segunda de las cuestiones controvertidas es la que se refiere a la posible imposición de tratamientos médicos. Ya el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto de 2008, había alertado sobre la previsión, entre las obligaciones que comprendía la “pena accesoria” –recordemos que ésta era su caracterización entonces- de libertad vigilada, de “la de seguir un tratamiento médico externo” y argumentaba, al efecto, con la distinción entre penas y medidas⁵⁴. Recordaba, por otra parte, el Consejo –y, con él, la doctrina mayoritaria- las previsiones que en relación al derecho a la autodeterminación

⁵⁰ Para el problema de la naturaleza de estas prohibiciones, véase, monográficamente, FARALDO CABANA, P. *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal*, Valencia 2008.

⁵¹ Más información en ACALE SÁNCHEZ, M. “Libertad vigilada”, cit. (nota 15), pp. 152 y ss., quien distingue entre prohibiciones y obligaciones que tienden a vigilar la libertad del sometido (letras a, b, c, d, i, j) y aquellas otras que tienden a proteger a la víctima (letras e, f, g, h), estudiando de manera separada el sometimiento a tratamiento médico (letra k); MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La libertad vigilada”, cit. (nota 2), p. 5, quien entiende que sólo las recogidas en las cuatro primeras letras tienen que ver con la vigilancia y, en cualquier caso, de forma poco eficaz, a diferencia del “amplio seguimiento de la actividad del reo” que comporta la “libertad vigilada” prevista en el ámbito de la LORRPM; y URRUELA MORA, A. “Medidas de seguridad...”, cit. (nota 2), pp. 661 ss., quien distingue entre medidas con carácter terapéutico, aquellas otras que tratan de incidir en la peligrosidad criminal por vía positiva o directa y las que lo pretenden por vía negativa o indirecta (p. 666). Cfr. además las observaciones críticas que, en relación al contenido de algunas de estas obligaciones o prohibiciones, efectuaba el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto de 2008 (pp. 35 ss.)

⁵² Para el problema del control mediante sistemas telemáticos, véase GUDÍN MAGARIÑOS, F. “La nueva pena...”, cit. (nota 8) y, monográficamente, OTERO GONZÁLEZ, P. *Control telemático de penados*, Valencia 2008.

⁵³ Véase, por todos, URRUELA MOLA, A. “Medidas de seguridad...”, cit. (nota 2), pp. 662-663 y 665-666.

⁵⁴ Entendía, en efecto, el Informe (pp. 46 ss.) que quien se encuentra en situación de inimputabilidad o semiimputabilidad “no puede ejercer, o no puede ejercer plenamente la decisión autónoma sobre la admisión o el rechazo del tratamiento médico. En consecuencia, esa decisión puede ser adoptada por otra persona en su lugar”, de modo semejante a lo que ocurre en el caso del internamiento no voluntario por razones de trastorno psíquico del art. 763 LECiv. “Sin embargo, esta misma lógica no puede aplicarse en el ámbito de las penas”.

personal establece la legislación sanitaria⁵⁵. La articulación de la libertad vigilada como medida, en la regulación finalmente aprobada, no disipa las dudas al respecto, pues recordemos que esta medida –lo desarrollamos a continuación- no sólo se aplica en los supuestos de inimputabilidad o semiimputabilidad, sino también a sujetos plenamente responsables. De ahí que el legislador, como nos recuerda URRUELA, haya optado por añadir, como alternativa a la “obligación de seguir un tratamiento médico externo”, la de “someterse a un control médico periódico”, tratando de obviar así las dificultades expuestas⁵⁶. Puesto que nadie discute lo pertinente de estos tratamientos médicos ambulatorios para diversas hipótesis de inimputabilidad o imputabilidad disminuida –recuérdese el carácter subsidiario que comportan los internamientos-, o incluso de aplicación de las circunstancias 2ª y 6ª del art. 21 CP -que deberían posibilitar la aplicación del régimen previsto en el art. 104 CP-, habría resultado conveniente separarlos de la “libertad vigilada” y articularlos como una medida autónoma incluida en la relación general del art. 96.3 CP en términos próximos a lo que preveía el nº 11º del art. 96.3 CP, sometiéndolos así a los criterios generales de aplicación de las medidas de seguridad. Volveremos, en todo caso, sobre esta medida ambulatoria, al ocuparnos del quebrantamiento de la libertad vigilada.

b) *Criterios de aplicación*. Aparecen recogidos en los artículos 105 y 106.2 CP. El primero de ellos prevé la imposición, con carácter *facultativo*, de la medida de libertad vigilada al decretar una medida de seguridad privativa de libertad o durante su ejecución, para los sujetos inimputables o semiimputables a los que se refiere el régimen general de imposición de medidas previsto en los artículos 101 a 104 CP. Su duración, en tal hipótesis, no podrá exceder los cinco años (mientras que en los casos de imposición preceptiva a sujetos plenamente responsables, como veremos a continuación, puede alcanzar los diez años). No podemos detenernos ahora en los diversos problemas interpretativos que suscitan las reglas del artículo 105 CP, en particular el de la coordinación de los límites temporales en él establecidos con los que, con carácter general, fijan los artículos 101 a 104 CP, en desarrollo del (discutible) principio general de proporcionalidad de las medidas que establece el art. 6.2 CP. Ya nos hemos extendido sobre el particular, proponiendo la supresión sin más de este art. 105 CP⁵⁷.

Por su parte, el número 2 del artículo 106 CP, se refiere a la *preceptiva* imposición de la medida de libertad vigilada, “siempre que así lo disponga de manera expresa este Código”, lo que sucede en dos supuestos: los de los artículos 192.1 CP⁵⁸, en el ámbito de los

⁵⁵ Viene en consideración aquí, especialmente, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica, cuyo artículo 2.2 establece que “Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios”, desarrollando los artículos 8 a 13 (capítulo IV) este “respeto de la autonomía del paciente” a través del “consentimiento informado”. Amplia información en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Valladolid 2003, pp. 119 y 235 ss.

⁵⁶ Véase URRUELA MORA, A. “Medidas de seguridad...”, cit. (nota 2), pp. 664-665, afirmando que con la nueva redacción “cabe entender que en el caso de los sujetos imputables no se impone el sometimiento a tratamiento médico, pero su aceptación o su rechazo son elementos que podrán influir en la evolución posterior de la medida de libertad vigilada” (p. 665).

⁵⁷ Véase SANZ MORÁN, A.J. *Las medidas...*, cit. (nota 10), pp. 241 ss.; “La reforma del régimen legal de las medidas de corrección y de seguridad”, en CARBONELL/DEL ROSAL/MORILLAS/ORTS/QUINTANAR (Coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid 2005, pp. 871-882 y “Medidas de seguridad...”, cit. (nota 14), p. 138.

⁵⁸ “A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad.

delitos contra la libertad sexual, y 579.3 CP⁵⁹, en el contexto de los delitos de terrorismo. En tal supuesto, la medida se cumple siempre después de la pena y, aunque impuesta en la sentencia, se concreta su contenido por el Juez o Tribunal sentenciador, en los términos establecidos en el párrafo segundo del art. 106.2 CP antes reproducido, en el momento previo a su cumplimiento. Cierran este art. 106.2 CP dos reglas relativas a la libertad vigilada posterior al cumplimiento sucesivo de varias penas privativas de libertad y al cumplimiento sucesivo de varias medidas de libertad vigilada cuyas obligaciones o prohibiciones no puedan cumplirse simultáneamente.

Veamos, en apretada síntesis, qué problemas suscita este número 2 del nuevo art. 106 CP. La primera observación crítica se refiere a los delitos a los que resulta aplicable: su limitación a los delitos contra la libertad sexual y terrorismo ha sido objeto de justificado rechazo⁶⁰. Por un lado, se ha desvinculado ya la imposición de la medida del problema de la habitualidad criminal y su tratamiento –cabe incluso, aunque limitadamente, como acabamos de ver, su aplicación a delincuentes “primarios”–; pero además, tanto el derecho comparado como algunas de las propuestas doctrinales previas, abogan por dar entrada a esta medida en supuestos de criminalidad habitual violenta y grave contra bienes jurídicos personales (vida, integridad corporal, libertad, libertad sexual, etc.)⁶¹. Pero mucho más criticable que la concreta selección de los delitos a los que cabe aplicar la medida, lo es el hecho de que ésta se desvincula por completo de los criterios generales que determinan la posible imposición de una medida de seguridad, y que con carácter general establece el art. 95 CP. En particular, dada la comisión de un delito contra la libertad sexual o de terrorismo, en los términos previstos en los artículos 192.1 y 579.3 CP, la imposición de la medida resulta preceptiva –con los matices que allí se establecen para los casos de delincuentes “primarios”–, al margen de cualquier consideración relativa a la existencia de reincidencia o habitualidad y, lo que es más significativo, de cualquier pronóstico de peligrosidad criminal⁶². Dicho en otros términos: las previsiones de los artículos 192.1 y 579.3 CP contienen una inadmisibles presunción de peligrosidad criminal –aunque mitigada por la previsión contenida en el art. 196.3, letra d) CP,

La duración de la medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor”. Para las dudas interpretativas que suscita aquí la referencia al “delincuente primario”, véase URRUELA MORA, A. “Medidas de seguridad...”, cit. (nota 2), p. 668.

⁵⁹ “A los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos comprendidos en este Capítulo, se les impondrá además la medida de libertad vigilada de cinco a diez años, y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave. No obstante lo anterior, cuando se trate de un solo delito que no sea grave cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor”

⁶⁰ Véase, por ejemplo, ACALE SÁNCHEZ, M. “Libertad vigilada...”, cit. (nota 14), quien llega a hablar de “derecho penal de autores” (p. 155); en sentido semejante se pronunciaba ya BOLDOVA PASAMAR, M.A. “Consideraciones...”, cit. (nota 3), pp. 307-8, aduciendo además que se trata de dos tipologías delictivas que tienen muy poco en común.

⁶¹ Véase, por ejemplo, GARCÍA ALBERO, R. “Ejecución de penas...”, cit. (nota 5), p. 138 o GUIASOLA LERMA, C. *Reincidencia...*, cit. (nota 5), pp. 159-160.

⁶² Como lo expresa el mismo legislador en el art. 95.1, 2ª CP: “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”.

a la que aludiremos más adelante-, que sólo se matiza si se trata de los delincuentes “primarios” autores de un único delito a los que se refieren aquellos preceptos⁶³.

Pasamos a considerar los problemas relacionados con la dimensión temporal de las medidas. Ya hemos indicado que la libertad vigilada puede llegar a un máximo de cinco años si se impone, en los términos del art. 105 CP, a inimputables o semiimputables y de hasta diez años⁶⁴, en los términos del art. 106.2, en conexión con los artículos 192.1 y 579.3 CP, si se impone a sujetos declarados plenamente responsables. Ahora bien, en este último caso, que es el que supone una auténtica novedad, como venimos insistiendo, se hace depender la duración de la medida de la gravedad de la pena impuesta y no de la peligrosidad criminal del autor, siguiendo el criticable criterio de determinación de la proporcionalidad de la medida que con carácter general establece el art. 6.2 CP, al que reiteradamente hemos tenido ocasión de referirnos⁶⁵.

En cuanto al momento de su inicio, ha suscitado alguna reserva el que aquél tenga lugar tras el cumplimiento de la pena, entendiéndose que ello convierte la medida en “predelictual”⁶⁶, sin que acertemos a ver la razón de este parecer: mal puede hablarse de una medida “predelictual” cuando se impone como consecuencia jurídica de un delito, en el momento de dictar sentencia referida a éste, aunque se difiera la concreción de las obligaciones y prohibiciones que comporta al momento de su cumplimiento, pero siempre a cargo del Juez o Tribunal sentenciador. Cuestión diversa, en la que abundan quienes se han ocupado con esta medida en las discusiones previas a la reciente reforma penal, es si no debió preverse su cumplimiento simultáneo al de la pena, aunque prosiguiera tras el cumplimiento de ésta, al modo en que sucede con la “pena accesoria” –en realidad, como hemos reiterado, “medida de seguridad”- de “alejamiento” prevista en los artículos 48 y 57 CP⁶⁷. De este modo podría darse una solución satisfactoria a dos problemas que inmediatamente se presentan al intérprete. De un lado, la posible concurrencia de dos regímenes legales distintos para el “alejamiento” en los delitos contra la libertad sexual: como pena accesoria, a cumplir simultáneamente con la principal, de acuerdo con las previsiones del art. 57 CP (no afectado

⁶³ Denunciaba ya esta presunción de peligrosidad el Informe del CGPJ al Anteproyecto de 2008 (p. 45) y lo hace también la doctrina mayoritaria. Véase, entre otros, ACALE SÁNCHEZ, M. “Libertad vigilada...”, cit. (nota 14), p. 156; BOLDOVA PASAMAR, M.A. “Consideraciones...”, cit. (nota 3), p. 308 y URRUELA MORA, A. “Medidas de seguridad...”, cit. (nota 2), p. 661.

⁶⁴ Algún autor entiende excesivo este límite máximo de diez años. Véase, por todos, MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La libertad vigilada”, cit. (nota 2), p. 5: “La medida de seguridad por encima de cinco años parece excesiva pese a las modificaciones e incidencias previstas en el art. 97 con carácter general y en el apartado 3 del art. 106 con carácter especial”.

⁶⁵ Véase sólo SANZ MORÁN, A.J. *Las medidas...*, cit. (nota 10), pp. 175 ss.

⁶⁶ En este sentido se pronunciaba el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de 2008, p. 29. En sentido análogo, por ejemplo, ALONSO RIMO, A. “Medidas de seguridad...”, cit. (nota 8), pp. 120 ss.; GARCÍA ALBERO, A. “Ejecución de penas...”, cit. (nota 5), pp. 137-138, apelando a la (muy confundente) jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación a las medidas contenidas en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (cfr. críticamente al respecto SANZ MORÁN, A.J. *Las medidas...*, cit., nota 10, pp. 149-152) y URRUELA MORA, A. “Medidas de seguridad...”, cit. (nota 2), p. 659, haciéndose eco de las observaciones del Consejo Fiscal.

⁶⁷ No podemos detenernos en esta cuestión. Cfr. al respecto, las observaciones de GARCÍA ALBERO, R. “Ejecución de penas...”, cit. (nota 5), p. 138, bien entendido que aboga por configurar la libertad vigilada como pena accesoria y no como medida, como lo hacía también el Anteproyecto de 2008; MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La libertad vigilada”, cit. (nota 2), pp. 4-5, quien recuerda la previsión al respecto del parágrafo 68 c (4) del *StGB* alemán que, para los casos de imposición facultativa de la medida –de conformidad con el parágrafo 68 (I) *StGB*-, ésta comienza con la firmeza de la sentencia que la impone; TAMARIT SUMALLA, J.M. “La integración jurídica...”, cit. (nota 5), p. 84.

por esta reforma de 2010); y como contenido concreto de la libertad vigilada a cumplir tras la pena de prisión, de acuerdo con las previsiones de los artículos 106.2 y 192.1 CP⁶⁸. Por otra parte, se presenta la dificultad de articular la libertad vigilada con el modelo progresivo de ejecución de la pena de prisión. En este sentido, advertía ya el Informe del CGPJ al Anteproyecto de 2008 frente al posible retroceso que pudiera suponer la libertad vigilada frente al régimen de la libertad condicional⁶⁹. Por eso, entiende TAMARIT que el cumplimiento simultáneo de la medida de libertad vigilada y la pena de prisión, convertiría a aquella en “operativa en caso de acceso al tercer grado o a la libertad condicional”, sin perjuicio de su eventual prolongación una vez extinguida la pena principal⁷⁰.

Si atendemos a los distintos Anteproyectos y Proyectos que precedieron a la más reciente reforma penal comprobamos cómo uno de los aspectos en los que se ha manifestado mayor incertidumbre es a la hora de determinar el órgano competente para la fijación del contenido concreto de la medida⁷¹, decidiéndose, finalmente, el legislador por asignar dicha facultad al “Juez o Tribunal sentenciador”, a propuesta del Juez de Vigilancia, de acuerdo con lo previsto en el párrafo segundo del número 2 del art. 106 CP. Estamos aquí ante una nueva muestra de las dudas a la hora de delimitar las atribuciones respectivas del órgano judicial sentenciador y el encargado de las incidencias que surjan en la ejecución de penas y medidas, cuestión sobre ya que nos hemos extendido en otro lugar⁷², lo que nos excusa de una consideración más detenida.

Como hemos indicado, el párrafo tercero del art. 106.2 CP contiene una regla relativa a la libertad vigilada posterior al cumplimiento sucesivo de varias penas privativas de libertad: habrá que esperar, en tal caso, al cumplimiento de todas ellas para proceder a lo dispuesto en el párrafo segundo de este mismo precepto en orden a la concreción del contenido de la medida. Se trata de una previsión que desconoce que las diversas penas privativas de libertad cumplidas sucesivamente constituyen, desde la perspectiva penitenciaria, una auténtica “unidad de ejecución”. Y cierra este art. 106.2 CP –también lo hemos avanzado– un párrafo que se refiere al cumplimiento sucesivo de varias medidas de libertad vigilada cuyas obligaciones o prohibiciones no puedan cumplirse simultáneamente: se

⁶⁸ Ya se hizo eco de este problema, con notable claridad, el Informe del CGPJ al Anteproyecto de 2008, pp. 34 ss. (en particular, p. 36). Véase también, tras la reforma, URRUELA MORA, A. “Medidas de seguridad...”, cit. (nota 2), pp. 673-674.

Como ya hemos indicado, debería haber ponderado el legislador, al introducir la medida de libertad vigilada, si tiene sentido mantener las mencionadas prohibiciones de aproximación y comunicación como penas privativas de derechos; en el mismo sentido se manifiesta URRUELA MORA, A. “Medidas de seguridad...”, cit. (nota 2), p. 660.

⁶⁹ Cfr. las pp. 36 ss. del citado Informe. En el mismo sentido se ha manifestado la doctrina mayoritaria. Véase, por todos, BOLDOVA PASAMAR, M.A. “Consideraciones...”, cit. (nota 3), 310-311; MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La libertad vigilada”, cit. (nota 2), p. 6 y NISTAL BURÓN, J. “La ‘libertad vigilada’...”, cit. (nota 14), pp. 2 ss.

⁷⁰ Véase TAMARIT SUMALLA, J.M. “La integración jurídica...”, cit. (nota 5), p. 84. En sentido análogo, MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La libertad vigilada”, cit. (nota 2), p. 6. Entiende, sin embargo, URRUELA MORA, A. “Medidas de seguridad...”, cit. (nota 2), pp. 672-673, que el problema planteado por el CGPJ “difícilmente se dará en la práctica”, pues en caso de acceso al tercer grado o a la libertad condicional, normalmente “no procederá la ejecución de la libertad vigilada (salvo que un cambio radical de las circunstancias del sujeto lo hagan recomendable por haberse detectado un incremento significativo de su peligrosidad criminal)”.

⁷¹ Lo analiza con detenimiento URRUELA MORA, A. “Medidas de seguridad...”, cit. (nota 2), pp. 669-670.

⁷² Véase SANZ MORÁN, A.J. *Las medidas...*, cit. (nota 10), pp. 241 ss., 293 ss.

cumplirán “de manera sucesiva”, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 106.3, del que nos ocupamos a continuación. Estas dos reglas comportan, en último término, la problemática traslación a este ámbito de criterios propios de la teoría del concurso de delitos, lo que no deja de resultar cuestionable.

c) *Incidencias en la ejecución*. Se refiere a ellas el número 3 del nuevo art. 106 CP, que faculta al Juez o Tribunal, a través del procedimiento del art. 98 CP, para modificar las obligaciones y prohibiciones impuestas (letra a), reducir la duración de la medida o poner fin a la misma (letra b) e incluso –y ello reviste singular importancia- dejar sin efecto la medida, antes incluso de concretar su contenido, por considerarla innecesaria a la luz del pronóstico positivo de reinserción (letra c). Dejando a un lado la novedad que supone la articulación de un procedimiento como el que establece el art. 98 CP⁷³, del que ya nos hemos ocupado en otro lugar⁷⁴, lo más significativo del régimen de ejecución de la libertad vigilada que acabamos de resumir, es el posible solapamiento con las previsiones del art. 97 CP⁷⁵, que se refieren a las posibles incidencias que puedan surgir durante el cumplimiento de cualquier medida de seguridad y que no ha sido objeto de modificación en esta reforma de 2010. Como ha puesto de manifiesto MANZANARES, lo previsto en la letra a) del art. 106.3 CP se refiere “al contenido concreto de una determinada libertad vigilada, y no a la medida misma”, por lo que no surgen problemas de articulación con las previsiones del art. 97 CP; por el contrario, “se detectan algunos solapamientos indeseables” entre lo dispuesto en las letras b), c) y d) del art. 97 y la letra b) del art. 106.3 CP⁷⁶. Por otra parte, la previsión relativa al “mantenimiento” de la medida impuesta, en la letra a) del art. 97 CP, no encuentra reflejo alguno en el art.106.3 CP, aunque entendemos que tiene alcance general y, por tanto, también se aplica a la medida de libertad vigilada⁷⁷. Por el contrario, sólo se refiere a la libertad vigilada la previsión del art. 106.3 letra c) CP, en el sentido de dejarla sin efecto antes de su cumplimiento, mientras que si se trata de cualquier otra medida –también nos hemos hecho eco de ello críticamente⁷⁸- no

⁷³ El nuevo art. 98 CP, en lo que resulta relevante para la medida que aquí nos ocupa, reza así: “1. A los efectos del artículo anterior, cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar, al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma. Para formular esa propuesta el Juez de Vigilancia deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene.

2. (...)

3. En todo caso, el Juez o Tribunal sentenciador resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes a los que respectivamente se refieren los dos apartados anteriores, oída la propia persona sometida a la medida, así como el Ministerio Fiscal y las demás partes. Se oirá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieran personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto.”

⁷⁴ Véase SANZ MORÁN, A.J. “Medidas de seguridad...”, cit. (nota 14), pp. 136-137. Cabe destacar, en el procedimiento recogido en la nota precedente, el trámite de audiencia a las víctimas no personadas, exigencia que no se da, como es notorio, cuando se trata de la imposición de una “pena” de alejamiento.

⁷⁵ Para los problemas que presenta este artículo 97 CP permítasenos remitir a SANZ MORÁN, A.J. *Las medidas...*, cit. (nota 10), pp. 301 ss. y “La reforma...”, cit. (nota 57), pp. 876-877.

⁷⁶ Véase MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La libertad vigilada”, cit. (nota 2), p. 6.

⁷⁷ Entiende, sin embargo, MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La libertad vigilada”, cit. (nota 2), p. 6, que la falta de mención del “mantenimiento” de la medida en el art. 106.3 CP comporta que el Juez de Vigilancia no pueda elevar propuesta de “mantenimiento” de la libertad vigilada.

⁷⁸ Cfr. las referencias de la nota 75.

cabe plantear siquiera la suspensión condicional de su ejecución, de modo paralelo a lo que sucede en el caso de las penas y como se prevé en otros ordenamientos jurídicos.

d) *Quebrantamiento de la medida*. Nuevamente encontramos aquí falta de coordinación entre los preceptos que vienen en consideración. Así, de conformidad con el art 468.2 CP se impone “en todo caso” la pena de prisión de seis meses a un año a “aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada”. Sin embargo, el número 4 del art. 106 CP establece un régimen específico para el quebrantamiento de esta medida, distinguiendo entre mero “incumplimiento de una o varias obligaciones”, en cuyo caso el Juez o Tribunal “podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas” y el incumplimiento “reiterado o grave, revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas”, supuesto en el cual se “deducirá, además, testimonio por un presunto⁷⁹ delito del artículo 468 de este Código”. Es decir, el incumplimiento de algunas de las prohibiciones u obligaciones impuestas no equivale al quebrantamiento de la medida, con las consecuencias previstas en el art. 468 CP. En cualquier caso, y como también hemos reiterado⁸⁰, resulta muy discutible mantener el criterio general de que el quebrantamiento de cualquier medida conlleva la deducción de testimonio por delito de quebrantamiento de condena, entender que se lesiona en tal hipótesis el bien jurídico protegido por el art. 468 CP. Recuérdese que la redacción originaria del Código Penal, antes de la reforma introducida por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, permitía sólo deducir aquel testimonio en caso de quebrantamiento de medida *privativa de libertad* impuesta a sujeto *semiimputable*, lo que parece más adecuado. Ciertamente, la medida de libertad vigilada presenta la particularidad de que no sólo se puede imponer a sujetos inimputables o semiimputables, sino también a sujetos plenamente responsables, supuesto este último en que quizás quepa matizar lo que acabamos de afirmar. Pero incluso en este supuesto no se justifica claramente la excepción al criterio general del art. 468.1 que prevé una simple multa para quien quebranta una medida no privativa de libertad.

Para complicar aún más el tratamiento legal de las hipótesis de quebrantamiento de la libertad vigilada, vemos como el art. 100 CP, que se ocupa con carácter general del quebrantamiento de las medidas, manteniendo inalterados los dos primeros números y el inciso primero del número 3⁸¹, incorpora una regla específica referida a la “negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido”, supuesto que “no se considerará quebrantamiento”, pudiendo el Juez o Tribunal “acordar la sustitución del tratamiento inicial o posteriormente rechazado por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate”. Recordábamos más arriba el sentido de las dudas que la doctrina mayoritaria, y el mismo CGPJ en su Informe al Anteproyecto de 2008, albergaban en relación a la inclusión, entre las obligaciones de la libertad vigilada, de la de “seguir tratamiento médico”. Tratando de salir al paso de ellas, el Proyecto de 27 de noviembre de 2009, introdujo una regla específica en cuya virtud distinguía

⁷⁹ Advierte acertadamente REBOLLO VARGAS, R. “Libertad vigilada...”, cit. (nota 14), p. 149, sobre la inadecuada utilización del término “presunto” en este contexto.

⁸⁰ Véase SANZ MORÁN, A.J. *Las medidas...*, cit. (nota 10), pp. 308 ss.; “La reforma...”, cit. (nota 57), p. 879 y, tras la reforma de 2010, en “Medidas de seguridad: régimen general”, en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia 2010, pp. 139-145 (p. 143).

⁸¹ Donde, por cierto, se preceptúa también la deducción de testimonio por quebrantamiento de cualquier medida, en sentido análogo al 468.2 CP y sin los matices que introduce, en el caso de la libertad vigilada, el art. 106.4, tal y como acabamos de indicar.

entre negativa del sujeto al tratamiento e “interrupción injustificada de dicho tratamiento cuando lo haya consentido” y aclaraba que sólo en este último caso cabía hablar de quebrantamiento. Con ello no desaparecían las dudas sobre la posible contradicción con el reconocimiento de la autonomía del paciente en el ámbito de la legislación sanitaria, en los términos ya indicados. De ahí que en la tramitación parlamentaria del Proyecto se modificó –y fue ésta la única variación introducida en materia de medidas, además de los cambios en la Exposición de Motivos, a los que ya hemos aludido- la redacción del número 3 del art. 100 CP, rechazando ahora, como hemos visto, que la negativa al tratamiento médico o a su prosecución pueda dar lugar al quebrantamiento de la medida. Ahora bien, lo llamativo es que ello no se establezca en el contexto de la regulación de ésta (art. 106 CP), sino en el art. 100 CP, lo que pone de manifiesto que, como indicábamos más arriba, quizás habría sido más razonable articular el tratamiento médico como medida genérica en el artículo 96, desligándolo de las concretas obligaciones de la medida de libertad vigilada. Pero sucede además que las soluciones arbitradas al respecto en los artículos 100.3 y 106.4 CP no son coincidentes, pues mientras que en este último, el incumplimiento de alguna de las obligaciones de la libertad vigilada conduce a su posible sustitución por otra, si la obligación incumplida es la que recoge la letra k) del art. 106.1 CP (seguir un tratamiento médico externo), el art.100.3 CP lo que prevé es su sustitución por “otra medida entre las aplicables al supuesto de que se trate”, es decir, alguna de las previstas en el art. 96 CP, nueva manifestación del carácter autónomo que, frente a la libertad vigilada, cobra esta obligación de seguir un tratamiento médico, incluso a los ojos del legislador⁸².

Hasta aquí el repaso, necesariamente sucinto, de algunos problemas interpretativos que suscita la regulación legal de la nueva medida de libertad vigilada. Pero no debemos cerrar este apartado sin recordar un aspecto sobre el que la doctrina se ha expresado con absoluta unanimidad: el éxito de la nueva medida depende fundamentalmente del esfuerzo económico que se despliegue para cubrir las exigencias materiales y personales que requiere una adecuada función de vigilancia⁸³. Es por ello deplorable que no se haya aprovechado la reforma para introducir en nuestro sistema legal una institución equivalente a la del *probation service* del ámbito jurídico anglosajón, con funcionarios especializados y dotada de la debida asignación presupuestaria. Resultan absolutamente insuficientes, a este respecto, las previsiones contenidas en los artículos 98 y 105 CP. El primero de ellos, se refiere genéricamente a “los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes”. Y, en términos igualmente inconcretos, establece el párrafo final del art. 105 CP, que “el Juez o Tribunal sentenciador dispondrá que los servicios de asistencia social competentes presten la ayuda o atención que precise y legalmente le corresponda al sometido a medidas de seguridad

⁸² Para el problema del quebrantamiento de la medida de libertad vigilada, véase, por todos, MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La libertad vigilada”, cit. (nota 2), p. 7 y UURUELA MORA, A. “Medidas de seguridad...”, cit. (nota 2), p. 671.

⁸³ Véase, por todos, BOLDOVA PASAMAR, M.A. “Consideraciones...”, cit. (nota 3), p. 313; GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, F. “La nueva pena...”, cit. (nota 8), pp. 16 ss.; MAGRO SERVET, V. “La figura...”, cit. (nota 8), *passim* y UURUELA MORA, A. “Medidas de seguridad...”, cit. (nota 2), pp. 657 y 671 ss.

no privativas de libertad”⁸⁴. Apenas es preciso insistir en lo alejadas que están estas previsiones legales de configurar un verdadero “derecho de ejecución de medidas” (*Massnahmenvollzugsrecht*), como el que encontramos en otros sistemas legales.

7. Como apuntábamos a propósito de la regulación que de la libertad vigilada ofrecía el Proyecto de 27 de noviembre de 2009⁸⁵ –casi idéntica a la finalmente aprobada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio-, hay que destacar, en las previsiones introducidas, dos datos centrales que contrastan con las previsiones contenidas en los Anteproyectos y Proyectos anteriores y que merecen un juicio positivo. En primer lugar, el legislador se decide por fin a llamar a las cosas por su nombre y nos dice que estamos ante una medida y no, como sucedía en los trabajos previos, donde era calificada como pena (aunque también se la recogiera en alguno de ellos en el catálogo de medidas). Resulta ocioso extenderse sobre este particular. Sólo el hecho de querer mantener a ultranza el criterio “neomonista” que inspira la regulación de las medidas ofrecida por nuestro Código, en el sentido de entenderlas siempre como alternativa a la pena -de modo que únicamente entran en consideración en los supuestos de inimputabilidad e imputabilidad disminuida, nunca si el sujeto es plenamente responsable-, llevó a incluir entre las penas esta “libertad vigilada” (al igual que el alejamiento que ahora aparece comprendido en ella), pese a su inequívoco carácter de medidas. Se rompe así, en segundo lugar, aquel criterio y el Proyecto que comentamos asume ya plenamente la posible imposición conjunta de penas y medidas (dada su distinta naturaleza, contenido y función), pese al reconocimiento de la plena responsabilidad del sujeto. Es de justicia reconocer la notable claridad con la que el CGPJ había venido pronunciándose a propósito de estas cuestiones fundamentales.

El problema reside en que el legislador debería haber ido más allá y haber reconsiderado hasta que punto, muchas de las “penas” privativas de derechos, que además pueden imponerse como “accesorias” de la pena principal, no constituyen en realidad “medidas” y como tales deben ser tratadas, lo que vale, ante todo, para los denominados “alejamientos”. Eso sí, la caracterización como “medidas” debe serlo con todas sus consecuencias y, por tanto, sometiéndolas al fundamento y presupuestos de aplicación de esta consecuencia jurídica del delito. No lo hace así el legislador, en el caso de la nueva medida de libertad vigilada, desde el momento en que no la hace depender de un juicio individualizado de peligrosidad criminal, sino que, cuando la medida se aplica a sujetos plenamente responsables, ello se hace con base en inadmisibles presunciones de peligrosidad, desvinculando además esta respuesta excepcional del problema de la habitualidad o contumacia en la realización delictiva, cuestión que, pese al intenso debate político criminal suscitado, sigue sin encontrar otra respuesta en nuestro modelo legal que la desmesurada exasperación de la pena. Por otra parte, y entrando ya en la regulación concreta de la medida, además de ser cuestionable la inclusión en ella –y no como medida de alcance general- de obligaciones como la de seguir tratamiento médico, los problemas interpretativos más significativos surgen por no haber acompañado la introducción de la libertad vigilada de una reconsideración general de la actual regulación de las medidas, lo que habría evitado

⁸⁴ Nos recuerda, además, MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La libertad vigilada”, cit. (nota 2), pp. 7-8, que la legislación penitenciaria en modo alguno asigna a las instituciones de asistencia social funciones de “vigilancia”.

⁸⁵ Véase SANZ MORÁN, A.J. “Libertad vigilada...”, cit. (nota 14), pp. 141-142.

solapamientos indeseables en asuntos como la fijación de los límites máximos de cumplimiento, las incidencias en la ejecución de las medidas, o las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones o prohibiciones impuestas. Ello por no mencionar dos problemas centrales del “derecho de medidas” que siguen también sin encontrar adecuada respuesta: el establecimiento de un modelo de distribución de funciones entre el órgano judicial sentenciador y el Juzgado de Vigilancia penitenciaria y la inexistencia de un verdadero “derecho de ejecución de medidas”, con las correspondientes provisiones de medios humanos y materiales para un adecuado seguimiento de su curso.

Derecho penal, prevención y responsabilidad social corporativa.

PROF. DRA. RAQUEL ROSO CAÑADILLAS

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Alcalá

Resumen: En la última década países de nuestro entorno han declarado sin ambages la responsabilidad penal de la persona jurídica. El CP español también lo ha hecho. El Derecho Penal forma parte de lo que he denominado “regulación de la presión”, cuyo fin político-criminal consiste en afianzar un “hacer responsable corporativo”. No obstante en el trabajo se plantea la conciliación entre la responsabilidad penal de la persona jurídica y el sistema de un Derecho penal instalado en la persona física. Pero sea como fuere la respuesta dada a esta cuestión, partiendo de la regulación del CP tras la reforma de 2010, en el trabajo también se elabora un análisis global del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Abstract/Zusammenfassung: Im letzten Jahrzehnt haben andere Länder unserer Umgebung ohne Umschweife die strafrechtliche Haftung der juristischen Person vorhergesehen. Auch hat es das spanische StGB getan. Das Strafrecht macht einen Teil von der von mir benannten „Druckregelung“ aus, deren kriminalpolitischer Zweck darin liegt, ein „verantwortliches Tun der Verbände“ sicherzustellen. Dennoch stellt die Arbeit die Möglichkeit der Zusammenpassung von strafrechtlicher Verantwortlichkeit der juristischen Person und einem auf der menschlichen Person aufbauenden Strafrechtssystem auf. Immerhin geht die Arbeit von der Regelung des spanischen StGB nach der Reform in 2010 aus und wird ausführlich das neue System strafrechtlicher Verantwortlichkeit der Verbände analysiert.

Palabras clave: *Responsabilidad social corporativa, personas jurídicas, responsabilidad penal de las personas jurídicas.*

Keywords/ Schlüsselworte: *Gesellschaftliche Verantwortung der Verbände; juristische Personen, Verbände; strafrechtliche Haftung oder Verantwortung der Verbände*

I. Responsabilidad social corporativa: Definición y antecedentes.

Es difícil determinar la definición de responsabilidad social corporativa¹. Este término tiene sus antecedentes en el siglo XIX en el marco del Cooperativismo y del Asociacionismo e iba dirigido a conciliar la eficacia empresarial con principios sociales democráticos y de justicia distributiva, pero es en los años 50 y 60² cuando surge el concepto, y en los años 90 cuando se puede hablar de una expansión del concepto y de su implantación estratégica en el mundo empresarial y corporativo (el de las corporaciones: *corporations*, que es la denominación en inglés de las personas jurídicas), favorecida por el fenómeno de la globalización, del desarrollo de las nuevas tecnologías, del aceleramiento de la actividad económica y de un cambio en la conciencia social, emergiendo lo que se ha denominado conciencia ecológica.

Efectivamente, la RSC experimenta un desarrollo primario y principal en el ámbito del medio ambiente, como consecuencia del impacto que tiene la actividad empresarial en este medio, pues son las empresas las principales consumidoras de materias primas y las que generan más sustancias contaminantes, por lo que se trabaja y se diseña, en un primer momento, un modelo empresarial respetuoso con el medio ambiente, exigido por el usuario y consumidor final del producto, que ha tomado conciencia del “despilfarro” medioambiental. No obstante, la RSC amplía su espectro y se constituye como una estrategia empresarial de contenido ético que se encuentra presente en cada sector de actividad, si la perspectiva es externa, y en los procesos, métodos, estructura organizativa, competencial y relaciones con sus trabajadores, si la perspectiva es interna.

*Abreviaturas: CGPJ: Consejo general del Poder Judicial; CPCr: Cuadernos de Política criminal (revista); EDJ: Estudios de Derecho Judicial. CGPJ, Madrid; LH: Libro-Homenaje; LL: La Ley (revista); InDret: revista electrónica; PJ: Poder Judicial (revista); RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; RSC: Responsabilidad Social Corporativa.

¹ VÁZQUEZ ALBERT, Daniel: Prólogo, en: SATORRAS FIORETTI, Rosa M^a, Responsabilidad social corporativa: La nueva “conciencia” de las empresas y entidades, Barcelona, Bosch, 2008, p. 16: “Para empezar con los problemas, ni siquiera existe una definición universalmente aceptada del término RSC, aunque pueden encontrarse cientos de conceptos, que nos remiten de forma más o menos indefinida a la contribución de las empresas al bienestar de la sociedad en su conjunto, especialmente en aspectos relacionados con el medio ambiente, los derechos humanos o la protección de los trabajadores”

² SATORRAS FIORETTI, Rosa M^a, Responsabilidad social corporativa: La nueva “conciencia” de las empresas y entidades, Barcelona, Bosch, 2008, p. 27: “El concepto de Responsabilidad Social Corporativa (RSC) –también llamado, sobre todo en sus inicios Responsabilidad Social de la Empresa (RSE)– surgió en los Estados Unidos entre finales de los años 50 y principios de los 60, ligado a todo el movimiento ideológico derivado de acontecimientos tan diversos como la Guerra de Vietnam o el problema del *apartheid*”.

Partiendo de estos datos, considero que son tres las notas que contribuyen a conformar su definición³: 1) necesariamente tiene que ser un concepto amplio y genérico, en el que quepan todos los sectores de actividad y sus especificidades; 2) su contenido está sometido a constante desarrollo y evolución; por tanto es un concepto dinámico y adaptativo; 3) el planteamiento conceptual tiene que recoger lo común, que viene dado por el objetivo que se persigue con su puesta en práctica. Así por RSC se entiende el compromiso que tienen las corporaciones y empresas para contribuir al aumento del bienestar de la sociedad local y global, pero ello sin olvidar la eficacia o rentabilidad empresarial, algo intrínseco a la actividad económica y estrictamente necesario, desde la lógica paradójica, también para generar riqueza. Por ello, la RSC consiste en “la contribución activa y *voluntaria*⁴ al mejoramiento social, económico y ambiental por parte de las empresas, generalmente con el objetivo de mejorar su situación competitiva, además de su valor añadido, la responsabilidad social corporativa va más allá del cumplimiento de la leyes y las normas. Engloba un conjunto de prácticas, estrategias y sistemas de gestión empresariales que persiguen *un nuevo equilibrio*⁵ entre las dimensiones económica, social y ambiental. Todo ello orientado a ayudar a poner las bases para una sociedad mejor y más justa”⁶

En la definición anterior se encuentran apuntados dos objetivos que son los que se quieren alcanzar con la implantación de la RSC: 1) Una motivación altruista y comunitarista, solidaria con la comunidad, debido a la toma de conciencia del compromiso moral o ético-social de las corporaciones para, más allá de evitar el daño o perjuicio social, dar un paso más y contribuir al bienestar social responsabilizándose del mismo. 2) Y simultáneamente una motivación económico-utilitaria –egoísta pero no incompatible con la anterior–, que es la que *verdaderamente* impulsa a las empresas y corporaciones a promover en su actuación la RSC: La existencia de un compromiso social y responsable genera confianza en el destinatario del producto o servicio y la preferencia en su elección. La buena imagen vende. La empresa o corporación aumenta sus niveles de competitividad y el resultado es la rentabilidad económica.

³ Sobre la definición, sus orígenes y su relevancia actual cfr. SATORRAS FIORETTI, Responsabilidad social corporativa: La nueva “conciencia” de las empresas y entidades, 2008, pp. 27 ss.

⁴ Sin cursiva en el original.

⁵ Sin cursiva en el original.

⁶ MUÑOZ, Pedro A., La rentabilidad de la buena imagen en: Extra: Responsabilidad Social Corporativa, Diario El País, 23 de noviembre de 2008, extra II y III.

Y no es reprochable en ningún caso que la empresa persiga el beneficio económico, porque en un sentido estricto y desde la fijación de objetivos es precisamente lo que debe perseguir, ya que sin la creación de riqueza la empresa está condenada a su desaparición. Lo que sí se puede reprochar es la actitud empresarial o corporativa. Si barajamos posibilidades, habrá corporaciones que no se guíen en muchos de sus ámbitos o en ninguno por un actuar responsable y sólo les mueva el objetivo netamente mercantilista. Otras en cambio mantienen el objetivo mercantilista, pero lo adecuan a las prácticas responsables. Ello nos conduce directamente a preguntarnos por los motivos que seducen a la corporación a implementar políticas responsables y a contribuir al bienestar social. Si la corporación lo hace sólo y exclusivamente porque es un medio más para aumentar sus balances anuales de ganancias, en cuanto sufra algunas pérdidas momentáneas originadas por un hacer responsable desaparecerá el incentivo de mantenerse en ese modo de actuar. Este tipo de corporaciones acogen las prácticas responsables, porque es un modo rápido de generar riqueza, pero al menor obstáculo se desvinculan de un código ético que tiene un carácter voluntario y que les impide llegar al volumen de negocio y de beneficios ambicionado, sin reparar si en un futuro tendrán materia prima para seguir con esa actividad productiva, sin reparar si la mano de obra seguirá soportando esas condiciones de trabajo, sin reparar si el producto final puede generar graves secuelas en la salud de los consumidores, sin reparar en el impacto que social, económico y medioambiental puede tener su hacer no responsable. Este tipo de empresas mercantilizan el hacer responsable de la peor forma posible y terminan abandonando si no extraen de todo ello una rentabilidad tangible y a corto plazo. Si la corporación lo hace desde el convencimiento de que generar riqueza y beneficios no se puede hacer de cualquier manera y a cualquier precio, asumirá tener un volumen de beneficios ajustado a prácticas responsables, asumirá los costes que se originan desde un hacer responsable como algo necesario y no como un obstáculo en su carrera desenfundada por obtener cuantos más beneficios y más rápidamente mejor y aprenderá y comprobará que a medio y largo plazo el futuro de la empresa no se verá comprometido⁷, porque precisamente las prácticas

⁷ Sobre la sostenibilidad y continuidad de la empresa a medio y largo plazo y como contribuye ello a su fundamento último, la creación de riqueza, cfr. SATORRAS FIORETTI, Responsabilidad social corporativa: La nueva “conciencia” de las empresas y entidades, 2008, 39. Incidiendo igualmente en la necesidad imperiosa de la viabilidad económica de una empresa a largo plazo se encuentra la definición de ‘empresa sostenible’ contenida en el punto 2.4 del “Código de Gobierno de la empresa sostenible” realizado por la Fundación Entorno; el Instituto de Estudios Superiores de la Empresa (IESE) y Pricewaterhouse Coopers, cuyo destinatario son todas las empresas españolas. Las empresas con una trayectoria y proyección futura a medio y largo plazo inspiran más confianza y pueden comprometerse en la realización de prácticas responsables. Las empresas que pretenden un mantenimiento a corto plazo trasladan la idea de una persecución de beneficios a toda costa, por lo que no implantarán prácticas responsables y no se conciben como empresas sostenibles.

responsables habrán contribuido en gran medida a la pervivencia de la empresa en el mercado, generando un volumen de negocio, de riqueza y de beneficios continuo. Se trata de encontrar un círculo virtuoso, en el que se concilien las prácticas responsables con las mercantilistas, sin confundir este planteamiento con la filantropía. Simplemente, la corporación tiene que llegar al autoconvencimiento de que sin prácticas responsables se pone en riesgo su propia pervivencia en el mercado y que no hay mejor modo de hacer las cosas en este ámbito que conseguir el interés propio sin perder de vista el interés común.

Volviendo al juicio de reproche, no se cuestiona de ningún modo que la empresa tenga como objetivo la ganancia, pero sí se ha llegado en las sociedades avanzadas a un punto evolutivo de la reflexión social en el que se cuestiona el modo de hacerlo y se reprochan actitudes no responsables o actitudes en las que, si se escarba un poco, se puede descubrir cómo la empresa se sube al tren de la responsabilidad social corporativa para utilizar el hacer responsable como una capa de maquillaje. Estas conductas son más reprochables si caben, pues introducen el engaño, el fraude, vician la relación de la corporación con la sociedad y crean falsas expectativas en los *stakeholders*⁸.

II. El carácter voluntario de la Responsabilidad social corporativa: La autorregulación.

La RSC, según se afirma generalmente, no está regulada y su cumplimiento es voluntario. La cuestión de su regulación genera no pocas controversias y la respuesta a esta cuestión influye obviamente en su carácter actual de voluntariedad y en lo que está en juego de modo latente y subyacente: la libertad empresarial y la prioridad, en caso de confrontación, del *business case* frente al *social case*.

El tema es delicado porque no se quiere caer en un intervencionismo estrangulador, pero ha llegado el punto de que tampoco se consiente el liberalismo a ultranza, el cual ha servido como ideología catalizadora, que ha contribuido a mantener a las corporaciones en la creencia de que el planteamiento netamente mercantilista era el adecuado, sin medir las consecuencias de ese orden espontáneo que proclama el liberalismo económico con el dejar hacer y el dejar pasar y sin ampliar la visión y la perspectiva, porque se encontraban en un nivel de confort, que les proporciona la ideología liberal llevada a sus últimas consecuencias, y

⁸ Término anglosajón de difícil traducción. Se entiende por él cualquier persona o entidad que queda afectada o es afectada por las actividades de una organización. Los afectados por la actividad de una empresa pueden ser internos: accionistas, empleados, socios, propietarios... o externos: clientes, proveedores, consumidores, ONGs, Estado, sindicatos, asociaciones, etc.

al cual es difícil resistirse y abandonar. Sólo se podía producir un cambio corporativo si se producía un cambio en la conciencia social, pero éste no llegaba. Los cambios en el individuo y por extensión en la Sociedad casi siempre se producen, cuando se materializan las consecuencias de los comportamientos y de las conductas. Han tenido que ocurrir verdaderos desastres ecológicos, económicos y financieros⁹, que nos han sumido en grandes crisis, para que la sociedad despierte, pida cuentas de la gestión corporativa y castigue con medios indirectos de presión, que al mismo tiempo inciden en el cambio de conciencia empresarial, el cual afortunadamente se está produciendo lentamente y se orienta hacia prácticas responsables.

El cambio social pide y exige que las prácticas y actividades de las empresas se regulen de alguna manera, ya sea mediante una autorregulación o una regulación externa y homogénea. ¿Cómo intervenir en este ámbito sin restar libertad de acción y de decisión a las corporaciones y obteniendo al mismo tiempo una óptima satisfacción social? ¿Lo debe hacer cada Estado, se debe llegar a un catálogo de principios comunes? Ante este escenario los organismos internacionales, principalmente la ONU, han optado por unir a la Comunidad Internacional y conseguir su compromiso en forma de Pacto Mundial, elaborando una serie de principios, por los que se rigen los Estados comprometidos y que han asumido libre y voluntariamente. Se trata en definitiva de “la creación de un mínimo común ético de actuación respetado por todas las empresas del mundo y la sociedad civil, aunadas por las propias agencias de Naciones Unidas en aras de la asunción y mantenimiento de determinados principios rectores de su actividad con base en los derechos irrenunciables afirmados en tres Declaraciones internacionales de referencia y ámbito global, como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de Río sobre Desarrollo y Medio Ambiente”¹⁰.

Conseguir este Pacto Mundial o *Global Compact* es un buen inicio para la consecución del objetivo. De esta manera se logra que la Comunidad Internacional asuma unos Principios Generales y Comunes, que inspirarán transversalmente las regulaciones propias de los Estados comprometidos e incentivará el desarrollo de tales principios, en directrices y protocolos más

⁹ Como ejemplo de ello, entre otros, los casos Enron, Worldcom, Parmalat, Prestige, Boliden.

¹⁰ SATORRAS FIORETTI, Responsabilidad social corporativa: La nueva “conciencia” de las empresas y entidades, 2008, p. 68.

concretos y adaptados a la idiosincrasia de cada país y de cada sector de actividad¹¹. Se trata de un movimiento en cascada, que se ha iniciado en el vértice de la pirámide organizativa internacional, desde donde se han convenido los principios rectores básicos, y va bajando a cada uno de los niveles en los que se pretende su implementación concreta.

Es un gran paso haber llegado a formular principios rectores, directrices, recomendaciones. Es el primer paso, pero el fruto de este esfuerzo sólo se consigue si las corporaciones aplican y siguen la forma indicada de un proceder responsable. Con lo que un segundo paso es saber *qué medios utilizar* para llegar a tal fin. Ello implica un cambio de mentalidad y una concienciación social de la empresa a la que ésta no está acostumbrada, por lo que los cambios deben ser paulatinos pero constantes. Por ello es importante elegir los métodos de seguimiento y de evaluación de la empresa, los métodos para medir, controlar y evaluar la implementación de prácticas responsables en la corporación. Pero más importante es el encontrar el método por el que se logre instaurar el modo de hacer responsable dentro de la corporación y se convierta en una cuestión incontestable. Los incentivos pueden ser muchos como otorgar subvenciones estatales, sellos de calidad, publicidad gratis de los productos de la empresa, etc., pero en ello influye mucho la situación del mercado, si estamos en crisis o en periodo de bonanza y si las empresas del mismo sector de actividad resultan ser más competitivas alcanzando más cuota de mercado, siendo uno de sus estandartes el no seguimiento de prácticas responsables. Dicho esto, es interesante sobresaltar que la autorregulación y el carácter voluntario nos puede llevar a una situación oscilante y de inseguridad y a que el compromiso corporativo se debilite. ¿Éste es un riesgo que la sociedad puede correr?

¹¹ Así en el ámbito europeo, se elaboró el Libro Verde, destacable entre otras Resoluciones y Declaraciones que también han tenido lugar en el Marco europeo, aprobado por la Comisión de las Comunidades Europeas en Bruselas (18-7-2001), y que constituye el resultado de otros antecedentes, como la Declaración Final del Consejo de Europeo de Lisboa en marzo de 2000. Con el Libro Verde se fomenta, sobre todo, el debate sobre una cuestión fundamental: cómo incentivar el desarrollo de la responsabilidad social de cualquier tipo de empresa, ya sea europea o internacional. En el ámbito estatal y por lo que concierne a España, siguiendo los principios marcados por el Pacto Global y las directrices europeas se han elaborado dos informes por dos comisiones distintas: El informe Olivencia (1998), que estudia el gobierno de las sociedades cotizadas y dedica un apartado III al Código de Buen Gobierno, y el Informe Aldama (2003), en el que se tratan sobre todo el principio de transparencia y los deberes de lealtad y de diligencia de los administradores. Ambos informes han servido de antecedentes e incentivos para que el legislador recoja algunas de las sugerencias (p.ej. el informe Aldama hablaba expresamente de la conveniencia de un soporte normativo adicional a la propia autorregulación) y conclusiones en la llamada Ley de Transparencia de las sociedades cotizadas (Ley 26/2003), dando un salto cualitativo al cambiar la naturaleza: lo que eran recomendaciones pasan a ser normas y desaparece el carácter voluntario de las prácticas.

La corporación se ha convertido en un ente que participa e interviene activamente en las interrelaciones sociales, por ello éstas son cada vez más complejas al no producirse directamente entre individuo e individuo, sino entre personas jurídicas que se han convertido en el vehículo de la voluntad de un grupo de personas físicas. Las decisiones no son tomadas a título individual, sino por órganos colegiados formados por un número X de individuos, pero la decisión de igual manera incide inalterablemente en la vida de la sociedad, ya que sigue siendo el resultado de la voluntad humana. Si la decisión se ejecuta, se convierte en acción y las acciones en determinados ámbitos sólo producen beneficios o perjuicios, no parece que exista lugar para una zona de grises o para la neutralidad. No hay acciones neutras en determinados ámbitos. Esto es lo que ocurre en el ámbito de la empresa. La corporación es un microcosmos en el que constantemente tienen lugar acciones que influyen en parcelas sensibles del individuo y de la sociedad y cuyas decisiones y su modo de hacer no pasan inadvertidos, sino que tienen una repercusión directa en la comunidad, ya sea en el ámbito local, autonómico, nacional o internacional, dependiendo del tamaño de la empresa. Por ello, la autorregulación puede ser el instrumento en determinados ámbitos para alcanzar la excelencia ética, como un sello de calidad ético, pero dado que la sociedad no puede permitirse correr determinados riesgos y que la persona jurídica influye en aquélla e interactúa en el tráfico jurídico, también tiene que aceptar y someterse a la regulación externa dada en cada caso. Y no olvidemos una consecuencia fundamental como es el hecho constatable de que las decisiones tomadas por las empresas siempre afectarán a más personas que la decisión tomada por un solo individuo en su ámbito privado, por lo que el resultado negativo de sus acciones, si atendemos al número de afectados, siempre será más disvalioso que el de las acciones de la persona física unipersonal.

III. Derecho penal y responsabilidad social corporativa

Como dejaba entrever en el epígrafe anterior, hay riesgos económicos, riesgos laborales, riesgos medioambientales, riesgos que afectan a la salud pública, etc. que la sociedad no puede soportar sin sufrir un deterioro notable por mucho que la rentabilidad económica de la empresa en un punto álgido e insostenible alcance sus cuotas máximas;-sería a modo de expresión plástica como el cuerpo de un atleta puesto al límite en el momento en el que se alcanza su mayor potencial y una coincidente fatalidad: su muerte por fallo multiorgánico. Cuando se habla de este tipo de riesgos y de sus graves consecuencias se piensa inmediatamente en el Derecho penal, pensamiento azuzado por la alarma que fluye y cala en la conciencia social. Desde una perspectiva intuitiva la sociedad demanda la aplicación del

Derecho penal, porque considera que es la respuesta adecuada a unas consecuencias de gran magnitud. El Derecho penal existe, no sólo para prevenir, entre otras, prácticas que nos pueden conducir directamente a la destrucción, porque en muchos casos ya no hay vuelta atrás y la consecuencia es irreparable, pero además estas prácticas son exponencialmente virulentas cuando han alcanzado la cualidad de producirse a gran escala, pasando de la microcriminalidad a la macrocriminalidad. El Derecho penal señala unos límites que traspasados por cualquier comportamiento humano arrancan el mayor nivel de intolerancia de la sociedad y reciben una pena como respuesta jurídica. El Derecho penal se basa en comportamientos humanos voluntarios y libres y en personas físicas capaces de entender la norma y la consecuencia jurídica de la que se pueden hacer acreedores si la transgreden.

En el mundo corporativo, el Derecho penal tenía poca presencia, no resultaba necesario. No se daba el mismo fenómeno en otras ramas del Derecho que o bien tenían precisamente a las corporaciones como objeto de estudio y de regulación, o bien regulaban sus relaciones con otros actores jurídicos como los trabajadores, proveedores, clientes, Estado, etc. Ya en estos ámbitos se puede constatar que la norma orientaba la conducta de la corporación hacia un camino impuesto: le daba personalidad jurídica a la corporación, ésta podía tener un patrimonio propio, podía firmar contratos, podía tener accionistas, crear riqueza y enriquecerse, pero todo ello a cambio de acatar unas reglas de funcionamiento y asumir obligaciones y responsabilidades. Se creaba, de este modo, un orden que llevaba de la mano la seguridad jurídica y al mismo tiempo se dejaba el margen de maniobra necesario en el que la corporación pudiese alcanzar el objetivo para el que fue creada. En aquellos primeros momentos a pocos se les pasaba por la cabeza que la Corporación pudiera llegar a ser un sujeto delincente, pero tampoco un instrumento del delito, y nuestros Códigos Penales dan fe de aquella realidad coyuntural. La Corporación podía incumplir contratos, no pagar la seguridad social, no pagar los impuestos, pero sus incumplimientos eran menores, no tenían una repercusión social evidente y ostensible y podían solucionarse con los utillajes del Derecho privado o del Derecho administrativo. No se establecía una relación jurídica entre el mundo corporativo y el delito y desde la inmensa mayoría de las tribunas se defendía que la *societas delinquere non potest*. Esta incapacidad para el delito que tenía la Corporación la dejaba fuera de cualquier escenario en el que el intermediario fuera el Derecho penal. Sin embargo, se empieza a cuestionar por un sector que la Corporación no pueda delinquir, pero incluso por parte del amplio sector que sigue negando la capacidad de la persona jurídica para ser sujeto activo del delito, se empieza a cuestionar que no se impongan, no penas, pero sí medidas o sanciones criminales especiales a las personas jurídicas, cuya deficiente organización permite

su instrumentación para la actividad delictiva de personas físicas que actúan dentro de ella. Este cuestionamiento se origina, como siempre, por los cambios que se producen en la realidad:

- 1) el número de empresas aumenta, porque se crea el concepto de pequeña y mediana empresa, con una influencia a pequeña escala, pero esencial para su comunidad; en cualquier caso la presencia de la corporación es mayor tanto por su número como por el papel relevante que se le atribuye en el mantenimiento o consecución del bienestar social, por lo que si la corporación no sólo no contribuye, sino que por el contrario realiza conductas delictivas, la trascendencia que tiene esta conducta en su entorno es tangible e intangiblemente considerable y repercute directamente y sin género de duda en el bienestar de toda la comunidad.
- 2) Los bienes jurídicos que pueden alcanzar la protección penal no son sólo los individuales, sino que hay otros bienes jurídicos que pertenecen a toda la sociedad, que son patrimonio de la humanidad, que ni siquiera pertenecen a una o a esta generación, sino que son bienes jurídicos que contribuyen a mantener las condiciones para perpetuar la especie y el desarrollo del ser humano no había sido agresivo para ellos. Sin embargo los avances de la humanidad, al mismo tiempo que se producían vertiginosamente y aumentaban nuestra calidad de vida, deterioraban silenciosamente, pero constantemente el medio de vida. El tomar conciencia de ello, ha desembocado en otorgar un contenido más amplio al concepto de bien jurídico. No se trata sólo de bienes jurídicos individuales, nacidos en el seno de una ideología liberal, no se trata de bienes jurídicos funcionales, pensados con una función dentro de la administración del Estado y del buen funcionamiento de éste y de sus instituciones o de su organización política y de velar por su mantenimiento, se trata de bienes jurídicos comunitarios con un carácter social, que contribuyen al bienestar global.
- 3) El desarrollo tecnológico ha incrementado el potencial de las corporaciones, otro modo de entender la empresa, otro modo de crear riqueza, otros sectores de actividad, otros sectores de explotación y ha multiplicado los intercambios y ha creado interconexiones y ramificaciones de influencias.
- 4) Derivado de lo anterior, se produce el fenómeno de la globalización, todo está interconectado, aunque en un principio y a simple vista no se pueda ver la influencia que tendrá aquello en esto, pero finalmente la tendrá y no

se sabrá cómo, ni se podrá medir sus consecuencias hasta que probablemente no ocurra y se materialice la relación entre ambos factores. Ello obliga más que nunca a que exista una normativa en algunos sectores global, cuando el problema generado se manifiesta de un modo global y en un ámbito mundial.

Estos dos últimos aspectos confieren al delito dentro de una corporación el carácter de macrocriminalidad y de transnacional, ya que afecta a un gran número de personas en muchos casos y además puede traspasar fronteras.

La realidad acabada de describir ha generado una revolución de conceptos y planteamientos en las expresiones jurídicas, motivada por una consciencia ante los riesgos que pueden originar las prácticas irresponsables, inadecuadas e insostenibles de la corporación, haciéndose notorio de este modo el papel tan relevante que tienen las corporaciones en la comunidad, pues pueden contribuir de un modo estructural y eficaz al bienestar social o mermarlo con enorme rapidez. Por ello, como expuse al principio de estas páginas, aunque la Responsabilidad Social Corporativa es un concepto relativamente joven, es comprensible que con esta coyuntura haya alcanzado un desarrollo creciente y una presencia indiscutible y emerja el empeño en incentivar una práctica responsable en las empresas¹². Para ello, se impulsa la construcción de un armazón de mecanismos a los que tampoco es ajeno ni el Derecho, ni, en particular, el Derecho penal. Las distintas ramas del Derecho se van impregnado de esa idea: de un hacer responsable y van orientando sus regulaciones en pro de conseguir una concienciación empresarial responsable. Y curiosamente, –y reitero curiosamente, porque se ha intentado plantear desde la autorregulación y la voluntariedad– es el Derecho penal el que presento como una de las ramas del Derecho comprometida con la Responsabilidad Social Corporativa. El Derecho penal forma parte de esas herramientas de estimulación de prácticas de buen hacer en un porcentaje nada desdeñable, pese, como

¹² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual?, en: Cuestiones actuales de Derecho penal económico, Buenos Aires, B de F, 2009, pp. 53, considera que “si aceptamos como válido el diagnóstico de que el Estado carece de capacidad para intervenir directamente en las organizaciones empresariales, la única opción que le queda al ordenamiento jurídico parece residir en estimular una correcta autoorganización (una organización conforme a Derecho en la que no sólo se tengan en cuenta los fines lucrativos de la empresa y sus socios)”. FEIJOO en este trabajo (pp. 53 ss.) pone de manifiesto cómo el Derecho ha adoptado un papel secundario de control y supervisión del funcionamiento de la organización y ha cedido el terreno a la autorregulación de las empresas debido a la complejidad técnica o ética que encierran. En mi opinión el Derecho penal está imbuido en esta corriente, y como pongo de manifiesto en el texto, forma parte de esa regulación de la “presión”, pero con un papel trascendental, que no es sólo de control o de orientación hacia asumir prácticas responsables, sino a imponer ese mínimo ético desde una perspectiva social corporativa, sobre el que no se podrá transaccionar.

expondré más tarde, a sus grandes dificultades para admitir a la persona jurídica como sujeto activo del delito.

Y ello me lleva a presentar otra perspectiva de la regulación y de la voluntariedad o no de la Responsabilidad social corporativa, ya que no es del todo cierto que no exista una regulación, es decir, no existe una regulación directa y nuclear de la RSC, e incluso no sé si se puede hablar de un código de responsabilidad social corporativa tal cual, pues ésta, desde la pretensión de una regulación jurídica, tiene un tratamiento transversal, pero sí existe una regulación de “presión”, dentro de los ordenamientos internos de los Estados, como en el caso español, que matiza el carácter de voluntariedad de esta nueva estrategia empresarial. Así de manera indirecta los ordenamientos jurídicos dirigen a las empresas y corporaciones hacia la adopción, que se pretende automática, del lema en sus prácticas empresariales de un “hacer responsable”; y el Derecho penal es cada vez menos ajeno a este fenómeno y se utiliza como una herramienta más dentro de todo el sistema jurídico, cada vez más recurrente por cierto, para reorientar a las empresas y corporaciones hacia ese “hacer responsable”.

Sólo había que acercarse al CP 1995 antes de la Reforma de 2010 para comprobar esta tendencia. Así sucede: 1) Con la tipificación de nuevos delitos o la modificación de anteriores conductas típicas para adaptarlas a las nuevas necesidades de política-criminal, que han dado lugar a que dentro del Derecho penal haya un grupo de delitos que ha llegado a tener la entidad suficiente para ganarse un *nomen* propio como ‘Derecho penal económico’, y a que éste lo transforme desde dentro a aquél, al conjunto del Derecho penal, denominándose a este fenómeno como el Derecho penal de dos velocidades¹³, como en su día lo bautizó Silva Sánchez, al referirse a la sociedad del riesgo y a la expansión del Derecho penal¹⁴, en la que está ubicado este Derecho penal económico. 2) Con la introducción de las consecuencias accesorias en el art. 129 CP para las personas jurídicas en la parte general (clausura temporal o definitiva de la empresa o sus establecimientos, disolución, suspensión, prohibición temporal o definitiva de actividades o intervención de la empresa). Consecuencias que se extendieron expresamente a algunos delitos de la parte especial, con la modificación que sufrió el CP con la LO 15/2003, de 25 de noviembre, como es el caso, por poner un solo ejemplo entre otros, de los delitos contra la salud pública, en los que se puede privar a la persona jurídica de la

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 159 ss. Feliz planteamiento y expresión que ha calado hondo sobre todo por su plasticidad y elocuencia y su magistral exposición.

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2.ª ed., 2001, *passim*.

obtención de cualquier beneficio fiscal y sus bienes pueden ser objeto de comiso. 3) Con cláusulas generales o especiales como las de los arts. 31 (actuación por otro o por personas jurídicas) o 318 (en los delitos laborales) del CP, que trasladan la responsabilidad por el delito cometido dentro del seno de la persona jurídica, a la persona física¹⁵, cuando haya sido administrador de hecho o de derecho de ésta, pero además determinando ahora el ap. 2 que la persona jurídica de manera directa y solidaria será también responsable si la pena impuesta en la sentencia es una pena de multa (apartado introducido en el art. 31 por la LO 15/2003, de 25 de noviembre).

Todos estos ejemplos eran ya sintomáticos de la regulación indirecta de “presión”, ante la opción o no de implantar una RSC dentro de la empresa como orientadora de la política social de una empresa o corporación. Pero no había que ser un visionario para prever que esto no iba a parar aquí, sino que iría a más. Sólo había que echar una mirada a los intentos de reforma de los últimos años del CP y a estos últimos meses. En este sentido, el anterior Proyecto de reforma de 15 de enero de 2007, que no llegó a aprobarse en la legislatura anterior, y el Proyecto de reforma publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 27 de noviembre de 2009, que ha dado lugar a la Reforma del CP en el 2010 han dado revolucionarios pasos adelante, en este tema y en el contexto general del Derecho penal, muy significativos y que siguen afianzando esta “regulación de la presión”. En sus textos se regula por primera vez la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁶, no ya mediante consecuencias accesorias

¹⁵ En el caso del art. 31 hay que hacer la salvedad, ya de sobra conocida, que viene a colmar una laguna de punibilidad exclusiva de los delitos especiales, producida cuando el administrador de hecho o de derecho no tiene las cualidades o condiciones que exige el tipo y que sí reúne la persona jurídica. Sin embargo, el art. 318 no sólo repite con mayor o menor acierto lo que ya está dicho en el art. 31, sino que introduce una responsabilidad basada en posiciones de garantía, cuyo argumento material de responsabilidad se asemeja al que se recoge tras la Reforma en el CP en el art. 31 bis 1. cuando castiga a las personas jurídicas porque los administradores o representantes no han ejercido el debido control de los subordinados.

¹⁶ Se transcriben los tres primeros párrafos del art. 31 bis CP: “En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho por sus representantes legales, los administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

como hasta ahora, sino mediante *penas para las propias personas jurídicas*¹⁷, cuestión esta que enfrentaba a la doctrina española y que en algunos otros países de nuestro entorno ya se había dado por zanjada, al menos en sus códigos, al admitir abiertamente su responsabilidad penal. Además la política europea va en esta dirección, como lo muestran muchas de las normas jurídicas internacionales (aunque no en todos los casos, pues las legislaciones de algunos países con reformas recientes al respecto, como Italia o Austria, no denominan penas a las sanciones a personas jurídicas, y otros países europeos importantes siguen sin modificar la regulación tradicional).

Consecuentemente, una vez admitida legalmente la responsabilidad penal de la persona jurídica, en el CP se recogen *penas* destinadas a las personas jurídicas para determinados delitos, que expresamente la ley selecciona, y cuya destinataria es exclusivamente la persona jurídica. Los delitos elegidos tienen como toda tipificación una

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente”.

¹⁷ Art. 33.7 CP: Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa”

función disuasoria, pero también intentan convencer de que lo expresado por la norma es 'lo bueno' para la convivencia social y para alcanzar niveles de bienestar. Frente a la persona física, como potencial delincuente, el Derecho penal mediante las penas cumple una función de inhibición y de convicción. Pues bien, son esas mismas funciones de las penas las que se han querido transplantar al ámbito de la persona jurídica y al mundo económico-empresarial: inhibirse de realizar la conducta típica o no permitir que otros la realicen en su seno y convencerse de que dicha inhibición es buena y rentable económicamente, porque la práctica de una RSC como forma de conducirse dentro y fuera de la empresa anulará con toda probabilidad las responsabilidades penales, que pueden acabar con la vida de la persona jurídica y por ende de la empresa; por tanto es provechoso un "hacer responsable". El problema es que esta rentabilidad no se hace tangible y apreciable en la cuenta de resultados de un modo automático y perceptible, pero son beneficios que están ahí, y aunque no tengan una traducción numérica instantánea, mejoran el desarrollo económico de la empresa, contribuyen a alcanzar el equilibrio deseado entre las políticas económicas y las políticas sociales y lo más importante, desde una óptica empresarial: la actuación socialmente responsable hace a las empresas más competitivas a medio y largo plazo y asegura su continuidad en el mercado.

Pero tanto el Proyecto de 2007 como la Reforma de 2010, además de tipificar delitos de las personas jurídicas y penas para las mismas, han abierto una *segunda vía: la vía del premio*, en la que creo que se hace más clara y palpable la labor de orientación de las empresas y corporaciones hacia la incorporación de mínimos de RSC en las prácticas empresariales. Cuando el ordenamiento jurídico construye normas como la atenuante que se recoge en el CP en su art. 31 bis 4 d)¹⁸: "Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, normas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica", está premiando a través de la rebaja de la pena a aquellas empresas y corporaciones que han desplegado toda una serie de estrategias, procedimientos y prácticas tendentes a vigilar la calidad de sus productos, a crear

¹⁸ Art. 31 bis 4.: "Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para declarar su responsabilidad.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

riqueza dentro de un contexto de sostenibilidad medio-ambiental, a establecer unas condiciones justas con el usuario y el consumidor, a respetar unas condiciones de trabajo dignas, a preservar la confiabilidad en el mercado, a contribuir a la distribución equitativa de la riqueza generada, a crear un crecimiento razonable. Y esto no es más que RSC. Y el Derecho penal se está convirtiendo en una de las herramientas más eficaces y valiosas para conseguir que las corporaciones y las empresas, que tienen un papel muy relevante dentro de cualquier comunidad, dentro de cualquier sociedad y dentro de cualquier país, adopten una cultura responsable dentro de sus organizaciones y acepten irremediamente que la rentabilidad económica pasa por obtener una rentabilidad social y que además ambas no son incompatibles, ya que está demostrado que la rentabilidad social genera más rentabilidad económica a medio y largo plazo. En este lugar no hay sitio para políticas cortoplacistas oportunistas y sangrantes. Es necesario un cambio de mentalidad empresarial, pero este sólo se produce si se conjugan básicamente dos factores (aunque pueda haber más): Por un lado, que el sistema empresarial y financiero aplicado ya no funcione y ello quede, por fin, al descubierto y permita tomar conciencia de la situación y de la necesidad de realizar un replanteamiento de la situación. Efectivamente, este es el estado actual con la crisis global sufrida en el 2008, reflejada en casos como Worldrom y Enron. Este clima ha propiciado y acelerado el cambio y la tendencia a aplicar la RSC de un modo serio y comprometido, y no como una formalidad vacua, reflejada en un papel, el cual todo lo soporta. Por otro lado, la crisis conlleva que las presiones internas del personal y trabajadores y externas de los *stakeholders* (afectados)¹⁹ se renueven, vengán cargadas de razón y cobren más realismo y fuerza frente a estas políticas empresariales instaladas en un sistema, que demuestra tener un funcionamiento incorrecto.

Las ideas apuntadas hasta aquí nos conducen a formular un corolario: la implantación de la RSC dentro de las empresas y las corporaciones es una garantía de que o bien no habrá responsabilidad penal corporativa o bien ésta se atenuará. Así no habrá responsabilidad penal corporativa (RPC), si una empresa demuestra una práctica diligente, exhaustiva y continuada en sus procedimientos, que ha tenido como uno de sus objetivos precisamente evitar que la corporación sea utilizada para realizar un delito o se convierta en una corporación delictiva. En

¹⁹ P. ej. las presiones oficiosas de consumidores, proveedores, organizaciones de activistas o de inversores y, en otro orden, las presiones oficiales como las que supone el ordenamiento jurídico, y en este caso de una manera notable el ordenamiento jurídico-penal.

estos casos se podrá fundamentar y apreciar la existencia de riesgo permitido o caso fortuito. Pero también un “hacer responsable” atenuará la responsabilidad penal corporativa, en el peor de los casos, con la atenuante, recogida en el Proyecto y Anteproyecto, al considerarse un comportamiento postdelictivo positivo.

Con todo esto, se quiere destacar que las empresas y corporaciones no tienen sólo que centrar sus prácticas de RSC hacia fuera, sino que también tienen que hacerlo hacia dentro, en estas dos direcciones, como se apuntó al principio de este trabajo. Se tiene que alcanzar una RSC integral. Y dentro del ámbito interno, una base necesaria e imprescindible de una RSC integral es la puesta en funcionamiento de procedimientos y protocolos de evitación preventiva de responsabilidad penal corporativa (RPC). Se trata de incorporar, en definitiva, como práctica interna una defensa corporativa preventiva.

Esta vía de premio vendría a incentivar la implementación de controles internos tendentes a que no se produzca el hecho delictivo y en el caso de que acaeciese facilitaría la investigación del hecho delictivo, si la empresa tuviese protocolos en los que se concretasen en qué consisten las buenas prácticas y se asignase y definiese con precisión y claridad las competencias de cada uno de los integrantes del gobierno corporativo de la empresa o de mandos intermedios, porque la asignación clara de competencias conlleva la asignación correcta de la responsabilidad, sin que a un sujeto se le pueda hacer responsable por el hecho de otro o porque no se encuentre al responsable, ni al otro por el hecho de uno.

IV. La responsabilidad penal y las personas jurídicas.

Hemos visto cómo la responsabilidad social corporativa se va imponiendo como idea y concepto en el modo de conducirse y de entender las empresas. Hemos visto que las normas que describen, que elaboran y enumeran unos principios rectores y que intentan orientar las conductas de las empresas hacia un hacer responsable tienen en su mayoría un carácter voluntario. Sin embargo, el Derecho, como instrumento al servicio de la sociedad y con su conjunto de normas preceptivas y oficializadas, sus códigos de conducta, no es ajeno a todo este fenómeno, impregnándose de las corrientes y preocupaciones sociales. Es por ello por lo que la ideología, política y principios de la responsabilidad social corporativa están detrás de muchas normas mercantiles, administrativas y laborales y, como hemos apuntado en este trabajo, también penales, y es que la voluntariedad, la elección libre de la corporación por una política empresarial u otra tiene su ámbito determinado, cediendo el paso a la heteronomía, a

una respuesta externa impuesta cuando se trata de cuestiones de orden público, de aspectos básicos o de intereses vitales para la supervivencia y convivencia interpersonal.

Las corporaciones se han convertido en operadores sociales de gran trascendencia e influencia en su radio de acción. No sólo acaparan cuotas de mercado, sino también “cuotas sociales”. Es tanto su poder, que p. ej. una pequeña empresa puede cambiar en unos meses el perfil de una comarca: demográfico, orográfico, medio-ambiental, laboral, financiero, económico, etc. Prácticamente no hay ámbito o sector en el que no se note su influjo²⁰. Y esa capacidad de hacer lo bueno, es la misma capacidad potencial que tienen las corporaciones para hacer lo malo. Lo malo, en el Derecho penal, es un delito. La pregunta, que ya no se puede dejar esperar más, es: ¿la responsabilidad social corporativa es la prueba, el indicador de que las personas jurídicas o corporaciones tienen o deben tener responsabilidad jurídico-penal?²¹. El legislador penal español habla ya con toda convicción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de CP. No ocurre lo mismo entre la doctrina.

En el Derecho privado se admite sin problemas la personalidad jurídica de las personas jurídicas e incluso se les da la denominación de personas. Son personas. Desde la teoría de la realidad que se elaboró en el Derecho público y luego dio el salto al Derecho privado.

En Derecho penal español esta cuestión ha dado lugar a ríos de tinta²². Ha resultado ser una cuestión no falta de controversia, porque toca los pilares de una teoría del delito

²⁰ MIRÓ LLINARES, Fernando, Reflexiones sobre el principio *societas delinquere non potest* y el artículo 129 del Código Penal, en: Responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los consejos de administración. Actuar en nombre de otro, EDJ, 91 (2006), p. 192: “la presencia de las mismas (es decir, de las empresas) es tal que no puede negarse su carácter de agente social con casi tanta capacidad para afectar a la vida en sociedad como el propio ser humano. Las empresas o personas jurídicas han pasado a ser actores principales en prácticamente todos los aspectos de la vida y, por supuesto, también en el aspecto de la violencia o la disfunción social por excelencia: la criminalidad”.

²¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, Autorregulación y Derecho penal de la empresa, en: Cuestiones actuales de Derecho penal económico, 2009, p. 55, considera que el fenómeno de la autorregulación está “irritando” a la actual teoría del Derecho Penal, “¿Por qué no resolver los conflictos jurídico-penales mediante una imputación al colectivo? Se puede constatar en la literatura reciente una cierta inercia a entender que la idea de autorregulación se encuentra íntimamente relacionada a la de responsabilidad social de organizaciones colectivas. La opción a favor de la responsabilidad del colectivo, entendiendo que el daño en determinados ámbitos es una acción colectiva, que el delito y la sanción se deben imputar a la empresa y que la responsabilidad social puede llegar a ser una responsabilidad penal, ofrece la indudable ventaja de que simplifica en gran medida los retos que en la actualidad tiene planteado el Derecho penal de la empresa”. Evidentemente la solución de una responsabilidad penal colectiva daría lugar a acabar con la laguna de punibilidad derivada de la dificultad de identificar al sujeto activo/persona física o personas físicas que hayan realizado parcial o totalmente el hecho penalmente relevante.

²² MIRÓ LLINARES, Fernando, en: Responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los consejos de administración. Actuar en nombre de otro, EDJ, 91

elaborada durante estos dos últimos siglos y obliga a replantear todas o algunas de sus categorías centrales. A nadie se le escapa que el Derecho penal tenía y ¿tiene? como paradigma a la persona física²³ y construyó la teoría del delito teniendo como sujeto activo de sus acciones típicas a la persona física. La sociedad evoluciona y con ella su realidad y su forma de relacionarse en el mundo y con el mundo. A estos cambios no es ajeno el fenómeno delictivo, lo que determina una mecánica delictiva distinta de la que estábamos acostumbrados, alcanzando el grado de la sofisticación que le brinda la tecnología y la coartada de la persona jurídica, y llegamos al momento en que proliferan delitos cometidos dentro de la persona jurídica y que golpean frontalmente la estabilidad social, por la vía de lesionar bienes jurídicos colectivos que nos atañen a todos. Se comienza a hablar de personas jurídicas delincuentes, de empresas delincuentes involucradas en un delito, e incluso es en la persona jurídica en la que se dan los elementos típicos descritos en la conducta típica y no en la persona física, llegando a la situación absurda de que en los delitos especiales antes de la introducción en 1983 del art. 15 bis no se podía castigar a la persona física, que se vale de la persona jurídica para delinquir, y tampoco se puede castigar a la persona jurídica²⁴, porque no se le reconoce personalidad jurídico-penal, con lo que no puede ser sujeto activo de los delitos. Los desajustes entre el Derecho penal y el Derecho privado dieron lugar a esta situación, creándose una laguna de punibilidad intolerable, ya que en algunos delitos, los especiales, se burlaba de una manera escandalosa la aplicación del Derecho penal. La situación se salvó ya en el CP anterior con la introducción del art. 15 bis (CP 1944/1973) y del actual art. 31, en el que se creó la construcción del actuar por otro, por la que se trasladaba al administrador de hecho o de derecho la cualidad exigida por el tipo y que no concurría en la persona física, pero sí en la jurídica²⁵.

(2006), p. 190: “La confluencia del principio político-criminal del incremento de la delincuencia realizada en el seno de las empresas, con el principio, intocable en los sistemas penales continentales, de que sólo las personas individuales y nunca las ficciones personales o personas jurídicas podían delinquir, conllevó la aparición de una profunda discusión dogmática sobre la vigencia del principio *societas delinquere non potest*, tanto desde un punto de vista político-criminal por la pretendida inoperancia del Derecho penal tradicional para evitar la criminalidad empresarial, como desde un punto de vista dogmático por la posibilidad de construir un Derecho penal no sólo para el sujeto individual sino también para la persona jurídica responsable”.

²³ En sentido contrario y abogando por el cambio de paradigma véase, BACIGALUPO, Silvina, La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto del Derecho penal, en: CPC 67 (1999), pp. 11 ss. y en particular 26 ss.

²⁴ Aunque aquí hay que hacer obligatoriamente una matización, ya que el CP de 1995 recoge una serie de medidas como son las consecuencias accesorias que están central y especialmente pensadas para las personas jurídicas; no obstante, con ellas el CP de 1995 no castiga a la persona jurídica, ni busca esa consecuencia, sino que su pretensión se dirige a castigar a la persona física que la ha instrumentalizado.

²⁵ De este modo se da con una solución aceptable de una laguna de punibilidad creada por una desarmonización jurídica. Ahora bien, la otra laguna de punibilidad se produce cuando es imposible aislar o identificar a la persona física que ha creado la situación delictiva, arrojada precisamente por esa

Pero esta medida, ceñida sólo a los delitos especiales, no afectaba a un planteamiento estructural del Derecho penal; por el contrario esta medida seguía en la línea de la responsabilidad exclusiva de la persona física. No obstante, más cambios se avecinaban y se avecinan. El primer paso y muy significativo se produce con la introducción de las consecuencias accesorias en el CP. De este modo, la puerta a la responsabilidad penal de la persona jurídica se va entreabriendo, cuando el CP de 1995²⁶ recoge las consecuencias accesorias como una de las reacciones penales del Derecho penal español al fenómeno corporativo, teniendo como exclusivo destinatario a las personas jurídicas²⁷. Ello ha contribuido a seguir alimentando la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, porque los partidarios de esta tesis han querido ver en este gesto legislativo la

organización desorganizada que es una corporación o una empresa. Esta laguna de punibilidad no nace de la desarmonización jurídica, sino de la capacidad de la persona física de zafarse de la responsabilidad penal a través de la persona jurídica y de su sistema organizativo. Pero esta labilidad no es buscada de propósito, la forma de organización es completamente necesaria, aceptada y legalizada. Como expone FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual?*, en: *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, 2009, pp. 52-53, es una consecuencia de estar en la era de una sociedad configurada por ser la sociedad de las organizaciones (yo preferiría la terminología de una sociedad de sociedades o corporaciones) y la sociedad del riesgo, en la que las organizaciones humanas son cada vez más complejas y se caracterizan por una intensa descentralización y diferenciación de funciones y tareas. No obstante, esta forma de organización no es una creación intencionada o con visos de fraude, cuya finalidad principal sea originar huecos de irresponsabilidad, “sino más bien como un problema estructural de toda organización compleja si se omiten medidas especiales destinadas a paliar esta tendencia natural de toda organización”.

²⁶ Anteriormente al CP 1995 se podía encontrar alguna regulación aislada en este sentido, como pone de manifiesto SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas*, en: *InDret 2* (2006), p. 3: “Así, ya la LO 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal (BOE nº 152, de 7.6.1983) que introdujo en el Código penal derogado el art. 347 bis, relativo al delito ecológico, contenía un párrafo último que señalaba: “En todos los casos previstos en este artículo podrá acordarse la clausura temporal o definitiva del establecimiento, pudiendo el Tribunal proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores”. No obstante, ningún CP anterior al de 1995 había regulado en su parte general las consecuencias accesorias, aunque con una aplicación sujeta a lo regulado en la parte especial. Sus antecedentes se encuentran en los sucesivos anteproyectos y proyectos de los años 80 y 90. Se recogen por primera vez en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal (PANCP) de 1983. Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego-M., *Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales*, en: *Estudios Penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón (LH-Ruiz Antón)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 545-546. Un estudio detallado de la evolución histórico-legislativa de las consecuencias accesorias se encuentra en DE LA FUENTE HONRUBIA, Fernando, *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, Valladolid, Lex nova, 2004, pp. 61 ss.

²⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas*, en: *InDret 2* (2006), pp. 3-4, que enumera las razones por las que la doctrina ampliamente mayoritaria considera necesaria la aplicación de estas consecuencias afflictivas para hacer frente a la criminalidad de empresa. La primera razón o línea argumentativa se encuentra en que no es posible sancionar penalmente a las personas físicas en algunos casos. ¿se sanciona a la persona jurídica para paliar esa desconcertante laguna de punibilidad?. En segundo lugar, aunque la sanción a la persona física se ha logrado después de superar obstáculos procesales y técnico-jurídicos, que suelen ser asiduos y complicados, la solución no es proporcionalmente satisfactoria, porque se muestra finalmente como insuficiente para la criminalidad económica. Por último, aunque existan otras respuestas dentro del ordenamiento jurídico p. ej. medidas administrativas, éstas no demuestran ser adecuadas.

admisión de esa responsabilidad y de que las consecuencias accesorias tienen la naturaleza de penas, auténticas penas²⁸. En el otro lado completamente antagónico a la admisibilidad de la responsabilidad penal en sentido estricto de las personas jurídicas, otros muchos autores no consideran, coherentemente, que las consecuencias accesorias supongan la confirmación legal de la responsabilidad penal de las corporaciones y que sean penas²⁹, pero ello no se debe entender como una oposición frontal a esta figura y a que se incluya dentro del elenco de otras consecuencias jurídico-penales³⁰, porque la mayoría de estos autores está de acuerdo en que hay que dar respuesta a la delincuencia corporativa, realizada no por la propia corporación, pero sí en su seno³¹.

²⁸ En este sentido, de modo ciertamente minoritario, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, Las penas previstas en el art. 129 de Código Penal para las personas jurídicas. Consideraciones teóricas y consideraciones prácticas, en: PJ 46 (1997), p. 332. Tb. en: Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas, en: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Dir.), Empresa y delito en el nuevo Código Penal, Madrid, 1997, p. 227; y en: Vigencia del principio *societas delinquere non potest* en el moderno Derecho penal, en: Hurtado Pozo/del Rosal Blasco/Simons Vallejo, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 253; BACIGALUPO SAGESSE, Silvina, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Barcelona, 1998, pp. 284 s. Por el contrario, la doctrina mayoritaria española considera las consecuencias accesorias no como penas, sino como medidas o sanciones de otra naturaleza: v. la nota sig.

²⁹ Rechazando que sean penas, se defienden otras interpretaciones sobre su naturaleza jurídica. Así se las considera, o como medidas de seguridad dirigidas a las personas físicas que usan a las personas jurídicas como instrumento objetivamente peligroso (MIR, RODRÍGUEZ MOURULLO), o como medidas de seguridad contra la persona jurídica como centro de imputación (SILVA), o como sanciones administrativas (GRACIA MARTÍN, BAJO/S. BACIGALUPO), o como una tercera vía mixta de sanciones penales (ARROYO, LUZÓN PEÑA): cfr. las exposiciones de SILVA SÁNCHEZ, La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del CP, en Derecho Penal económico, Manuales de Formación Continuada 14, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 342 ss.; o de RODRÍGUEZ MOURULLO, Estudios de Derecho penal económico, Madrid, Civitas-Thomson, 2009, Cap. X: Hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el CP español, pp. 253 ss., 260 ss.

³⁰ Sobre todo teniendo en cuenta que algunos de los que no son partidarios de aceptar la responsabilidad penal de la persona jurídica fueron los precursores de la introducción de las consecuencias jurídicas en el CP español, entre los más destacados: LUZÓN PEÑA, Diego-M., Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales, en: LH-Ruiz Antón, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 546.

³¹ En lo que ya no están tan de acuerdo es en la naturaleza, excluida por supuesto la pena, que deben tener las consecuencias accesorias: si son sanciones administrativas, si son medidas de seguridad o si son algo totalmente distinto y de imposible introducción en algunas de las categorías existentes de consecuencias jurídico-penales, presentándose como un concepto propio y no asimilado: A. JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), Comentarios al Código penal, Madrid, 1997, p. 365; GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN, Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo CP español, Valencia, 1996, pp. 456 ss.; FEIJOO, Empresa y delitos contra el medio ambiente (II), en: LL 2002-4, p. 1736; OCTAVIO DE TOLEDO, Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del CP, en Libro-Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir, Madrid, 2002, pp. 1129 ss. Y algunos les han otorgado de un modo muy plástico su espacio señalando una tercera vía: poner LUZÓN PEÑA, Diego-M., en LH-Ruiz Antón, 2004, p. 546 ; MIR PUIG, Santiago, Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: RECPC (Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología), 6 (2004), p. 16.

Con el esquema legislativo que nos presenta el CP de 1995 es perfectamente posible defender que las consecuencias accesorias no son penas. Más bien se puede percibir que es un ensayo tímido de introducir en el panorama regulativo a las personas jurídicas, pero sin saber muy bien qué papel otorgarle y qué naturaleza darle a las sanciones de las que son destinatarias. Esta actitud dubitativa de la Ley es la que inclina a la mayoría de la doctrina, a no considerar a las consecuencias accesorias del CP de 1995 como penas, posición que encuentro la más acertada para aquellos momentos y para éstos –con la regulación actual y si ésta no cambia–, teniendo en cuenta los problemas dogmáticos que presenta todavía la afirmación de responsabilidad penal de las personas jurídicas y la crisis que genera su introducción como sujeto activo en la teoría del delito, sin que la doctrina haya encontrado una construcción convincente para solucionar este tema y teniendo en cuenta el tipo de consecuencias accesorias con las que nos encontramos, la falta de desarrollo procesal, que suponen incógnitas en su aplicación y ejecución, teniendo en cuenta la falta de reflexión sobre su eficacia preventiva y su función, y teniendo en cuenta por último la terminología empleada por el CP. En el CP de 1995 no se habían alcanzado los suficientes niveles de convicción y consenso para implantar un sistema de penas para las personas jurídicas³².

Dejando orillada la cuestión de la naturaleza jurídica de estas sanciones, y sentado que en todo caso no encajan entre las posibilidades que he descartado: las penas, las consecuencias accesorias son accesorias a la pena. Ésta sigue reinando y erigiéndose como la principal consecuencia del Derecho penal y cuyo destinatario sigue siendo la persona física. El resto de consecuencias jurídicas mantienen una interdependencia con ella. Esta interdependencia se manifiesta, en el caso de las consecuencias accesorias, en que, aunque siguen la sombra de la pena, vienen a reforzarla. De algún modo había que castigar la utilización de la persona jurídica y su implicación en el delito. La pena no estaba pensada para las personas jurídicas y había que articular alguna respuesta punitiva para una realidad que no estaba contemplada. Si no se llegaba a una solución, una parcela de la realidad que se consideraba desvalorada quedaba sin sanción penal y el Derecho penal reducido sólo a la pena perdería potencialidad punitiva. Había, de algún modo, que desincentivar la creciente utilización de la persona jurídica para delinquir. Las consecuencias accesorias resultan ser una respuesta idónea, ya que no se trata de una pena, ni podría serlo: ninguna de las penas, en su

³² Ese esquema desdibujado, sin embargo, desaparece en la regulación que plantea el Proyecto de 2009, en el que las actuaciones de las personas jurídicas pueden recibir una pena y tienen responsabilidad penal, no se sabe muy bien si directa o indirecta.

sentido estricto, recogidas en nuestro catálogo podría ser cumplida por una persona jurídica, ni tampoco se trata de una medida de seguridad, puesto que se niega que en la persona jurídica haya peligrosidad criminal en sentido estricto³³.

El legislador español adoptó una solución de compromiso: no se declaraba abiertamente la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero sí que se tenía en cuenta la implicación de la corporación o persona jurídica en el ilícito penal. Y digo que es una solución de compromiso, porque además hay puntos en los que la regulación no es nada clara y por eso falla su eficacia preventiva, especialmente porque no se describe bien el presupuesto de su aplicación y se permite su aplicación facultativa, lo que ha contribuido a que se haya empleado en contadas ocasiones por nuestros jueces³⁴ y que, en el caso del Tribunal Supremo ni siquiera haya habido pronunciamiento alguno sobre esta cuestión³⁵. También es verdad que esto no lo pudo saber con anterioridad nuestro legislador (¿o sí?). Dejando a un lado el dato relevante de su inaplicación, que habría que indagar a qué razones obedece, la respuesta del legislador español recogió la posición de una parte de la doctrina³⁶, que sin apartarse de su concepción sobre la imposibilidad de predicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sí admitía que fueran las destinatarias de una consecuencia jurídico-penal, pero ¿a título de qué?: resulta que no son sujeto activo del delito, pero tampoco pueden ser tratadas como instrumentos,

³³ Al igual que me sumo a la tesis de que las consecuencias accesorias no son penas, porque éstas parten del principio personal, ya que una privación de derechos o de libertad sólo puede aplicarse a quien se ha comprobado que es responsable del delito y porque las penas tienen fines de prevención general, dudo, no obstante, de que a una persona jurídica no se le pueda aplicar una medida de seguridad, distinta, claro está de las recogidas en el CP actual, que no están pensadas para las personas jurídicas, pero sí unas medidas de seguridad *ad hoc*. No parece tan extraño, ni tan ajeno al concepto de peligrosidad que la persona jurídica pueda volver, si no a delinquir en sentido estricto, sí a estar implicada en delitos, y que haya que reforzar la prevención especial, porque, imaginemos, la actividad a la que se dedica la empresa sea una de las que siendo completamente legal sea generadora de riesgos para el medio ambiente, como puede ser la industria química o una empresa productora de pinturas, sin buscar ejemplos extravagantes, y que dentro de la empresa haya tenido lugar un delito contra el medio ambiente, no sin antes haber tenido un historial de multas administrativo, no resulta nada descabellado y absurdo realizar un juicio de peligrosidad basado en todos estos datos y en el sector de actividad y en la falta de medidas de seguridad y de control de riesgos que después de cometido el delito sigue sin adoptar la empresa.

³⁴ Entre otros, cfr. DE LA FUENTE HONRUBIA, Fernando, Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal, 2004, pp. 305 ss. SILVA SÁNCHEZ, Jesús, La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas, en: *InDret*, 2 (2006), pp. 4 ss.; MIRÓ LLINARES, Fernando, en: Responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los consejos de administración. Actuar en nombre de otro, EDJ, 91 (2006), pp. 208 ss. En este último trabajo se puede encontrar de manera detallada cuáles han sido las consecuencias accesorias aplicadas y por qué éstas y no otras, a qué delitos y en qué fase procedimental y si deben ser parte del proceso las personas jurídicas a las que se les puede imponer una consecuencia accesoria.

³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús, La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas, en: *InDret*, 2 (2006), p. 4.

³⁶ Por todos, LUZÓN PEÑA, Diego-M., Curso PG, DP I, Madrid, Universitas, 1996, pp. 292-293; en: LH-Ruiz Antón, 2004, p. 546.

porque no son cosas y lo que son, que es ser persona jurídica, no es admitido por el Derecho penal como autores, sujetos activos de delito, pero sin embargo son perceptores de una consecuencia jurídico-penal que puede llevarles a su muerte, la disolución: hay “pena” de muerte para las personas jurídicas, pero no son responsables jurídico-penales. En principio puede parecer que llegamos a un callejón sin salida y hay algo que se nos escapa.

Se entrecruzan así los problemas dogmáticos con la regulación legislativa y con la eficacia de esa regulación legislativa, pero también con la realidad incontestable de que existe una criminalidad de empresa que va en aumento y con la necesidad político-criminal de dar respuesta a este fenómeno delictivo. Los problemas dogmáticos ponen en tela de juicio si el problema de la delincuencia empresarial se debe solucionar con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si efectivamente hay una necesidad político-criminal de hacerlas responsables, si este es el camino correcto. Parece que la regulación legislativa española avanza por este camino sin género de dudas y también las normas internacionales. Lo que me pregunto es si se han producido los suficientes cambios conceptuales en el Derecho penal y en sus aplicadores para conseguir los objetivos que se pretenden con esta regulación o esta regulación pretende forzarlos y acelerar el proceso y los cambios de paradigma, porque analizado el tema y sus posibles soluciones, el legislador español ha considerado que la mejor alternativa es declarar la responsabilidad penal de las personas jurídicas e ir construyendo un sistema legislativo adecuado a los tiempos y a las corrientes imperantes en Europa, ya que la discusión dogmática no da para más y nos instala en la pasividad mientras contemplamos cómo hay argumentos de un signo y de otro que para cada una de las partes de la doctrina, que los defiende, resultan ser igual de convincentes.

Las sanciones o medidas aplicables se pueden llamar consecuencias accesorias, medidas o penas y discutir su naturaleza, pero esta cuestión representa una cuestión derivada de otra: la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No se puede argumentar aquella sin tener presente ésta. Cobra una relevancia importante llegar a construir los fundamentos jurídicos que soportan la imposición de sanciones a las personas jurídicas y que logran su efectividad preventiva, porque el objetivo es hacer desaparecer el déficit preventivo que se produce cuando las competencias y funciones en una persona jurídica se articulan a través de una organización desorganizada. Esta desorganización es buscada con conciencia por las personas físicas con el fin de ampararse en ella en el caso de que se produzca una situación delicada. Me refiero a los casos en los que en la corporación no se ha querido la producción del delito, pero en los que se sabía, sin que nadie lo formulase expresamente, que no llevar

p.ej. un libro registro de las órdenes dadas o la inexistencia de un documento escrito con un reparto de funciones, quedando constancia fehacientemente de ello, impedía notablemente en muchos casos la investigación y el esclarecimiento de los hechos, traduciéndose ello en un sobreseimiento de la causa, para el caso de que se produjese una conducta delictiva. La desorganización se convertía así en un artilugio para conseguir la impunidad. Y cuando se toma conciencia de ello o simplemente se respira en el ambiente, no sólo por parte de los empresarios, sino por todos los sujetos que conforman la corporación, la desidia y la falta de disciplina se acrecienta potencialmente, hasta el punto de que en este proceso de degeneración se incrementa la comisión de delitos. La desorganización organizada de una empresa se convierte así en una patente de corso para olvidar la actuación con la diligencia debida, y se va contagiando la idea equivocada de que la responsabilidad se ha fraccionado en parcelas tan minúsculas que ya no puede ser de nadie por su falta de entidad, de que ésta, la responsabilidad, se ha evaporado ante la atomización de tareas que se impone con la división del trabajo en organizaciones complejas. Así el sentir general es el de que nadie quiso cometer el delito, pero la dejadez, la desidia, la incultura empresarial acampa a sus anchas, en algunas empresas, abriendo el camino a otra forma de delinquir y de agredir bienes jurídicos.

Como he puesto de manifiesto anteriormente, en el núcleo de la discusión está la posibilidad de hacer responsables penalmente a las personas jurídicas. Se trata de aprehender toda la complejidad que representa el problema de la delincuencia en las empresas y de darle una solución. Tal vez una de las soluciones sea la de hacer responsable a la persona jurídica, pero esta solución exige conciliar las categorías del Derecho penal con el concepto persona jurídica. Si se lograra de algún modo articular esa responsabilidad, llegaríamos, con esta solución, sin desconsiderar otras, a conseguir el objetivo, es decir, que el Derecho penal fuese eficaz. De ese modo el Derecho penal tendría como destinatarios tanto a la persona física como a la persona jurídica, y sin cuestionamientos, si el planteamiento dado resulta ser convincente. Los fines preventivo generales y preventivo especiales se cumplirían y resultaría que la pena sería necesaria y cumpliría sus funciones de disuasión y persuasión.

Para hacer responsable penalmente a la persona jurídica mediante penas los conceptos jurídico-penales tienen que sufrir una transformación adaptativa. Teniendo en cuenta las características tan diferentes de la persona jurídica, la consecuencia es que los conceptos centrales del Derecho penal se reelaboran con un contenido y una concepción muy

diferentes³⁷. Para parte de la doctrina estos cambios resultan intolerables, pues chocan frontalmente con el contenido propio y natural que tienen dichos conceptos y concebirllos de otra manera no conlleva su transformación, sino su destrucción y la creación de otra cosa. Nos movemos entre considerar que todo lo que no pueda encajar en el Derecho penal tal y como está ahora concebido no puede atraer consecuencias jurídico-penales o cambiar el Derecho penal para adaptarlo a nuevas realidades, pero la diferencia está en la naturaleza del cambio, ya que éste no se plantea en el nivel de tipificación o destipificación de delitos o en la creación de nuevas construcciones o modulación de las ya existentes, sino que el cambio se plantea en un nivel básico y estructural, que afecta a la concepción global del Derecho penal. Y cuando esto se produce y hay defensores y detractores de esta revolución, se duda de si hay una crisis de conceptos y de si verdaderamente el Derecho penal necesita de un cambio de tal magnitud para adaptarse a las nuevas formas de criminalidad y cambios culturales, y no hacerlo es resistirse inútilmente y terminar abrazando la obsolescencia, o de si por el contrario el Derecho penal, que se ha ido construyendo estos dos últimos siglos concienzudamente, no puede tener otra concepción y otro destinatario que no sea la persona física. Si todo gira sobre ella y alrededor de ella y esta proposición es cierta y es la que le da contenido, sentido y funcionalidad al Derecho penal, resulta que la resistencia al cambio no es una recalcitrante obstinación, no obedece al inmovilismo reaccionario, sino que existen argumentos para no admitir cambios tan trascendentales como resulta ser el destinatario de la norma.

MIR, en uno de sus tantos magníficos trabajos, esta vez dedicado a los límites del normativismo en el Derecho Penal, mantiene que (y reproduzco todo este fragmento de su trabajo por la claridad y lucidez del discurso, que se perdería con mi torpe intento de parafrasearlo) “aunque consideremos acciones típicas determinadas actuaciones de las personas jurídicas, los mensajes prohibitivos de las normas penales no podrán recibirse por las propias personas jurídicas, faltas de inteligencia propia, sino sólo por las personas físicas que forman la «voluntad» social y actúan para realizarla”³⁸. Y sigue diciendo “*el principio de culpabilidad*, que impide imputar a alguien algo que no ha hecho o no ha decidido personalmente en ciertas condiciones de capacidad mental, impide entonces imputar a la persona jurídica las conductas de otras personas, las personas físicas que han actuado, porque ello supondría vulnerar el *carácter personal* de la responsabilidad penal. El principio de culpabilidad también se opone a la posibilidad de imputar penalmente los hechos de las

³⁷ GÓMEZ JARA, La culpabilidad penal de la empresa, Madrid, Marcial Pons, 2005, *passim*.

³⁸ MIR PUIG, Santiago, Límites del normativismo en Derecho penal, en: L-Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, Civitas, 2005, pp. 681-682.

empresas al conjunto de la organización, puesto que ello supondría una forma de *responsabilidad colectiva*. Estos títulos de responsabilidad –por el hecho de otro al que se representa o por una actuación colectiva– se admiten en otros ámbitos: la responsabilidad del representante se reconoce por el Derecho privado o incluso por el Derecho administrativo sancionador, y la sociedad suele imputar responsabilidades a colectivos nacionales, étnicos, deportivos, etc. Ello puede aceptarse en la medida en que las consecuencias de tal responsabilidad no posean la gravedad simbólica que distingue a la pena criminal. Ésta expresa en términos comunicativos un reproche ético-social cuya gravedad única explica la necesidad de los presupuestos de la teoría del delito. Las necesidades preventivas que plantea la utilización de formas societarias pueden satisfacerse, sin tener que sacrificar aspectos centrales del principio de culpabilidad, previendo medidas específicas para personas jurídicas que, como las medidas de seguridad, estén desprovistas del significado de reproche ético-social de la pena. En este sentido son perfectamente aceptables las «consecuencias accesorias» que permite imponer el actual Código penal español cuando el delito se cometa utilizando personas jurídicas³⁹.

En este párrafo de MIR se evidencia la tensión actual que se produce cuando se quiere introducir a la persona jurídica en pie de igualdad con la persona física en la teoría del delito, una teoría basada en el rigor y en la exigencia de una serie de elementos en consonancia con la naturaleza de la sanción, que priva o restringe temporalmente el ejercicio de Derechos Fundamentales, y no menores, sino tan importantes como la libertad. Con las pretensiones de equiparación de la persona jurídica con la persona física se ponen en jaque el principio de culpabilidad, el de autorresponsabilidad o responsabilidad por hechos propios y consecuentemente el principio del carácter personal de las penas.

Esta visión no es vivida, ni compartida por los defensores de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, que consideran tal visión crítica un tanto dramática, porque siguen partiendo de las categorías básicas del delito y no prescinden de ellas, lo que significaría claramente que nos encontramos ante otra formulación del Derecho penal, pero sí que consideran que se pueden reelaborar dichas categorías adaptándolas a las nuevas realidades sociales⁴⁰.

³⁹ MIR PUIG, Santiago, en: LH Rodríguez Mourullo, 2005, p. 682.

⁴⁰ En este sentido, FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, Autorregulación y Derecho penal de la empresa, en: Cuestiones actuales de Derecho penal económico, 2009, pp. 51-52 entiende, con parte de la doctrina penal, que: “las organizaciones empresariales, con independencia de las formalidades jurídicas, son

Efectivamente por poderse decir se puede decir que las personas jurídicas actúan, actuación que debe reunir una serie de características para poder declarar que se le puede imputar la realización de un hecho que resulta ser un delito. Sólo hay que centrarse en los elementos básicos que describen qué es acción en Derecho penal y hacerles un lavado de cara. Si en la acción la voluntad es el elemento básico, habrá que configurarla de tal modo que quepa hablar de la voluntad de las personas jurídicas y otorgarle la autonomía necesaria, para no percibirla desde la simplicidad –a la que, según los defensores del concepto remodelado de voluntad, se pueden ver inclinadas algunas mentes– como una suma de voluntades de las personas físicas que mediante un consenso tomaron una decisión acordada. Y progresando en las categorías dogmáticas, también se puede decir que las personas jurídicas son culpables, si consideramos que puede haber una culpabilidad colectiva o incluso individual-colectiva y reprocharles su actuación. Y efectivamente que se “puede decir”. Los términos y su contenido se pueden expandir o restringir, son maleables como chicles, pero ¡cuidado!, porque pasado un límite se deforman y se rompen. No se pueden batir o extender más, porque ya no hay materia. Entonces, ¿hasta dónde podemos decir?

MIR reconoce “que nuestra aproximación al mundo está fundamentalmente mediada por el lenguaje que utilizamos para referirnos a él. Las palabras no son puros reflejos necesarios de las cosas, sino nuestro modo de ver las cosas⁴¹. Al dar nombre a una cosa elegimos qué parte de la realidad cabrá dentro de ese nombre. Ni siquiera la realidad física

materialmente una nueva realidad emergente. Ya no pueden ser tratadas como una suma de sujetos individuales sino que suponen una nueva realidad social, distinta a aquéllos, y con dinámicas diferentes a las individuales. Esta constatación de partida obliga a replantearse los fundamentos de la responsabilidad jurídico-penal en este ámbito”.

⁴¹ Los racionalistas ya nos previnieron de cómo veíamos las cosas e incluso hay cosas que no podemos ver todavía, como los electrones, pero sabemos que existen. Kant sostenía que las cosas son de una determinada y concreta forma, y sin embargo nosotros sólo vemos apariencias. Las cosas las vemos de distinto modo, aunque sea la misma cosa: dependerá de la luz, del momento del día, de si nos ponemos gafas de sol, si utilizamos un aparato de infrarrojos, si somos daltónicos. Podemos concluir que las cosas en sí mismas son todo lo que hemos visto. La cosa es la suma de todos los aspectos perceptibles y concebibles más todo los imperceptibles (Esto es lo que constituye el noúmeno para Kant: el mundo tal y como es realmente). Kant da un giro copernicano que influye directamente en los fundamentos epistemológicos colocando al sujeto como fuente que construye el conocimiento, por lo que el relativismo se introduce en la epistemología y, citando a Anaïs Nin, podíamos formularlo diciendo que “No vemos las cosas tal como son, las vemos tal como somos”. Ello nos lleva a extraer como consecuencia otra prevención: la formulación de categorías y juicios puede reflejar la cosa o la manera que tenemos de verla. Si aplicamos todo ello a lo dicho hasta ahora sobre el lenguaje y la responsabilidad penal de las personas jurídicas, podemos llegar a la conclusión de que el lenguaje es una extensión expresiva y verbalizada de lo que vemos y algunos ven que la persona jurídica es responsable jurídico-penalmente siguiendo las categorías dogmáticas que dan sentido a la teoría del delito y que hoy por hoy resultan indiscutibles y otros autores sin embargo no ven lo mismo, por lo que se niegan categóricamente a hacer responsable a la persona jurídica, por lo que en este momento todavía no se ha alcanzado el consenso en lo que se ve y las categorías delictivas están en crisis, en proceso de cambio.

decide antes del lenguaje dónde empieza una cosa y dónde comienza otra: la naturaleza no está dividida en las cosas que nosotros distinguimos mediante palabras. Y el alcance y sentido de las palabras no nos viene impuesto, sino que surge por el acuerdo de los hablantes: es convencional. En el mundo de la cultura, el que hemos construido los seres humanos, todavía es mayor la libertad creadora de las palabras, porque los elementos culturales son creaciones colectivas consensuadas mediante palabras (...) los conceptos que tenemos no son puros reflejos necesarios de la realidad, sino construcciones humanas basadas en un consenso social contingente”⁴².

Con los pasajes escogidos del artículo no quiero llevar al lector a considerar la idea de que en algunas ciencias sociales, en las que el lenguaje es su herramienta, como sucede con el Derecho, se produzca una escisión absoluta con la realidad. Quiero hacer esta advertencia para desterrar este pensamiento que puede acudir a cualquier mente reflexiva. El Derecho y el lenguaje parten de una realidad y que la realidad admita muchas formulaciones, matices, descripciones, perspectivas, visiones o utilizaciones es bien distinto a concluir que, debido a que no podemos percibir toda la realidad, la regulación no corresponde a la realidad. Ello no es así. Siempre hay hechos físicos detrás de una abstracción intelectual y social⁴³, –o al menos así debería ser–. No hay una separación, siempre hay una conexión, una línea continua. Los hechos físicos son el tronco común a todos los hechos del mundo⁴⁴. Ahora bien, hay varias clases de hechos. Mir siguiendo a Searle considera que hay hechos físicos, sociales e institucionales. Estos últimos son una clase de hechos sociales. Los hechos sociales son una consecuencia de la existencia de una realidad social, la cual parte de un mundo fáctico o físico, pero se distingue de él. Y se distingue de él porque esa realidad social, de la que venimos hablando, se construye “a partir de la intencionalidad de la conciencia y tres elementos básicos: la asignación de una función a ciertos hechos, la intencionalidad colectiva y las reglas constitutivas”. Estos elementos explican el origen y el sentido de los hechos institucionales, que son una clase de hechos que se dan en las culturas humanas y pese a ser porciones de un mundo real sólo son hechos merced al acuerdo humano y aquí reside precisamente su curiosidad: “Que el papel que tengo en la mano es un billete de 20 euros es un hecho institucional, en el cual lo específico no es la realidad física del papel, sino que sirva para pagar algo. Este hecho institucional presupone una institución, el dinero, que supone la atribución de una función de pago a determinados objetos físicos. (...) Los hechos institucionales suponen la

⁴² MIR PUIG, Santiago, en: LH Rodríguez Mourullo, 2005, p. 671.

⁴³ MIR PUIG, Santiago, en: LH Rodríguez Mourullo, 2005, p. 674

⁴⁴ MIR PUIG, Santiago, en: LH Rodríguez Mourullo, 2005, p. 674.

asignación colectiva de una función que no puede ser cumplida por las solas características físicas de un objeto, sino solo por la atribución colectiva de una función de *status*. (...) Esta atribución de función de *status* tiene lugar mediante *reglas constitutivas*, que a diferencia de las *reglas regulativas* tienen la curiosa *virtualidad* de crear una realidad distinta a la física⁴⁵.

Como vislumbramos desde este planteamiento, todo está interconectado: lo físico con lo social e institucional o, en terminología penalista (y también obviamente de otras disciplinas sociales y jurídicas), lo fáctico con lo normativo. Pero de los razonamientos extraídos del trabajo de MIR, quiero resaltar dos ideas que servirán para responder a la cuestión más arriba planteada sobre la posibilidad de hablar de persona jurídica que actúa y es culpable. Una de ellas es la existencia de *intencionalidad colectiva* que da lugar a que a partir de la percepción de un hecho físico o de una situación física o empírica por esa colectividad, su intencionalidad consensuada se plasme en consideraciones valorativas culturales y que no son jurídicas, sino que son previas a la norma jurídica y que no están a disposición del legislador⁴⁶. La otra es la concepción ofrecida en el trabajo del lenguaje y de su utilidad. El lenguaje es una proyección de lo que vemos o de las consideraciones valorativas culturales a las que una sociedad dada ha llegado a través del proceso de toma de conciencia de determinados aspectos de la realidad. El lenguaje es un producto nacido de la convención social. Si nos atenemos a estos dos planteamientos podemos extraer una conclusión provisional: que el proceso de admisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica se puede producir dentro de las valoraciones culturales de una sociedad y que su emergencia dependerá de que tenga lugar un cambio en la percepción social⁴⁷. Este cambio cobra vida y se publicita con el lenguaje, lo que dará lugar a que se hable con toda habitualidad y normalidad de la persona jurídica como persona delincuente y tal vez lleguemos a oír comentarios como "Fulanito tuvo la mala suerte de trabajar para una empresa delincuente, que cometió un delito y en el juicio la declararon culpable".

⁴⁵ MIR PUIG, Santiago, en: LH Rodríguez Mourullo, 2005, p. 673.

⁴⁶ MIR PUIG, Santiago, en: LH Rodríguez Mourullo, 2005, p. 676.

⁴⁷ MIR PUIG, Santiago, RECPC 6 (2004), p. 8, admite que se puede desarrollar otro concepto de delito en el que también tengan cabida los colectivos, por lo que los problemas dogmáticos insalvables ya no lo son tanto, pero sigue encontrando obstáculos, que ahora considera que son de política criminal: "Sin embargo, la teoría del delito que ha elaborado nuestra dogmática no es la única posible desde un punto de vista lógico. No hay un concepto ontológico de delito. Del mismo modo que hemos desarrollado un concepto de delito como obra del hombre, podemos construir otro concepto de delito en el que también tengan cabida actuaciones de colectivos y la imputación a una persona jurídica de la actuación de determinadas personas físicas. Ello es lógicamente posible. Pero plantea importantes problemas político-criminales".

Pero captar las evoluciones sociales, apresar sus matices e inclinaciones y acertar con el hecho institucional apropiado y que responda funcionalmente a las expectativas sociales no resulta ser una tarea nada fácil. Por ello, pueden surgir dificultades a la hora de conciliar los varios aspectos que confluyan. Así puede surgir el inconveniente de que exista un desfase o desajuste entre el hecho físico y la percepción social de ese hecho físico. Esto es lo que ocurre cuando algunos autores critican a esa parte de la doctrina que considera que la persona jurídica actúa, pues parten de la base de que el hecho físico: actuar de una manera autónoma y voluntaria es irreconciliable con la persona jurídica. Evidentemente que si la recreación y descripción del hecho físico es esa, no se puede decir de ninguna de las maneras que la persona jurídica actúa, porque efectivamente falta el soporte físico. Ahora bien, si socialmente se va admitiendo que la manifestación de una voluntad es sin duda alguna individual, pero también se puede conformar una voluntad colectiva que deviene inevitablemente de la presencia de voluntades individuales, e incluso cada vez son más las manifestaciones de la voluntad individual agrupadas, resultará que se llegará a una comprensión, que ahora se discute, consensuada de lo que se entiende por acción. El hecho físico existe: un cambio externo producido por, ahora digamos, una pseudovoluntad. Dependiendo de cómo evolucionen las cosas, podremos cambiar la parte general del Derecho penal.

Otra dificultad la podemos encontrar en que el hecho institucional no cumpla la función con la eficacia esperada. Éste es otro de los argumentos que se esgrimen para negar la responsabilidad penal estricta (mediante pena) de las personas jurídicas en este momento. El Derecho nace con una función específica: regular las relaciones sociales y crear un marco de convivencia cívica y respetuosa en el que cada uno de sus integrantes encuentre las condiciones necesarias para el desarrollo de su personalidad y de su bienestar. El Derecho penal, como una parte del Derecho, sirve para alcanzar esos fines, y su existencia se justifica en su utilidad. Concretando esa finalidad descrita del Derecho, el Derecho penal, como es sabido, contribuye a crear ese marco cívico y respetuoso encargándose de que no tengan lugar conductas delictivas. El procedimiento elegido para ello es el de la coacción y la amenaza. Como éste es un mecanismo altamente inhibitorio, va dirigido necesariamente a un ser con una determinada capacidad receptiva, que pueda sentir el miedo y el peso del castigo. El proceso es desde una visión básica y esencial, y dejando de lado en este momento la sofisticación dogmática alcanzada, la generación de miedo a través de la coacción y la imposición de una pena para obtener como resultado la inhibición de la conducta delictiva. Este procedimiento se ha ido depurando y mejorando obteniendo un rendimiento inhibitorio

nada despreciable: no se ha erradicado el delito, pero sí que lo ha mantenido dentro de unos parámetros soportables socialmente y que ha permitido el desarrollo y la evolución de la sociedad, contribuyendo a la construcción del deseado Estado del Bienestar. Llegados a este punto a nadie se le escapa, ni descubro nada cuando digo que a la persona jurídica como ente distinto al conjunto de las personas físicas que lo forman, no se le puede inculcar y generar miedo. Es impermeable a la coacción, porque como ser autónomo, hecha la abstracción intelectual, no tiene las cualidades para percibir qué es la coacción y tomar conciencia de las consecuencias de sus acciones. La persona jurídica se comporta como un inimputable, en el terreno del limbo y ajeno a cualquier inferencia del Derecho penal. El proceso tal y como está concebido no accede a la psicología de la persona jurídica y no puede reorientar su conducta. Sencillamente, para ese objetivo el Derecho penal y sus procedimientos no funcionan, cuando éste exclusivamente existe para dar un servicio, para funcionar. Ello genera cierta inquietud social, puesto que la sociedad percibe que el delito se comete, pero no se llega a una respuesta adecuada por parte del Derecho penal, sobre todo en los casos en los que la empresa tiene un alto nivel de desorganización en alguno de sus niveles o en todos y no se consigue hacer responsable a ninguna persona física, que escondida tras la desorganización consigue burlar el sistema, con la consecuencia de falta de prueba; pero, por el otro lado, tampoco existe un sistema de medidas eficaz para imponer a la persona jurídica, que pueda restablecer el orden y prevenga el delito, por el contrario la aplicación de alguna de ellas puede ser incluso contraproducente, como es el caso de la disolución, cuando la empresa sigue teniendo una viabilidad económica y una situación financiera saneada.

Por último, puede presentarse otra disonancia, como es que las normas regulativas no vayan acompañadas con la percepción social, lo que vuelve a incrementar las disfunciones en el hecho institucional. Así sucede cuando se regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin que la concepción social lo haya percibido así o en caso de que percibiéndolo no haya alcanzado el consenso y su materialización lingüística. A veces el Derecho se adelanta en algún aspecto al tratar el problema a la propia concepción valorativa-normativa de la sociedad. Esta forma de proceder puede incitar a un cambio social o a darle el empuje esperado al cambio iniciado e incipiente que estaba produciéndose en la sociedad, espoleando la velocidad del cambio, pero también puede quedarse en el intento y en estos casos la sociedad mantendrá su concepción alejada de la respuesta regulativa jurídica, por lo que en el caso del Derecho penal esta situación dará lugar a una absoluta ineficacia de la respuesta punitiva. La sociedad todavía no ve a la persona jurídica como destinatario de la norma jurídico-penal. No asimila, ni concibe que pueda cometer un delito. Sigue considerando que esa conducta

malhechora es privativa del ser humano, pero de ninguna abstracción asimilada a ella, debido a que, como hemos explicado antes, el miedo es un sentimiento netamente humano y la coacción sólo se puede ejercer sobre seres humanos con el propósito de doblegar su voluntad. La voluntad colectiva sólo se doblega, si antes se influye en cada una de las voluntades individuales que la conforman y no hay otro modo de hacerlo. Nos topamos entonces con el hecho físico y con lo que es permanente e inamovible en el suceder de las cosas: las personas jurídicas no tienen sentimientos que las hagan accesibles al mensaje de la norma jurídico-penal. No sienten la amenaza.

Por este camino es improbable que encontremos una respuesta eficiente si queremos acabar con la delincuencia corporativa. Tenemos que seguir atajando el problema a través de las personas físicas que se encuentren gobernando los designios de la persona jurídica o al menos esforzarnos en ello. No quiero desterrar con ello la posibilidad de imponer sanciones a las personas jurídicas e incluso de hablar de penas para las personas jurídicas, de considerar que actúan o de que son culpables. Creo que es conceptualmente posible hablar de que en ellas hay voluntad y de que hay culpabilidad, como he demostrado anteriormente y parte de la doctrina mantiene, y no creo que se equivoquen frontalmente afirmándolo, porque dependerá de la perspectiva que se adopte al definir voluntad. Pero no cualquier perspectiva o enfoque del concepto es conciliable con el Derecho penal y con el modo de operar la intimidación de la pena a través del sentimiento de miedo en la persona accesible a la amenaza penal. Y a ello ayuda la maleabilidad de las palabras, cuyo contenido es contingente al depender del modo mayoritario de ver las cosas y de la evolución, por tanto, de la concepción social.

Por otro lado hay algo que no se puede cambiar: la persona jurídica dejará de delinquir, si conseguimos amedrentar a las personas físicas. Hablar de responsabilidad de las personas jurídicas en Derecho penal es seguir hablando de la responsabilidad penal de la persona física, porque ambas están unidas por un cordón umbilical inseparable: la persona jurídica no es sin la persona física, pero no al revés. Afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas es afirmar la responsabilidad penal de la persona física, aunque no se sepa cuál de las personas físicas fue, y con ello el legislador ha intentado castigar otra manifestación mucho más compleja de delinquir, esforzándose por atrapar y acorralar estas conductas.

La tarea ahora es cómo imbricar esa regulación y esa responsabilidad para cumplir otra función que tiene el Derecho penal en un Estado democrático y de Derecho, como es la de garantía, la de aplicar el *ius puniendi* de un modo legítimo, huyendo de los abusos y de las

manipulaciones o de los usos partidistas de este poder. Y aquí nos encontramos con una barrera que es la responsabilidad personal y su consecuencia lógica como es el cumplimiento de la pena por aquél que ha realizado todo o parte de la conducta jurídico-penalmente relevante. Con esta fase hay que tener mucho cuidado y operar con precisión, porque de nuevo está en juego la eficacia del Derecho penal. Así quiero poner el acento en que la opción de considerar a la persona jurídica responsable penalmente puede derivar en consecuencias prácticas muy lejanas de las deseadas. En este sentido, si nos centramos en la vía del premio en la que la atenuante recogida en el proyectado art. 31. bis tenía como objetivo introducir y mantener a la empresa en una política de prevención del delito y de prácticas abusivas, podemos comprobar que se puede obtener el efecto contrario, porque la empresa puede sentir este esfuerzo como algo inútil y fútil, ya que puede considerar que de cualquier modo, haga lo que haga, va a ser sancionada; y por otra parte puede preguntarse para qué sirve un conjunto de protocolos preventivos del delito y orientados, en caso de que pese a todo se cometa algún delito, a buscar responsables entre los sujetos que dirigen o actúan en la empresa, si nadie en concreto va a soportar la falta de responsabilidad de la persona física delincuente no identificada, y sí el ente, lo que se hace soportable para todos⁴⁸.

V. Análisis de la regulación de la Reforma operada en el CP por la LO 5/2010 de 22 de junio⁴⁹.

En este punto de la exposición me quiero ocupar de la regulación que se ha introducido recientemente en el CP penal español de la mano de la LO 5/2010 de 23 de diciembre, aunque sea de modo sucinto y como corresponde a un trabajo de estas características. Y advierto que, aunque en el apartado final (VI: Conclusiones) considero preferible concretar la responsabilidad penal de las personas jurídicas no en penas, sino en “medidas criminales”, en este apartado V, dedicado a la nueva regulación, voy a reproducir sin discutirla la terminología de “penas” que utiliza el CP.

⁴⁸ Cfr. en este sentido, NIETO MARTÍN, Adán, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Madrid, 2008, p. 123: “La razón es sencilla: puesto que la empresa va a ser irremediamente sancionada de descubrirse el comportamiento ilícito de la persona natural su interés en que éste se descubra es nulo. La sanción al colectivo refuerza por ello el pacto de silencio que operaba como característica criminógena en el derecho penal de la empresa. Este efecto perverso se extiende incluso a medidas de policía de tipo preventivo, tendentes a la detección de delitos, pues siempre existe el peligro de documentar la infracción y de facilitar, por tanto, la investigación”

⁴⁹ Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y con entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010.

El CP pasa a cambiar la terminología de consecuencias accesorias a penas. Si las cosas sólo quedasen aquí, se reduciría el cambio a una denominación, más o menos acertada, aunque ciertamente con indudable trascendencia⁵⁰, pero este cambio terminológico responde a un cambio de concepción de mucho más calado: la persona jurídica es responsable penalmente cuando se haya realizado un hecho delictivo en su nombre o por su cuenta y en su provecho, por los que, sintetizando, la dirigen normalmente o puntualmente, y también cuando éstos mismos no han ejercido el suficiente y adecuado control sobre la persona física que ha cometido el delito en beneficio o provecho o por cuenta de la persona jurídica, en otras palabras, por no realizar las labores de control y vigilancia correspondientes y pertinentes para haber llegado a evitar la conducta delictiva imprudente o dolosa del subordinado.

Hay que reconocer que todo cambio legislativo supone un gran esfuerzo de concreción y de definición de fenómenos sociales, así como de un ejercicio de previsión de consecuencias o una prognosis intelectual simulada del posible comportamiento de la regulación en la realidad. Una vez hecho este trabajo previo de construcción por el legislador, el experto externo al proceso sólo puede contribuir advirtiendo aquello que puede generar disfunciones o aportando nuevas soluciones o incidiendo en aspectos que deberían resaltarse más o merecen mayor definición o desarrollo. En todo caso, a partir de ahora voy a partir del dato incontrovertible de que el CP prevé penas para las personas jurídicas, prescindiendo en las observaciones concretas de todo lo discutible que, como hemos visto, pueda resultar esa opción de principio. Desde este planteamiento, seleccionando algunos aspectos de la regulación, las consecuencias o los puntos que pueden plantear problemas a mi modo de ver son los siguientes:

- 1) Los criterios que maneja el CP para hacer responsable a la persona jurídica pueden resultar en principio amplios, dando lugar a un exceso de punición, si tenemos presentes muchas de las garantías o límites que se han elaborado para llegar a tener un Derecho penal adaptado a los principios de un Estado de Derecho social y democrático y para limitar la gestión de la violencia en el momento de su cesión al Estado.

⁵⁰ El cambio terminológico no suele pasar tampoco inadvertido y suele ser la plasmación de un cambio de concepción y más en este caso en el que la pena, la consecuencia jurídica por antonomasia, significa admitir la culpabilidad de y en la persona jurídica, con lo que ello implica: concebir a la persona jurídica como un sujeto libre, autónomo, responsable de sus actos y con capacidad de autogobierno.

Se comprende entonces que utilice el término exceso cuando considero que se traspasan precisamente esos límites, al establecer el CP que la persona jurídica puede ser responsable de un delito en el momento que se realiza en su nombre y en su provecho, aunque haya estado absolutamente ajena a todo el proceso o por mucho que se produzca dentro de su organización, pero de un modo muy colateral. Habría que diferenciar entonces los supuestos en los que la persona jurídica participa activamente en la obtención del provecho derivado del delito, de aquellos otros en los que quien pretende la satisfacción del provecho y quien dirige sus pasos hacia el provecho, nunca será la persona jurídica, sino la física, valiéndose de la persona jurídica. La persona jurídica será entonces el instrumento jurídico que alberga una organización lícita con fines lícitos, en el que pueden surgir desviaciones de la conducta y del objetivo político-económico fijado. Esto es palpable en los delitos de administración desleal, en los que ya ni siquiera existe provecho para la persona jurídica, sino perjuicio para la misma.

Pero dejando a un lado supuestos de fácil delimitación, están otros en los que nos encontramos con ciertos actos realizados por directivos capaces de obligar a la persona jurídica y que reportan un provecho a la persona jurídica. Estos supuestos no deberían encajar automáticamente en la descripción recogida en el art. 31 bis. Habría que evaluar la entidad del provecho, exigiendo de entrada que el beneficio tenga relevancia jurídico-penal y que se haya obtenido a base de menoscabar otros bienes jurídicos importantes, que son los relacionados en los tipos. No obstante, para afirmar la relevancia jurídico-penal creo que hay que tener en cuenta aspectos propios del hecho vinculados con las características del sujeto-persona jurídica, de tal modo que siguiendo estos parámetros el provecho tiene que tener una cierta importancia y significación dentro de la estructura empresarial: no cabría cualquier hecho aislado ocurrido en el seno de una sección o departamento de una empresa de notables dimensiones, y por otro lado, para este juicio de ponderación, se deberían analizar las atribuciones y competencias del directivo o persona con facultad para obligar a la empresa y su ubicación dentro del organigrama empresarial, ya que en empresas grandes, con varias divisiones y descentralizadas es más cuestionable que la persona jurídica sea responsable por lo realizado por un directivo, que queda muy alejado del poder de dirección del órgano directivo principal. En realidad cuanto menor sea su espacio de control en la empresa, menores serán las repercusiones de las obligaciones y compromisos que este sujeto alcanzará en nombre de la empresa. Aunque tengo

que hacer la salvedad de que hay puestos de trabajo o de dirección que no tienen excesivas atribuciones, pero que tienen un gran peso estratégico en la corporación y que por ello pueden comprometer y arrastrarla hacia una responsabilidad penal.

En definitiva, que en estos casos en virtud del principio de fragmentariedad y del principio de insignificancia podemos llegar a restringir los criterios propuestos en el primer inciso del art. 31 bis CP, exigiendo, por un lado, que la persona física con *su actuación comprometa la gestión de la actividad empresarial desde una perspectiva o dimensión global*, convirtiéndola en ilícita y generando un coste reputacional merecido para la empresa, y, en segundo lugar, que la conducta antijurídica provechosa se produzca o implique a su consejo de administración, si se trata de empresas grandes, o a su administrador o administradores, en empresas más reducidas, es decir, que en cualquier caso, *sus máximos órganos directivos* participen en o favorezcan la consecución del provecho.

2) Consecuentemente, en los casos de conductas delictivas basadas en la obtención del provecho y realizadas por encargados, mandos intermedios, directivos de departamentos, o cualquier otra persona con facultad, aunque sea mínima, de obligar a la persona jurídica, considero que se debe hacer responsable penalmente a la persona física y la persona jurídica lo será, en su caso, civilmente. Si no se pudiera lograr el llegar a la imputación de la persona física, el delito quedaría sin castigo. Ahora bien, se podría llegar a responsabilizar a la persona jurídica por el criterio de imputación establecido en el segundo párrafo del art. 31 bis CP, es decir, por haber *incurrido en defectos en la organización*. En estos casos *debería responsabilizarse al consejo de administración o al máximo órgano directivo o de gestión*, dependiendo del organigrama de la empresa, por un defecto en la organización, si con el cuidado debido, es decir, si con el cumplimiento de protocolos y con una organización empresarial imbuida de la necesidad de la prevención de delitos en su seno, podían haber evitado y atajado tal tipo de actuaciones. Este modo de conducirse por los gestores de la empresa, llevará a la responsabilidad penal de la persona jurídica, sin detrimento de que se castigue al subordinado por su delito, pero también al administrador o administradores como máximos representantes de la

empresa (a éstos, como veremos, normalmente no por participación activa dolosa, sino por omisión imprudente).

- 3) Se tiene que evitar el riesgo de que la aplicación práctica de estos criterios se automatice y que, consiguiendo el castigo de la persona jurídica, se abandone la investigación del responsable-persona física al menor obstáculo que se advierta. Si se llega a producir este efecto, parecerá que finalmente se castiga a la persona jurídica ante la imposibilidad o la posibilidad malgastada de castigar a la persona física, por lo que la regulación se presentará como un expediente que sirve para cubrir meramente lagunas de punibilidad, restando fuerza a las fuentes de imputación: la obtención de un resultado provechoso, ventajoso y un defecto en su organización preventiva, por los que verdaderamente la persona jurídica es responsable y restando eficacia a toda la regulación, de tal modo que si la persona física llega a percibir que el sistema implantado se conforma, en un deterioro de su aplicación, con el castigo de la persona jurídica y que la investigación por descubrir a la persona física se convierte en una mera formalidad, el problema no se habrá solucionado y los administradores saltarán de la gestión de una persona jurídica a otra dejándoles como herencia el marchamo de la responsabilidad penal. Por ello, hay que aplaudir la claridad con la que el proyecto manifiesta la autonomía de la responsabilidad penal tanto de la persona jurídica como de la persona física, sin que la de una excluya la de la otra y sin que haya vinculación de una con otra en este sentido. Y es que no debe haberla, puesto que los títulos de imputación son bien distintos en ambos casos.
- 4) En el segundo párrafo del art. 31 bis CP nos encontramos con una cláusula de imputación y de autoría⁵¹ que, quizás sin proponerse este efecto el legislador, resulta ser una excepción a la regulación del *numerus clausus* en la imprudencia, ya que se convierte en una *cláusula casi general de punición de la imprudencia en el ámbito de las personas jurídicas*, debido a que, aunque la mayoría de los tipos de la parte especial a los que se aplica esta cláusula estén concebidos y castigados en su versión exclusivamente dolosa, se puede terminar castigando la conducta

⁵¹ Esta cláusula y su contenido esencial no es una novedad en la regulación penal. Así en el art. 318 del CP se recoge una cláusula general para los delitos contra los derechos de los trabajadores que persigue parecidas consecuencias materiales y que ha sido interpretada por la doctrina en el sentido de castigar a los que no cumplen con los deberes de vigilancia y de control de sus subordinados, ya que son los únicos que pueden evitar que se produzca el resultado lesivo.

imprudente del superior jerárquico que no ha llevado a cabo un despliegue de competencias de modo diligente, entre las que se contaban los deberes residuales de vigilancia y control de sus delegados. La infracción imprudente por parte del superior jerárquico del deber especial le hace ser responsable a él y a la persona jurídica por albergar estas prácticas en su seno. Por tanto, esta cláusula expande el círculo de autores, permite la entrada a la imprudencia y se basa en títulos de imputación como la posición de garante y los defectos de organización. Claramente esta regulación amplía de modo notable el ámbito de aplicación del Derecho penal, por lo que hay que hacer un uso razonable de ella, orientado por los principios político-criminales, sobre todo de eficiencia y proporcionalidad en el uso del Derecho penal; de lo contrario *un mínimo abuso* en la aplicación de las normas penales en este ámbito puede producir efectos insoportables en una sociedad altamente tecnificada, como puede ser la paralización del desarrollo económico o del avance tecnológico en un sector de actividad, en una comarca o comunidad o en todo un país.

- 5) Cuando la organización de la persona jurídica no adopte adecuadas medidas de control para la evitación de la comisión de delitos en su seno, ya hay imprudencia, y por tanto el mínimo título de imputación y el mínimo de desvalor exigido por el principio de responsabilidad subjetiva plasmado en el art. 5 CP: “no hay pena sin dolo o imprudencia”. Pero se trata de imprudencia, por cierto omisiva, que no puede tener la misma sanción penal que el dolo, ya que el principio de responsabilidad subjetiva, además de su formulación de mínimos en el art. 5 CP, contiene una segunda exigencia, la de que “la pena ha de ser proporcional al grado de responsabilidad subjetiva, a la gravedad del desvalor subjetivo de la acción” y por tanto “la comisión imprudente de un hecho no se puede penar igual, sino menos que la comisión dolosa”⁵². Por eso hay que criticar que la propuesta de responsabilidad penal para la persona jurídica en el art. 31 bis CP prevea la misma responsabilidad penal sin distinguir cuando los directivos o responsables de la persona jurídica actúan dolosamente, conducta que podría incluso ser una intervención o implicación activa en la comisión del delito en provecho propio o de la sociedad, que cuando simplemente haya una falta de control imprudente, supuesto en que la responsabilidad penal debería ser menor en todo caso.

⁵² Así LUZÓN PEÑA, Curso DP, PG I, 1996, p. 87.

Y del mismo modo, cuando en el ap. 2 del art. 31 bis se dice que “la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas a que se refiere el apartado anterior”, debería añadir: “, diferente según que sea dolosa o imprudente”.

- 6) Siguiendo con la parte subjetiva, con esta Reforma del CP se debería haber declarado expresamente el principio de responsabilidad subjetiva para la persona jurídica, para que quede meridianamente claro, en este momento de cambios, que a la persona jurídica no se la castiga si no ha habido ni dolo ni imprudencia en su intervención operada a través de sus representantes, es decir, que los representantes de la persona jurídica han tenido que actuar con dolo o al menos con imprudencia para que se declare responsable penalmente a la persona jurídica. Es evidente que tal y como está diseñado el esquema de imputación subjetiva en el CP no cabe la responsabilidad objetiva para las personas jurídicas, pero no resulta ociosa su declaración expresa, si tenemos en cuenta las novedades y cambios que representa en la concepción tradicional del Derecho penal que a la persona jurídica se le impongan penas.
- 7) Si relacionamos la necesidad de responsabilidad subjetiva con el estudio y análisis del comportamiento predelictivo de la persona jurídica podemos llegar a la conclusión de que *la persona jurídica en el caso concreto no ha sido responsable de la producción del delito. Esta consecuencia se despliega cuando la persona jurídica ha actuado sin dolo y sin imprudencia.* La forma más adecuada para afirmar la inexistencia de responsabilidad subjetiva o por el contrario confirmarla es el análisis de su gestión, constatando la existencia de una “cultura” preventiva en la política de empresa, que se materializa en el diseño e implantación de planes de prevención de delitos encaminados a evitar los riesgos generados por la actividad empresarial. Desde el punto de vista jurídico, este comportamiento detectado en la empresa tiene una lectura clara, que nos lleva a declarar que la persona jurídica demuestra una total diligencia en su conducta, lo que nos conduce a negar la existencia de un provecho provocado de modo doloso o imprudente, que beneficie a la persona jurídica o una dolosa o imprudente falta de control del subordinado por el superior jerárquico, que comprometa a la persona jurídica. Ante la falta de responsabilidad subjetiva no habrá delito. O,

formulándolo desde otra perspectiva, también se puede considerar que la existencia de programas o protocolos preventivos eficaces y operativos, que realmente se cumplan dentro de la empresa y que tengan como finalidad controlar la actividad y sus riesgos, constituyen un supuesto de justificación de la conducta o la constatación de la voluntad de mantenerse férreamente en el ámbito del riesgo permitido. Precisamente la existencia de estos protocolos preventivos dentro de la empresa rompen el cordón umbilical, la dependencia o el título de imputación entre la persona física y la persona jurídica. Y me refiero con esto a los casos en los que la persona física actúa, ya sea con dolo ya sea con imprudencia, no siguiendo las directrices de cumplimiento que la empresa se ha dado a si misma. Pues bien, en estos supuestos no se puede admitir directamente y *a priori* la responsabilidad de la persona jurídica basándose en el comportamiento de la persona física⁵³, porque la persona jurídica se ha conducido conforme a la norma y ha intentado evitar con los medios a su alcance que se origine cualquier conducta delictiva dentro de su organización. Si ello se produce, no le será imputable a ella, porque se ha roto esa conexión o en términos jurídicos ese título de imputación entre lo realizado por la persona física y asumido entonces por la persona jurídica. *En los casos en los que se puede verificar un cumplimiento continuado de normas preventivas por parte de la persona jurídica sólo puede castigarse a la persona física.*

La reforma no ha regulado expresamente los efectos, en mi opinión, justificantes o de exclusión de la tipicidad, incluso, que puede tener la implantación continuada en la empresa de programas de cumplimiento, como parte de su política empresarial, y ello, encuentro, que representa un punto trascendental en todo el sistema regulativo y en sus niveles de eficacia. Precisamente, uno de los pilares de la evitación del delito en el ámbito de las corporaciones descansa en la prevención. La cultura del “protocolo preventivo” o “programas de cumplimiento” es lo que se pretende instaurar en el tejido empresarial y éste es, creo, el mensaje o el objetivo instrumental que persigue la regulación jurídica, incluida la penal. El mensaje, por

⁵³ Pese a que la responsabilidad de la persona física y la jurídica no se excluye y así lo declara expresamente el CP (art. 31 bis inciso segundo) y a estos efectos se consideran plenamente independientes, no se puede negar que desde una óptica material la realización del hecho típico y antijurídico corresponde a la persona física, aunque por un proceso de abstracción se llegue a responsabilizar a la persona jurídica por no haber llevado a cabo e implantado una gestión preventiva, una disciplina de ejecución de su actividad conforme a la norma y ello la hace responsable y reprochable.

tanto, tiene que ser más nítido, y esta nitidez sólo se alcanza si se recoge expresamente, y no de una manera sobreentendida, –que sólo sobreentendemos, por cierto, los juristas, pero nosotros no somos los destinatarios de la norma– que cuando los protocolos preventivos o programas de cumplimiento forman parte fundamental del diseño y proceder habitual de la actividad que se desarrolla dentro de la empresa, ésta no tendrá ningún tipo de responsabilidad jurídica en virtud del riesgo permitido y del caso fortuito.

- 8) Ahora bien, para terminar de diseñar los posibles supuestos que se pueden plantear, puede que la persona jurídica pese a la implantación de buenas prácticas, es decir de normas y medidas de vigilancia y control para evitar la producción de delitos, éstas sean defectuosas o ineficaces y así se haya puesto de relevancia en algún momento y la persona jurídica, sin embargo, no haya procedido a su corrección y ajuste. En estos casos, hay ciertamente imprudencia, pero se puede admitir una atenuante privilegiada o una eximente incompleta que rebaje y module la pena impuesta a la persona jurídica atendiendo a criterios de proporcionalidad. Por último, está el supuesto contemplado en la propia regulación de la Reforma que atiende al comportamiento postdelictivo positivo de la persona jurídica y que da origen a una atenuante común, pero que también podría abrir la puerta a la posibilidad de que en algunos supuestos especialmente comprometidos con una cultura de las buenas prácticas y de la prevención diera lugar a una atenuante privilegiada. Considero que la Reforma operada debería haber regulado estos supuestos que he tratado de diferenciar aquí con sus consecuencias de atenuación o exclusión de la responsabilidad en cada caso.

- 9) Otro riesgo se genera con la aplicación de la pena. La imposición de una “pena” a la persona jurídica implica la formación de una onda expansiva⁵⁴ del castigo⁵⁵, que

⁵⁴ No me estoy refiriendo con esta expresión al fenómeno descrito como expansión del Derecho penal, en el que se cuestiona su utilización para regular realidades que quizás deberían tener otra respuesta; por el contrario intento llamar la atención sobre la repercusión y el alcance estructural y social que tiene la imposición de una pena a una persona jurídica.

⁵⁵ No obstante, desde el fenómeno de la expansión del Derecho penal, la realidad ha cambiado incluso para la persona física: el delito alcanza a un número mayor de personas. El delito y la pena se han popularizado, de tal modo que se teme que se produzca en la conciencia colectiva un proceso de banalización, lo que iría en detrimento de la eficacia preventiva del Derecho penal. Actualmente cualquier persona con una familia estructurada, con una formación académica media o incluso superior,

es soportado no sólo por el consejo de administración o por los cargos o mandos intermedios de la corporación que han tenido que ver en la realización de la conducta típica y antijurídica, sino que en la mayoría de los casos, debido más que a la naturaleza de las penas a las características del destinatario: persona jurídica, ésta es soportada igualmente por otros sujetos integrantes de la persona jurídica, que nada han tenido que ver con la realización del delito, entre ellos, los trabajadores. Si se produce un coste social tan alto, como es el sufrimiento indirecto de una pena⁵⁶, hay que concluir que este tipo de “penas”, sobre todo las de suspensión y disolución, se tiene que imponer en casos de una especialísima relevancia, ya que de lo contrario la sanción no responde a sus funciones, sino que es una pena vivida como injusta que, lejos de prevenir y retribuir, lo que hace es crear víctimas, que se descubren a sí mismas soportando un castigo institucionalizado que no tienen por qué soportar. Por otro lado se quiebran así de un plumazo dos garantías como son la responsabilidad personal y la responsabilidad subjetiva con el detrimento que con ello se genera en la eficiencia punitiva del Derecho penal⁵⁷.

- 10) Pero el efecto de esa onda expansiva de la “pena” no se detiene en los integrantes de la persona jurídica y no tiene exclusivamente una repercusión interna, sino que también tiene un efecto trascendente, ya que las personas jurídicas tienen una influencia determinante en la comunidad en la que están instaladas y contribuyen a la calidad de vida y al progreso de su microcosmos o macrocosmos, dependiendo del tamaño y del sector de actividad al que se dedican. Las implicaciones pueden ser incluso incalculables para la economía de un país o del

con trabajo y completamente adaptada e integrada en su núcleo social puede traspasar la línea y experimentar la imputación de un delito: un despiste al volante, una copa de más, una mala gestión con nuestras retribuciones desafiando la cuantía establecida para el delito fiscal y podemos ser apuntados por el dedo acusador del Derecho penal.

⁵⁶ Este coste social ciertamente está presente igualmente en la imposición de una pena a la persona física. Así las personas cercanas al delincuente sufren alteraciones en sus vidas de gran trascendencia y a todos los niveles. Pensemos en la desestructuración que sufre una familia, si la madre o el padre con hijos pequeños ingresan en prisión durante una serie de años. Sin embargo, pese a estar presentes estos riesgos, la onda expansiva es mucho menor o se percibe cuantitativamente con menor trascendencia, por lo que en el juicio de ponderación no se producen las reservas que surgen cuando es a una persona jurídica a la que se le somete a la imputación de una pena.

⁵⁷ Estas consecuencias o parecidas son las que ha tenido presente el legislador para las penas distintas a la multa en el art. 66 bis CP, en el que establece unos criterios taxativos y unos límites temporales de las penas sometidos a su vez al cumplimiento de unas condiciones, con el propósito de estrechar el marco de aplicación de esta clase de penas en pro de su utilidad y necesidad.

mundo entero⁵⁸. Por ello, el castigo a la persona jurídica puede tener repercusiones de mucho calado, que tenemos que ponderar con celoso cuidado. Nos tenemos que adelantar y hacer un cálculo o una previsión de las posibles consecuencias de imponer una pena inadecuada y que puede acabar socavando el tejido empresarial de una comunidad, sociedad o país o tener repercusiones transfronterizas. Se podría sintetizar este riesgo con la idea de que el Derecho penal no está para crear crisis económicas o financieras, sino para evitarlas, junto con otras muchas herramientas jurídicas y extrajurídicas, o en el caso de que la empresa se haya instalado en una dinámica de malas prácticas, para terminar con esa degeneración organizativa.

- 11) Por tanto, la “pena” impuesta a la persona jurídica tiene que ser escogida concienzudamente por parte del legislador o por el aplicador de la norma, si se le ha dejado una cierta discrecionalidad. Para ello, tiene que ponderar los costes sociales del delito que ha cometido la persona jurídica y los costes sociales de la imposición de la pena a la persona jurídica; en este caso, tendría que tener muy presente el efecto expansivo que tiene la “pena” impuesta a una persona jurídica y evitar en la medida de lo posible la desaparición de la persona jurídica, si todavía puede desempeñar un papel relevante en su radio de acción y representa un medio para el bienestar social de la comunidad. Esta idea nos conduce a otra: la “resocialización” de la persona jurídica debe ser una de las prioridades del Derecho penal. Considero que en este ámbito la prevención especial es fundamental y cobra una gran relevancia, de tal modo que legitima en gran medida la intervención del Derecho penal. Al contrario de lo que ocurre en la práctica con las personas físicas, en el que la prevención especial está más limitada, por miedo a caer en el intervencionismo y arrastrar derechos y libertades de la persona física, en el caso de la persona jurídica esa intervención resocializadora y de reorientación de la gestión hacia el buen hacer se nos muestra como absolutamente necesaria, como la finalidad última que se espera que desempeñe un eficaz Derecho penal.

Con estas bases propondría una reestructuración de las penas para adaptarlas cuanto cabe a las finalidades preventivo especiales y distinguiendo los siguientes

⁵⁸ Sólo hay que pensar en casos como Lehmann Brothers.

supuestos: a) En el caso de personas jurídicas que han delinquido por primera vez, pero cuya actividad se ha desarrollado en su inmensa mayoría en el ámbito de lo lícito, no se consideraría necesario todavía acudir a la prevención especial de tratamiento resocializador y la pena de multa sería la más adecuada. b) En el caso de personas jurídicas reincidentes o multirreincidentes, pero en las que cabe la posibilidad de que su actividad se pueda reorientar, la prevención especial cobra vital importancia y se deberían imponer penas que permitan el tratamiento específico de la persona jurídica, como puede ser la intervención judicial o la curatela, con el exclusivo objetivo de sanearlas y hacerlas beneficiosas para el desarrollo social. Dudo en estos casos de si debería combinarse o dejarse la posibilidad de imponer también una pena de multa simultáneamente, para desplegar los efectos de la prevención general y de la prevención especial intimidatoria, pero tal vez estemos quebrantando la prohibición de desproporción por una doble imposición de sanción⁵⁹. c) Por último quedaría el catálogo de penas que se enfrentan a una persona jurídica que desarrolla la inmensa mayoría de su actividad dentro de esquemas delictivos y en las que es altamente difícil su recuperación para la sociedad, por lo que la solución más proporcionada, necesaria y eficaz resulta ser la suspensión de actividades o el cierre de locales o incluso su disolución y precisamente la aplicación de estas penas en estos casos será la única que proteja adecuadamente a la sociedad, por lo que resulta evidente que no hay que apostar por su continuidad, ni aplicar penas que consistan en medidas de tratamiento y recuperación.

- 12) Para contribuir a la eficacia de la pena de la persona jurídica, la reforma debería haber contemplado la formación de un *registro de personas jurídicas penadas* que, al contrario del de las personas físicas, debería gozar de la *máxima publicidad* y contribuiría a dar transparencia a operaciones mercantiles, tales como fusiones o absorciones, evitando numerosos riesgos, entre ellos, que empresas sancionadas devalúen y pongan en peligro la buena gestión de otras empresas⁶⁰.

⁵⁹ En cualquier caso, las empresas multirreincidentes o reincidentes han recibido condenas anteriores en las que seguramente se les ha impuesto una pena de multa y la constancia en el delito por éstas desvela que la multa no ha alcanzado el efecto disuasorio deseado. Me inclino, no obstante, a que la aplicación de la multa cuando se ha intervenido a la empresa o se gestiona por un curador, puede proponerse en términos de facultad al aplicador, y éste valorará la proporcionalidad y los efectos preventivo generales y especiales que se cumplen con la multa.

⁶⁰ Ello contribuiría notablemente a la transparencia en procesos como el de *due diligence* anteriores a una compraventa.

VI. Conclusiones:

- 1) Es una evidencia que la realidad actual es bien distinta a aquella que existe, cuando se construye el concepto de delito. Ahora los paradigmas son distintos. Nos encontramos ante una sociedad más dinámica, interconectada, tecnificada, globalizada y consumista. La empresa encuentra a una sociedad ávida de cosas. Y la empresa, concebida para el negocio, en este contexto crece y se multiplica, adoptando un papel fundamental y relevante dentro del organigrama social. Todo lo que venga de ella tendrá implicaciones en casi todos los ámbitos. Y sin darnos cuenta la persona física convive con otra nueva “forma de vida” creada por ella: la persona jurídica, la cual ha cobrado gran relevancia en las últimas décadas. Tal es el protagonismo de la persona jurídica en la sociedad actual, que está puesto en sus manos gran parte del desarrollo y mantenimiento de nuestro bienestar social y también nuestras expectativas de futuro.

- 2) La presencia de las corporaciones en la estructura social es, por tanto, de gran importancia y sus decisiones pueden alterar las circunstancias vitales de las personas físicas. Por tanto, hay que abandonar el concepto de empresa o corporación del s. XX y establecer otros principios rectores para las empresas del s. XXI, que nos permitan alcanzar otra concepción de la corporación. Se debe abandonar el mercantilismo sin más objetivo que su retroalimentación, por un mercantilismo ético y racionalista. Es necesario este planteamiento para la convivencia de la persona física y la persona jurídica y para la pervivencia de las dos. Consecuentemente, a las corporaciones se les debe dejar un espacio de autorregulación, para conseguir mantener niveles de flexibilidad y adaptación en su actividad y que no se pierda el dinamismo propio de estas entidades, pero ahora es estrictamente necesario que, junto a ese espacio concedido a la autorregulación, haya una regulación externa que fije las pautas de comportamiento de las empresas en determinados sectores o al realizar determinadas actividades. Y también es estrictamente necesario que las empresas las cumplan, por lo que hay que acudir a mecanismos de coacción. En conclusión, considero que la decisión de desarrollar la actividad conforme a un protocolo de buenas prácticas o no,

en algunos ámbitos de especial importancia, se debe sustraer a la voluntad de la corporación y ésta debe asumir el imperativo que le venga de fuera y cumplirlo.

- 3) El Derecho penal no tiene la función de regular una de las necesidades prioritarias de la sociedad actual: el cómo una empresa debe realizar su actividad respetando reglas básicas para la producción de riqueza, pero sí tiene la función de orientar, de conducir a las empresas hacia ese “cómo” cuando lo transgreden. El Derecho penal está llamado a erradicar toda manifestación que ataque o ponga en peligro bienes jurídicos fundamentales a través de sus mecanismos de coacción y de inhibición de conductas contrarias a la norma, formando parte de lo que he llamado “regulación de la presión”.
- 4) El Derecho penal tiene una función básica dentro de la regulación de las buenas prácticas entre empresas. Se establece en él un escalón primario de buenas conductas, que se ha sustraído a la transacción y que está lejos del carácter de voluntariedad que domina en las relaciones empresariales. El Derecho penal vuelve a ser un vehículo para establecer los parámetros de lo básico, de lo que no puede ser menoscabado, porque son los mínimos necesarios para alcanzar niveles elementales (o básicos, indispensables, mínimos) de bienestar. El Derecho penal establece una regulación de mínimos que presiona y dirige a las empresas hacia una dirección que aconseja el buen comportamiento, limitando su poder de acción, lo que revierte favorablemente en la sociedad y en ella misma. De un modo secundario esta regulación que he denominado de la presión, también invita a los órganos de las corporaciones a reflexionar y a no quedarse en este primer estadio de mínimos y avanzar en el terreno de la ética empresarial, asumiendo compromisos ya de un modo voluntario.
- 5) Es un hecho que con esta nueva manifestación de la voluntad humana: persona jurídica, se delinque, y considero que cuando se comete un delito hay que dar una respuesta penal, y esforzarse por encontrarla. No sirve ante la realización de un delito buscar soluciones en el Derecho civil o en el Derecho administrativo sancionador, cómo se ha defendido para el caso de la persona jurídica, porque la respuesta del ordenamiento jurídico no se corresponde con el desvalor de injusto causado y se distorsiona el mensaje normativo, produciendo el efecto “eufórico” de impunidad penal, ya que la conducta, pese a ser grave o muy grave, no se criminaliza y se aprovechan, entonces, estas disfunciones para delinquir a sabiendas de que no se

recibirá castigo punitivo. Para evitar estas consecuencias, el Derecho penal debe esforzarse en encontrar respuestas y cumplir sus objetivos funcionales.

- 6) El problema se presenta al intentar conciliar las categorías del Derecho penal, pensado para una forma de delinquir propia de la persona física y con unas consecuencias jurídicas que responden a la psicología de la persona física, con la propia idiosincrasia de la persona jurídica. ¿Hay que cambiar, entonces, el Derecho penal?, ¿Hay que elaborar un Derecho penal exclusivo de las personas jurídicas? ¿Vale la pena el esfuerzo o cambiamos lo que cambiamos es imposible que el Derecho penal pueda ser eficaz frente a la persona jurídica? ¿Hay que dar otra respuesta jurídica a las personas jurídicas, que no sea penal? Haciéndome estas preguntas he llegado a la conclusión de que no es un argumento definitivo el negar la capacidad de acción o de culpabilidad de las personas jurídicas, puesto que el lenguaje y los conceptos son producto de la convención social, por tanto, maleables y contingentes, pudiendo cambiar o extender su contenido y significado a lo largo de toda su existencia, si la concepción social que representan ha cambiado. Sin embargo, hay un hecho físico-institucional bastante convincente y es que la pena no cumple sus funciones frente a la persona jurídica. Ésta es impermeable a la coacción que representa una pena, porque se sabe que estas formas de organización colectivas se sustraen al cumplimiento de una pena privativa de libertad o restrictiva de derechos, de los que no es sujeto la persona jurídica. La pena está pensada exclusivamente para la persona física, pero eso no significa que también el Derecho penal haya de estar concebido exclusivamente para la persona física.
- 7) Ambas: persona física y jurídica están estrechamente unidas, y la persona jurídica, desde una perspectiva material, que es la que suele adoptar el Derecho penal, resulta ser un conjunto de personas físicas, que manifiestan su voluntad y actúan de una manera ciertamente más sofisticada y compleja que si lo hiciera una sola persona o un grupo todavía reducido de personas, que se pudiera subsumir dentro de la categoría de la coautoría, pero lo cierto es que la persona física vuelve a estar presente, de tal modo que la persona jurídica, sin la persona física, desde la perspectiva penal, no puede ser. Por tanto, se puede defender que el castigo a la persona jurídica es una forma de castigo a las personas físicas que la conforman, cuando éstas adoptan una forma de manifestación de la voluntad y de acción colectiva. El objetivo es castigar a la persona física, pero desde otra perspectiva y con otras herramientas, por lo que el

paradigma central del Derecho penal en el fondo no ha cambiado, sigue siendo la persona física, pero sí que tiene que hacer el esfuerzo de comprender y dar respuestas a otras formas de manifestación y actuación de la persona física, que igualmente inciden en el mundo externo. Y ello puede conducir a afirmar abiertamente la responsabilidad penal –ello no obsta a que pueda haber otras posibilidades, quizás con otras ventajas⁶¹– de las personas jurídicas y construir un sistema de imputación y un sistema de penas o, con una terminología más apropiada, de medidas criminales⁶².

- 8) Así castigando a la persona jurídica se consigue castigar a las personas físicas que forman esa concreta colectividad, y de un modo que sería imposible alcanzar si se castigara a cada una de las personas físicas. Pero además castigando a la persona jurídica se evidencia más claramente que se castiga por un modo de hacer empresa, por un modelo de corporación cuyos procedimientos no han sido los adecuados y que dentro de su funcionamiento interno cotidiano ha conseguido que todos o la parte decisiva de sus integrantes asuman por convicción o por presión o por simple inercia ese modo de hacer lesivo o peligroso para bienes jurídicos, llegando equivocadamente al convencimiento y la creencia, como efecto de la práctica habitual, de que esa autorregulación que se ha dado la empresa es la correcta dentro de ese micro o macrocosmos. El Derecho penal no es ajeno a las inquietudes sociales y la sociedad no quiere empresas que lleven a un país o a una parte importante de su sistema económico a la bancarrota o ataquen gravemente su ecosistema o generen graves riesgos para sus trabajadores, y exige que esas conductas tengan el mayor reproche desde el Derecho. En mi opinión, no dar respuesta penal a los hechos realizados por las personas jurídicas supone no dar una respuesta integral a este fenómeno delictivo. Ahora bien, hay que tener especial cuidado con los principios rectores del Derecho penal y sus límites. Por ello se tiene que elegir una terminología, un sistema de

⁶¹ Así cabe la posibilidad de o bien considerar que la persona jurídica tiene responsabilidad penal y comete un hecho típico, antijurídico y culpable, por lo que se le impone una pena, o bien considerar que no tiene responsabilidad penal y que su papel es completamente instrumental y dependiente de lo realizado por la persona física, por lo que lo apropiado es aplicar medidas o consecuencias accesorias, aunque puede revisarse su aplicación para que sea obligatoria en el caso de algunos delitos, para dotar así de mayor eficacia a esta propuesta.

⁶² Esta terminología es la que ha propuesto LUZÓN PEÑA, y así lo ha expuesto en su conferencia Consecuencias penales aplicables a personas jurídicas: ¿penas o medidas?, pronunciada el 17-3-2010 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Y en su intervención en el Seminario sobre “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de Reforma de Código Penal de 2009”, dirigido por J.A. Lascuraín y J. Dopico y celebrado el 9-2-2010 en la Fac. de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

imputación, una lista de delitos, un sistema de penas y unas normas procesales adecuadas y que garanticen el respeto de esos principios.

- 9) En este trabajo se han desarrollado alguno de estos aspectos. Pongo especial énfasis en estas conclusiones en dos puntos:

Por un lado, en cuanto a la **terminología** me parece **más adecuada la de medidas criminales, que la de penas** como sanciones aplicables a las personas jurídicas. Ésta, la pena, es la consecuencia más grave y que por la naturaleza de las cosas sólo se aplica para el caso de la persona física. La pena es la sanción que priva o restringe derechos fundamentales de la persona física, y se debe seguir manteniendo su sentido más estricto, para no restarle la fuerza, que nace de esta concepción. La persona jurídica tiene responsabilidad penal, pero no puede ser sujeto pasivo de una pena, ya que de ella no se predica que tenga derechos fundamentales. Sin embargo, con la denominación “medidas criminales” estamos designando, por un lado, un grupo de consecuencias jurídico-penales que son propias de la persona jurídica y, por otro el **nombre tiene la suficiente fuerza expresiva para cumplir la función simbólica, de reproche ético-social** que se enlaza automáticamente con la pena y con el delito, con lo criminal.

Por otro lado y muy relacionado con la idea anterior, el **sistema de medidas criminales para la persona jurídica** es, por tanto, **muy diferente al de las penas aplicables a la persona física**, porque también es muy diferente la forma en la que se pueden conseguir los fines del Derecho penal aplicados a la persona jurídica. Los fines preventivo generales y especiales se pueden alcanzar en el caso de la persona jurídica a través de la multa. La *multa* debe ser la medida criminal en la que gravite la eficacia preventiva en la mayoría de los casos y por ello constituye *la primera respuesta punitiva*. Junto con la multa, me parece de especial importancia la *curatela* o una *intervención de la empresa/corporación*. Considero que en el ámbito de las personas jurídicas la prevención especial, y concretamente en su modalidad positiva de reeducación y reinserción social, tiene una especial importancia, por lo que la “resocialización” de la empresa, es decir, la consecución de su viabilidad económica a través de la buenas prácticas empresariales no puede estar planteada en términos de facultad, sino que *la corporación tiene que pasar obligatoriamente por un proceso de “resocialización”*, implantando protocolos preventivos con aspiraciones de continuidad, para cuando llegue el momento de la finalización de la curatela, estableciendo incluso un periodo de *probatio* para la persona jurídica y especialmente

para sus órganos de dirección. Por último, considero que la *suspensión de actividades o disolución* son medidas muy graves, a las que *sólo se podrá llegar en los casos más graves*: cuando la empresa se haya mantenido obstinadamente dentro de las prácticas delictivas o haya cometido ostensiblemente conductas delictivas que aconsejan su desaparición inmediata.

Por último, quiero llamar la atención sobre el momento en que nos encontramos. La regulación introducida por la Reforma del 2010 es muy novedosa, implica cambios fundamentales y existe cierta expectación sobre su aplicación y los resultados y consecuencias que se producirán y los ajustes o cambios adaptativos que será obligado realizar. Estamos al inicio del camino y en este contexto las conclusiones aquí desarrolladas tienen un marcado índice de provisionalidad, además de ser un mero esbozo de aspectos muy puntuales de un fenómeno bastante complejo y que sin duda requerirá que le sigamos dedicando más atención y ulteriores investigaciones en el futuro.

LIBERTAD, SEGURIDAD Y DELITOS DE AMENAZAS

PROF. DR. JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN
Catedrático Derecho Penal. Universidad de Oviedo

SUMARIO

1. Vaguedad de la descripción legal de la acción típica de amenazas. 2. Las amenazas como acto de habla. 3. Amenazas y “seguridad pública”. 4. Amenazas y sentimiento de seguridad. 5. Amenazas y libertad de decisión. 6. Consecuencias interpretativas (1): amenazas leves. 7. Consecuencias interpretativas (2): amenazas colectivas.

Resumen: El legislador español no ha definido legalmente el significado del término que describe la acción típica de amenazas: “amenazar”. Ello deja muy indeterminado el contenido de lesividad de las acciones amenazantes, que puede ser buscado tanto en la libertad como en la seguridad (y, en este último caso, en distintas definiciones de la misma). Esta indeterminación resulta problemática, al interpretar las figuras delictivas en los dos extremos del espectro de conductas típicas de amenazas: la falta de amenazas leves y el delito de amenazas colectivas. Por ello, se propone dotar de un contenido específico a la lesividad propia de los delitos de amenazas, vinculándolos al aspecto social de la libertad de acción. Y, consiguientemente, se propone una interpretación valorativa de ambas figuras delictivas: en particular, del delito de amenazas colectivas, que se interpreta, sobre la base del bien jurídico así definido, muy restrictivamente, limitando significativamente su ámbito de aplicación.

Palabras clave: Amenazas. Libertad. Seguridad. Bien jurídico. Lesividad.

Abstract: The Spanish legislature has not defined the meaning of law that describes the typical action of threats: "threatening." This leaves very indeterminate content of harmfulness of threatening actions that can be pursued both at liberty and the security (and, in the latter case, different definitions of it). This indeterminacy is problematic to interpret the offenses at both ends of the spectrum of behaviors typical of threats: threats lack of light and the crime of collective threats. Therefore, aims to give specific content to the harmfulness of the offenses own threats, linking the social aspect of freedom of action. And consequently, we propose an interpretation value of both offenses, in particular the crime of collective threats, which is interpreted on the basis of legally defined and very restrictive, significantly limiting its scope.

Keywords: Threats. Freedom. Security. Legally. Harmfulness.

1) Vaguedad de la descripción legal de la acción típica de amenazas

Es digno de ser observado el hecho de que la descripción del núcleo de la conducta típica de los delitos¹ de amenazas (“amenazar con causar un mal” –art. 169 CP-) que figura en la redacción legal del CP resulte tan notablemente insustancial desde el punto de vista semántico. En efecto, si el término amenazar significa ya “dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien”², entonces la expresión legal resulta redundante. Pero no sólo esto: es también –y ello, desde el punto de vista jurídico, posee mayor importancia- notoriamente vaga, por cuanto que no especifica en absoluto ni el contenido y alcance del “mal” con el que ha de amenazarse, ni si la amenaza ha de producir o no algún efecto causal, y cuál ha de ser éste. Es cierto, desde luego, que el propio texto legal añade alguna matización ulterior: en particular, la distinción entre la amenaza de un mal constitutivo de delito y la amenaza de un mal no constitutivo de delito (por lo que se refiere a las modalidades típicas básicas, en, respectivamente, el art. 169 CP y en los arts. 171.1, 171.2 y 620,2º CP)³, que posee –acertadamente, en mi opinión- importantes consecuencias penológicas. Y, sin embargo, la existencia de esta distinción de dos niveles básicos de gravedad en el delito de amenazas (en atención al contenido del mensaje amenazante) no nos permite prescindir de la (necesariamente previa) determinación del criterio conforme al cual una determinada conducta puede ser subsumida en la acción típica (común, básica) de amenazas... o no serlo.

Que no es posible prescindir de tal criterio sin pagar a cambio el precio de un elevado –e indeseable- nivel de indeterminación del ámbito de aplicación de la regulación jurídico-penal de las amenazas se demuestra, me parece, cuando intentamos establecer con precisión los dos límites, el inferior y el superior, del ámbito de lo penalmente típico en materia de amenazas. Límites que son esenciales para que dicha regulación resulte, en su conjunto, valorativamente ajustada y teleológicamente sensata.

¹ A lo largo de este trabajo, el término *delito* se emplea en su sentido genérico de acción típicamente antijurídica (incluyendo, pues, tanto las infracciones penales graves y menos graves como las faltas del CP español).

² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., Espasa, Madrid, 2001, p. 136.

³ Las ulteriores distinciones entre amenazas condicionales y no condicionales, así como, de entre aquellas, entre las que obtienen su propósito –el cumplimiento de la condición- y las que no lo obtienen, resultan en todo caso secundarias, puesto que exigen, previamente, que se haya delimitado suficientemente que existe una acción típica de amenazas.

Así, por una parte, es necesario determinar cuál es el límite inferior a la amenaza penalmente típica, en el caso de las amenazas de un mal no constitutivo de delito. Y ello, tanto si se interpreta (mediante una interpretación sistemática, *a pari*, a partir del art. 171.1 CP) que el art. 620,2º CP únicamente se refiere a las amenazas leves condicionales como si, por el contrario, se entiende (mediante una interpretación sistemática *a contrario*) que incluye también las no condicionales, o que sólo incluye estas (y las condicionales, aun leves, deben ubicarse en el art. 171.1 CP). Más, desde luego, en estas dos últimas hipótesis, ya que entonces la extensión del ámbito de lo penalmente típico sería aún mayor. Pero, en cualquiera de los dos supuestos, surgirá siempre la pregunta de qué “males” (no delictivos) son idóneos para dar lugar a una acción típica de amenazas, si se percibe a un tercero de que el mismo le va a ser causado⁴.

¿Es penalmente típica (como delito de amenazas) la conducta de quien, por ejemplo, afirma “te voy a hacer la vida imposible en este barrio”, si no se puede deducir de ello ningún propósito delictivo, sino más bien la intención de dificultar la convivencia, la relación y la amistad con otros vecinos?

Por otra parte, en el otro extremo del espectro (de los grados de antijuridicidad material de las conductas amenazantes), también es preciso decidir dónde hay que poner los límites del tipo penal del art. 170.1 CP, de amenazas colectivas, más allá de los cuales no es posible estimar que existan amenazas delictivas.

¿Basta, así, con que una determinada acción amenazante asuste, de hecho, a terceros (a cuántos), o es necesario algo más para que la amenaza se convierta en colectiva y el tipo cualificado merezca aplicación?

Lo que tienen en común estos dos problemas interpretativos que acabo de plantear es, en primer lugar, que ninguno de los dos puede ser solucionado sólo a partir de la parca descripción legal a la que se ha hecho referencia, que hemos visto que renuncia realmente a precisar la definición de la acción típica de amenazas. Y, en segundo lugar, que ambos, para ser solucionados, exigen atender a la política criminal subyacente. Vale decir, a una determinada política criminal en materia de amenazas, a la luz de la cual se deberán interpretar luego los tipos y resolver, consiguientemente, los problemas planteados.

⁴ En el mismo sentido, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis: *El injusto de las amenazas condicionales con mal no delictivo (criterios de delimitación)*, en CPC 44 (1991), pp. 421-422.

A este respecto, creo que el análisis ha de pasar, para empezar, por clarificar adecuadamente la cuestión de la lesividad propia de las conductas de amenazas. Cuestión que, a su vez, ha de ser desdoblada en dos diferentes (aunque interconectadas): primero, la de cuál es el objeto que merece ser reconocido legítimamente como bien jurídico y, consiguientemente, como objeto jurídico protegido a través de los delitos de amenazas; y, segundo, la de la forma específica que adopta la lesividad respecto de dicho objeto en el caso concreto de las conductas de amenazas.

2) Las amenazas como acto de habla

Para llevar a cabo este análisis, partiré del ejemplo límite de amenazas no condicionales de mal no constitutivo de delito que exponía más arriba:

El sujeto S_1 , con un amplio historial de agresividad y de malas relaciones de convivencia, que le han ganado en el barrio una fama generalizada de “persona problemática”, le dice a S_2 , vecino suyo: “*A partir de hoy, te voy a hacer la vida imposible. ¡Te vas a enterar!*”. S_2 , asustado, denuncia a S_1 , por haber realizado de este modo una conducta –pretendidamente delictiva- de amenazas contra él, aduciendo además en su denuncia que, dado el historial de S_1 , dicha amenaza ha de ser tomada en serio, ocasionándosele así una fundada sensación de intranquilidad y de inseguridad.

Siendo cierto todo lo anterior, la pregunta que hemos de plantearnos es la de si en la conducta de S_1 existe verdaderamente la lesividad (suficiente) necesaria para que resulte justificado subsumirla en un tipo penal de amenazas. A este respecto, ya he señalado que la cuestión no puede ser resuelta exclusivamente a partir de la descripción de la conducta típica de amenazas contenida en el tenor literal de los tipos. Y que, por lo demás, tampoco la interpretación sistemática aporta argumentos decisivos en un sentido o en otro. Por ello, si se quiere dar a la pregunta una respuesta suficientemente fundamentada, que no peque de casuismo, no existe otra alternativa que explorar el problema de cuáles han de ser la naturaleza (cualitativa) y el límite mínimo (cuantitativo) del “mal” amenazante, para que el mismo constituya el objeto idóneo de una acción penalmente típica de amenazas.

¿Cuál es, en efecto, la esencia de la conducta amenazante, que la vuelve susceptible de ser perseguida (legítimamente) mediante la represión penal? Desde el punto de vista fenomenológico, la conducta amenazante es, desde luego, siempre un acto de habla (en sentido lato: incluyendo también los basados en lenguajes no

verbales): esto es, una acción llevada a cabo mediante el empleo de un lenguaje⁵. O, en realidad, varias acciones: de una parte, la acción (locutiva) de enunciar algo; de otra, la (ilocutiva) de hacer saber algo al sujeto amenazado; y, por fin, a veces –aunque no siempre– otra más (perlocutiva), consistente en producir sobre éste un determinado efecto⁶.

En efecto: S_1 lleva a cabo la preferencia de un enunciado significativo (“A partir de hoy, te voy a hacer la vida imposible. ¡Te vas a enterar!”). Pero también está, así (y salvo que fracase en su empeño amenazante), haciendo saber algo a S_2 . Y, por fin, puede –pero ello no es necesario– que, a causa de la percepción que tenga de dicha preferencia, S_2 se asuste.

La pregunta que debemos hacernos es cuáles son, de entre ellas, las acciones cuyo contenido puede fundamentar legítimamente el injusto (más concretamente, el desvalor del hecho)⁷ de los delitos de amenazas y cuáles no. En este sentido, es evidente, en primer lugar, que resulta imprescindible, para que pueda hablarse de dicho desvalor, que exista el acto ilocutivo⁸: que S_1 actúe con vistas a hacer saber a S_2 un mensaje, ya que la conducta amenazante es siempre, por definición, una conducta de comunicación. De manera que, en el caso de que, en un determinado supuesto, no exista en el comportamiento pretendidamente amenazante ninguna idoneidad objetiva para ello o finalidad alguna de lograrlo (por ejemplo, porque S_1 no pretendía ser oído), la conducta devendrá necesariamente atípica.

Las dudas son mayores por lo que se refiere a la acción locutiva (rética)⁹: ¿cuáles deben ser sus características, para que se pueda hablar de amenazas

⁵ SEARLE, John R.: *Actos de habla*, trad. L. M. Valdés Villanueva, 4ª ed., Cátedra, Madrid, 1994, pp. 25-31. Vid., en el mismo sentido, RUIZ ANTÓN, Luis Felipe: *La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras*, en ADPCP 1998, pp. 5 ss., passim.

⁶ Para la explicación de estos conceptos, cfr. AUSTIN, John L.: *Cómo hacer cosas con palabras*, trad. G. R. Carrió/ E. A. Rabossi, Paidós, Barcelona, 1971 (reimpr. 1996), pp. 138-146.

⁷ Empleo el término “desvalor del hecho” para sustituir al tradicional de “desvalor del resultado” que, en mi opinión, y a pesar de estar ya acuñado, resulta equívoco, al conllevar casi inevitablemente la connotación de que dicho desvalor va unido al resultado (elemento típico de los delitos resultativos), cuando ello, evidentemente, no es cierto (ni siempre que hay resultado subsumible en la descripción legal hay desvalor del hecho ni, desde luego, para que exista desvalor del hecho tiene que haber ningún resultado). Así pues, el desvalor del hecho es el desvalor que se deriva del evento que tiene lugar y que consiste en el cambio (en el estado del bien jurídico, o –en el caso de los delitos de peligro– en sus expectativas) producido a resultas de la acción típica; y dicho desvalor tiene que ver con la lesión del bien jurídico (no, por lo tanto, con el desvalor, objetivo y subjetivo, de la acción: infracción del deber de conducta + estado mental relativo a dicha infracción).

⁸ RUIZ ANTÓN, ADPCP 1998, pp. 26-28; BLANCO SALGUEIRO, Antonio: *Cómo hacer cosas malas con palabras: actos ilocucionarios hostiles y los fundamentos de la teoría de los actos de habla*, en Crítica 118 (2008), pp. 12-18.

⁹ Según AUSTIN, *Palabras*, 1971, pp. 136-137, la acción locutiva puede, a su vez, ser descompuesta en tres acciones diferentes: acción fonética (emitir sonidos), acción fática (pronunciar palabras y frases de

(penalmente típicas)? De una parte, es obvio que no resulta necesario que todo el significado que cabe otorgar a dicha acción se pueda deducir de sus elementos verbales, puesto que también los no verbales conllevan siempre significado: el lugar y momento en los que la acción comunicativa es llevada a cabo, las propias características del emisor y del receptor y, desde luego, su comportamiento (no verbal: movimientos corporales y gestos, posturas y proximidad, contacto corporal, faz, mirada, paralenguaje)¹⁰ podrán conducir también a que la acción resulte interpretable legítimamente como amenazante o a que no lo sea, complementando o contrarrestando, así, el contenido puramente verbal de aquello que se dice. En todo caso, para que pueda hablarse de amenazas (esto es, para que la conducta resulte subsumible, desde el punto de vista lingüístico, en el tenor literal del tipo), es necesario, a tenor de la definición lexicográfica del verbo *amenazar*, que el conjunto de la acción rética realizada pueda ser interpretada como un mensaje, dirigido a un receptor determinado (individual o colectivo y con una identidad determinable, sea o no conocida ésta efectivamente en todos sus detalles por parte del emisor en el momento de llevar a cabo su proferencia), enunciativo de una intención (determinada). Como en su día señaló Anscombe, un enunciado expresivo de una intención futura lo que enuncia en realidad es que el sujeto ha adoptado ahora, racionalmente (aquí estribaría la diferencia con el mero deseo), la decisión de que, en un futuro, el sujeto que posea su misma identidad lleve a cabo una determinada acción intencional, que podrá, por lo tanto, serle imputada a aquél¹¹. Así, en este caso, para que exista el desvalor del hecho propio del delito de amenazas, será necesario que el conjunto de la acción rética efectivamente realizada pueda ser interpretada como el mensaje dirigido al receptor de que se ha adoptado ahora, con las suficientes razones para ello, la decisión de llevar a cabo, en un futuro, una acción, intencional, consistente en la causación de “*un mal*” a alguien.

Hasta aquí es hasta donde es posible llegar, a lo sumo, mediante el análisis del significado del término “*amenazar*” y mediante el examen de la fenomenología de las

una lengua) y acción rética (proferir enunciados significativos). Obviamente, a nosotros nos interesa sobre todo esta última.

¹⁰ Vid. KNAPP, Mark L.: *La comunicación no verbal*, trad. M. A. Galmarini, Paidós, Barcelona, 2001, passim; el mismo/ HALL, Judith: *Nonverbal Communication in Human Interaction*, 6ª ed., Thomson/Wadsworth, Melbourne, 2005, passim.

¹¹ ANSCOMBE, G. E. M.: *Intención*, trad. A. I. Stellino, Paidós, Barcelona, 1991, pp. 47-49, 152-157.

prácticas comunicativas amenazantes¹². Sin embargo, este método resulta insuficiente para interpretar la palabra “mal” en el contexto del tenor literal del tipo penal de amenazas: en efecto, para que un acto de habla pueda ser interpretado racionalmente como amenazante, basta con que el efecto causal que previsiblemente tendrá sobre la realidad aquella acción futura cuya realización se está comprometiendo en el mensaje contenido en la preferencia actual pueda ser valorado por alguien (por cualquiera) como un mal; esto es, como un evento cuya causación resulta (puede ser valorada como) moralmente reprobable¹³. Pero, claro está, desde este punto de vista, prácticamente cualquier enunciado expresivo de intención futura resultaría amenazante (para alguien).

3) Amenazas y “seguridad pública”

Es evidente, por ello, que, a los efectos de la interpretación del tipo penal de amenazas, necesitamos un concepto más estricto de “mal”. Dicho concepto puede ser buscado, en primer lugar, en el propio Ordenamiento jurídico: según esta concepción, sería un “mal” todo evento que resulte jurídicamente disvalioso¹⁴; y no lo sería ningún otro. Pero esta interpretación conduce a conectar, indebidamente, el delito de amenazas con los delitos contra el orden público, en la medida en que las amenazas se convierten de hecho, en este modelo, en una suerte de acción preparatoria (*sui generis*, ciertamente: una acción preparatoria consistente en la comunicación de la intención de cometer actos ulteriores) de futuros delitos o, más en general, de acciones dañosas (y reprobables: “malas”). Una acción preparatoria cuyo desvalor del hecho estribaría ante todo en la causación de sentimientos de ansiedad o de miedo y en el hecho de que, si dichos sentimientos se generalizan (*mediante la acumulación de amenazas*), la comisión de futuras acciones dañosas resultaría más probable, o más

¹² Por supuesto, el recurso a dicho análisis y a dicha fenomenología permite extraer más consecuencias interpretativas para el tipo penal de amenazas que las que en el texto se exponen, pero ninguna de ellas tiene que ver con la cuestión central, que aquí nos ocupa, de la naturaleza y umbral mínimo de la lesividad que ha de poseer una acción amenazante para resultar penalmente típica. Me limito, por ello, a enumerarlas: a) la acción futura comprometida puede ser cualesquiera con eficacia causal para ocasionar “un mal”; b) el compromiso de acción futura debe ir dirigido a causar “un mal” a alguien determinado; c) el compromiso de acción futura puede referirse al propio sujeto amenazante o a terceros; pero d) tiene que existir, pese a todo, alguna conexión entre el sujeto amenazante y aquél a quien se compromete para el futuro (no necesariamente de identidad, pero sí, al menos, de sucesión).

¹³ VOSSENKUHL, Wilhelm: *Mal*, en HÖFFE, Otfried (ed.): *Diccionario de Ética*, trad. J. Vigil, Crítica, Barcelona, 1994, pp. 180-181.

¹⁴ Las distintas interpretaciones en esta línea varían en cuanto a los límites de este concepto: si se refiere sólo a eventos ocasionados por acciones que constituyan infracciones (de mandatos o de prohibiciones), si también se refiere a eventos disvaliosos imputables a acciones no disvaliosas; si en la valoración del evento influyen o no consideraciones de orden moral (valores), principios generales del Derecho, etc.;...

fácil. Nos hallaríamos, entonces, desde el punto de vista material, ante un auténtico delito de peligro abstracto (contra la seguridad colectiva).

Esta interpretación resulta, a mi entender, notoriamente inconveniente por varias razones (además de porque, como intentaré justificar a continuación, sea posible realizar otra interpretación alternativa más convincente). En primer lugar, creo que, con ella, la regulación legal de los delitos de amenazas no lograría superar el filtro constituido por los principios político-criminales que deben orientar y limitar la legislación penal (una legislación penal “racional”), volviéndolos así político-criminalmente criticables, por injustos e irracionales. Son varios, en efecto, los principios que habría que considerar puestos en cuestión. Así, por una parte, los principios de lesividad (suficiente) y de fragmentariedad de la tipicidad penal se compadecerían mal con una anticipación tan extrema de la intervención penal y con un recurso tan indiferenciado a la técnica de los delitos de peligro abstracto: si se tratase tan sólo de prevenir, mediante la incriminación de acciones amenazantes actuales, la proliferación de futuras acciones dañosas, entonces la incriminación *de todas* las acciones amenazantes resultaría político-criminalmente irracional. Por otra parte, la magnitud de las penas estipuladas para estos delitos (cuando, según esta interpretación, serían delitos de peligro abstracto, y delitos de acumulación) violaría también el principio de proporcionalidad de las sanciones.

Pero es que, además, en segundo lugar, la concepción misma de los delitos de amenazas como supuestos anticipados de intervención penal desfigura completamente, en mi opinión, la verdadera esencia de su antijuridicidad material, al poner el énfasis en el contenido del mensaje amenazante (el compromiso de una acción futura), antes que –como se debería– en el acto de habla mismo: en el hecho de que, ahora, se estén llevando a cabo unas acciones, una locutiva y otra ilocutiva, que poseen ya efectos causales (actuales). Dicho en otras palabras: en mi opinión, el hecho de que la acción futura comprometida tenga o no visos de ser efectivamente realizada carece casi por completo de importancia –descontando algunos casos extremos– a los efectos de la determinación del desvalor del hecho de la acción amenazante

consumada¹⁵. Pues lo decisivo es más bien el hecho de que se esté haciendo saber, ahora, a alguien que se adquiere ya el compromiso de llegar a causar “un mal”, ya que es precisamente este hacer saber lo que fundamenta la verdadera lesividad de la acción.

4) Amenazas y sentimiento de seguridad

En este sentido, una segunda interpretación, alternativa, es también imaginable: la del delito de amenazas como delito de causación de miedo (presente); como delito contra el sentimiento (individual) de seguridad¹⁶. De acuerdo con ella, el delito de amenazas sería ciertamente un delito de lesión, pero, para la completud del desvalor del hecho de la acción amenazante (para la consumación del delito), sería necesario que tuviese lugar –además de las acciones ilocutiva y locutiva ya señaladas– también la acción perlocutiva de asustar al sujeto amenazado¹⁷. De manera que, a falta de esta última acción y de su efecto causal, el delito quedaría en fase de tentativa. En esta interpretación, “mal” sería cualquier efecto causal previsible (actualmente) de la acción futura comprometida que resulte objetivamente idóneo, desde el punto de vista psicológico, para provocar ahora el sentimiento de miedo y de inseguridad en el sujeto amenazado¹⁸. El núcleo de la definición del término “mal” se trasladaría, así, del ámbito jurídico y moral al psicológico.

A diferencia de lo que ocurría con la primera interpretación, en esta segunda, si se concibe al de amenazas como un delito de lesión, no habrá objeciones por lo que se refiere al respeto a los principios político-criminales de la legislación penal. (Sí que las habría, por el contrario, si se interpretase que basta con que la conducta sea idónea

¹⁵ Carece de importancia “*casi por completo*”, y no por completo, ya que, como es obvio, en casos extremos, de absoluta inverosimilitud presente de la acción comprometida, puede cambiar la interpretación misma de la acción locutiva realizada, privándola de su sentido amenazante.

¹⁶ Cfr. LORENZO SALGADO, José Manuel: *El delito de amenazas: consideraciones sobre el bien jurídico protegido*, en SEMINARIO DE DERECHO PENAL/ INSTITUTO DE CRIMINOLOGÍA (coords.): *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, pp. 443, 456, 466-467; BARQUÍN SANZ, Jesús, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dtor.): *Comentarios al Código Penal*, VI, Edersa, Madrid, 1999, pp. 112-121.

¹⁷ Por ello, parece haber cierta contradicción cuando MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 158-159, defiende al mismo tiempo que el bien jurídico protegido en las amenazas no condicionales es el sentimiento de seguridad y que, no obstante, no es necesario que las amenazas lleguen a intimidar efectivamente a nadie.

¹⁸ Naturalmente, ello no es óbice para que la causación de algunos de dichos miedos pueda estar justificada: el policía que amenaza a un delincuente armado, por ejemplo, realiza una acción que es amenazante (en los términos exigidos por el tenor literal del tipo) y también lesiva, aunque resulte justificada por el ejercicio legítimo del cargo.

para causar miedo, sin exigir que lo cause efectivamente¹⁹.) La cuestión, empero, es si, pese a todo, esta segunda interpretación atina más a la hora de identificar cuál es el fundamento material que justifica la antijuridicidad de dicha conducta. Y, desde mi punto de vista, no es así. Y no lo es, porque la misma desdibuja completamente los contornos del objeto jurídico que merece protección a través de los delitos de amenazas; y, consiguientemente, los del conjunto de conductas que han de ser reputadas típicas²⁰.

Así, en primer lugar, si se quiere preservar la coherencia de la interpretación, habría que entender, como ya he señalado, que la existencia de la acción ilocutiva (hacer saber al receptor) y de la acción locutiva rética (emitir el mensaje amenazante) no es aún suficiente para completar el desvalor del hecho de las amenazas, que se mantendrían aún en fase de tentativa; y que dicho desvalor sólo estaría completo –y el delito consumado- cuando, además, tuviera lugar la acción perlocutiva (asustar al receptor). Es decir, cuando a resultas del comportamiento –de los actos de habla- del emisor se produjese un efecto causal (psíquico) sobre el receptor que provocara en él un determinado estado mental: en concreto, un “sentimiento de miedo”. Es decir, un conjunto interrelacionado de estados mentales intencionales, cuya característica distintiva consiste en incluir siempre la emoción (descrita en los términos que lo hace la Psicología²¹: esto es, como un estado mental desencadenado por la valoración cognitiva de una situación y que produce una alteración en el estado de activación del organismo y de la propia mente)²² del miedo: estado mental de activación desencadenado por la apreciación cognitiva de una situación como peligrosa

¹⁹ Pues, desde luego, cabría también, desde esta perspectiva, concebir el delito de amenazas como un delito de aptitud –delito de peligro abstracto- y conformarse, para la consumación, con la idoneidad de la acción amenazante para causar miedo. Sin embargo, ello volvería a suscitar las objeciones de irracionalidad político-criminal más arriba apuntadas, tanto desde el punto de vista del principio de fragmentariedad de la tipicidad penal como desde el del principio de proporcionalidad de las sanciones.

²⁰ No, desde luego, *contra legem*, pues ya hemos visto que la descripción legal es extremadamente vaga. Pero sí, como intentaré argumentar, sin un fundamento valorativo adecuado para ello.

²¹ FERNÁNDEZ-ABASCAL, Enrique G.: *Psicología de la motivación y de la emoción*, en el mismo: *Psicología general: motivación y emoción*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997 (reimpr. 1999), p. 35.

²² Vid. GOLDIE, Peter: *The Emotions*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 12-28, 37-47, con ulteriores referencias. En todo caso, no es preciso –aunque pueda ocurrir- que ese conjunto de estados mentales que agrupamos bajo el término “sentimiento” posea una estructura que resulte susceptible de reconstrucción en términos lógicos, de racionalidad práctica: por el contrario, muchas veces los “sentimientos” pueden resultar “irracionales”, de tal manera que los distintos estados mentales intencionales que los conforman no resulten bien coordinados entre sí (RORTY, Amélie Oksenberg: *Explaining emotions*, en la misma (ed.), *Explaining emotions*, University of California Press, Berkeley/ Los Ángeles/ Londres, 1980, pp. 103 ss.

(sorpresiva, probable, desagradable, relevante, urgente, incontrolable, inaceptable), que tiende a producir respuestas de escape o de afrontamiento (o, cuando la reacción emocional sea extrema –“pánico”-, respuestas de inactividad, unida a extremas reacciones fisiológicas y una momentánea incapacidad para la cognición)²³. Esta interpretación del tipo penal de amenazas resulta, sin embargo, completamente desenfocada: por una parte, por ser excesivamente restrictiva, excluyendo del ámbito del delito consumado de amenazas conductas muy relevantes de emisión de mensajes amenazantes (en los que no parece haber duda de que aquella acción a la que el sujeto se compromete para el futuro podría ser calificada como un “mal”), con tal de que, no obstante, mediante su preferencia no se haya logrado producir en el receptor el efecto psíquico reseñado²⁴.

Es posible que, en un determinado caso, el destinatario de la frase “*¡A partir de ahora, no vas a volver a tener ni una sola oportunidad de ascender, te vas a pudrir en ese puesto de mierda!*” no se la tome en serio o, dada su personalidad, desprecie el riesgo que conlleva. Pese a ello, entender que, entonces, quien la profirió –sin obrar justificadamente- sólo puede ser, a lo sumo, sancionado por una tentativa de amenazas (si es que no se trata, dada la valentía del receptor, de una tentativa absolutamente inidónea ya *ex ante*, impune), y nunca por unas amenazas consumadas, carece de sentido desde el punto de vista político-criminal (además de resultar dudosamente conciliable con el tenor literal del tipo del art. 620,2º CP... aunque, como he señalado, esto último pueda ser discutido), ya que parece limitar en exceso el nivel de protección frente a estas conductas.

Por otra parte, la interpretación resulta también exageradamente extensiva en otro sentido, en la medida en que conduce a entender que cualquiera que sea la acción futura comprometida en un acto de habla, si dicho compromiso posee la aptitud de causar un sentimiento de miedo en el receptor, ha de ser considerada como un “mal”, a los efectos del delito de amenazas. Y ello no ha de ser necesariamente así: cabe, en efecto, que haya preferencias que produzcan, de un modo previsible, un efecto psíquico de miedo sobre ciertos individuos y cuyo contenido, pese a ello, no haya razón alguna para calificar como “mal”, en ningún sentido –ni lingüística ni valorativamente- aceptable del término. Es cierto que este efecto extensivo podría ser corregido en parte a través de la restricción que necesariamente ha de introducirse en virtud de las exigencias del principio de legalidad penal (que vincula estrictamente la interpretación de los términos legales al uso ordinario del lenguaje), excluyéndose de

²³ FERNÁNDEZ-ABASCAL: *Las emociones*, en el mismo: *Motivación*, 1997, pp. 174-177.

²⁴ JAREÑO LEAL, Ángeles: *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 20-21.

este modo del concepto de “mal” aquellos mensajes que, aun si resultan idóneos para producir a alguien el sentimiento de miedo, carezcan de la característica de comprometer una acción cuya causación pueda ser valorada como moralmente reprobable.

Así, una frase como “¡Voy a estar vigilándote!”, dirigida por su vecino a un varón sobre el que han recaído denuncias de haber –presuntamente- abusado de una de las niñas que viven en el edificio, puede sin duda producir miedo a éste. Es probable también que la realización de dicha preferencia por parte del vecino no constituya ningún deber jurídico del mismo (por lo que la misma no pueda ser considerada como jurídico-penalmente justificada). Pero, en todo caso, difícilmente se puede pensar que la acción comprometida resulte en sí misma moralmente reprobable, ni siquiera desde el punto de vista del denunciado²⁵.

Pero dicha restricción sólo podría ser parcial. Pues, si se toma en serio la idea de que lo decisivo para que algo sea un “mal”, a los efectos del delito de amenazas, es que resulte idóneo para causar sentimientos de miedo, con tal de que además pueda ser considerado como moralmente reprobable, entonces seguiría existiendo un efecto extensivo. Ya que, en una sociedad en la que existe realmente –y se reconoce la existencia- de un pluralismo de concepciones morales, puede haber una gran cantidad de compromisos de acción que sean, a la vez, idóneos para causar miedo y valorados como moralmente reprobables por parte de alguien (del receptor del mensaje, por ejemplo).

En el ejemplo acabado de exponer, las cosas cambiarían si el individuo en cuestión no fuese un autor cualquiera de abusos sexuales, sino un convencido y sincero defensor de la licitud de las relaciones sexuales entre adultos y niños: en tal caso, no sólo es que el compromiso de acción del vecino podría, fundadamente, causarle miedo; es que también resultaría, para él (y para cuantos como él piensan), moralmente reprobable.

El problema, claro está, estriba en que, desde el punto de vista de esta interpretación, el criterio decisivo es el efecto psíquico (de causación de miedo), por lo que no existen razones valorativas –más allá, pues, de las de índole semántica- que permitan excluir supuestos como estos del concepto de “mal”, a no ser mediante una (indeseable) solución *ad hoc*, que no pudiera ser generalizada.

²⁵ Obviamente, esta afirmación presupone una determinada concepción de la moral, que aquí no es posible desarrollar. Bastará, de cualquier forma, con que se acepte que una característica necesaria de la misma es siempre la posibilidad de universalizar sus normas (vid., por todos, BRANDT, Richard B.: *Teoría Ética*, trad. E. Guisán, Alianza Editorial, Madrid, 1982 (reimpr. 1998), pp. 35-43). Pues, conforme a esta característica, incluso el autor estándar de abusos sexuales a menores acepta que los mismos son moralmente reprobables y que su evitación no lo es.

Pero es que, aun si obviásemos y diéramos por bueno todo lo anterior, existiría todavía un segundo argumento en contra de la interpretación del concepto de “mal” que se está analizando. Y es que en esta interpretación se recurre, como punto de referencia último de la lesividad, a la existencia –a la causación- de un sentimiento (de miedo)²⁶. Ello, desde luego, ha de ocasionar importantes problemas probatorios²⁷. Pero, más allá de esto, la cuestión clave –desde el punto de vista sustantivo- es la de si los sentimientos constituyen en realidad un objeto de protección idóneo para el Derecho Penal... para un Derecho Penal apegado al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, claro está. Es decir, si puede constituir una justificación aceptable de la conminación con una pena, y de la eventual imposición de la misma, el objetivo de preservar un determinado estado emocional, valorado como bueno (intentando evitar, consiguientemente, la aparición de otros diferentes y malos... que procedan de acciones humanas), en los ciudadanos y ciudadanas. Así, en concreto, de lo que se trata es de decidir si los sentimientos de seguridad de los ciudadanos merecen *protección directa* a través de la intervención penal, de manera que aquellas conductas que los afecten y deterioren, transformándolos en otros opuestos (de miedo), pueden ser legítimamente castigadas (con las dos consecuencias ya vistas: que sin miedo no haya plena lesividad y que casi siempre que se cause miedo pueda entenderse que existe lesividad).

Es importante, en este sentido, resaltar que la pregunta se refiere exclusivamente a la protección directa de estados emocionales mediante la intervención penal. Es decir, a aquellos supuestos en los que aquello que justifica la incriminación y la sanción es exclusivamente el objetivo de preservarlos. Y en los que, por ello, todo el contenido de antijuridicidad material de las conductas incriminadas, se ha de derivar de la alteración del estado emocional de la víctima o víctimas que se cause o pretenda causar (y, en el caso de que esté bien redactado, también el tenor literal del tipo legal concentrará su significado en torno a ello)²⁸. Pues, por lo demás, es

²⁶ Ya en PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal*, en Eguzkiloire 20 (2006), pp. 132-134, he distinguido entre la inseguridad real y el sentimiento de inseguridad como conceptos distintos y con funciones político-criminales completamente diferentes. Lo que en el texto se apunta no es sino un desarrollo y una aplicación específica de lo allí explicado.

²⁷ JAREÑO LEAL, *Amenazas*, 1997, pp. 20-21.

²⁸ El desvalor del hecho, por supuesto (que se derivaría del sentimiento de miedo ocasionado). Pero también el desvalor de la acción: tanto el objetivo (el deber de conducta de los sujetos actuantes estaría

evidente que, dada la inexorable naturaleza emocionalmente marcada de cualquier estado mental humano, tanto consciente como inconsciente²⁹, hay también otras muchas ocasiones en las que una lesión del objeto jurídico-penalmente protegido, aun si éste no es en sí mismo un sentimiento, acaba por producir pese a ello un impacto emocional, sobre la víctima o sobre terceros³⁰. Así, por ejemplo, es claro que una violación no sólo afecta a las pautas de interacción sexual de la víctima (a su “libertad sexual”), que es el objeto jurídico-penalmente protegido, sino también –y muy destacadamente- a sus sentimientos. Y, sin embargo, lo que ha de ser discutido es si se debería admitir como delito sexual (legítimo) una conducta que ocasionase dicho impacto emocional o uno similar sin, no obstante, alterar la pauta de interacción social: por ejemplo, la conducta de dejar abandonada a una pareja sexual (voluntaria) justo cuando acaba de desnudarse y pretende iniciar los juegos eróticos preliminares al coito, humillándola además con duras palabras de desprecio hacia su atractivo y destreza sexual y contando todo ello luego a conocidos comunes de ambos. Dejando ahora a un lado la eventual –y muy discutible- responsabilidad por injurias, y ciñéndonos exclusivamente a la cuestión de la protección penal de la sexualidad humana, creo que no es posible, si nos atenemos al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (al menos, a una cierta interpretación, densa, del mismo), hallar en una conducta como la descrita ningún rasgo de lesividad para un interés que sea merecedor de protección a través de prohibiciones (menos aún, desde luego, de prohibiciones penales). Y ello, porque nos hallaríamos ante una conducta meramente ofensiva, mas no dañosa, en ningún sentido adecuado de este término. Y, por ello, ante una conducta que no puede ser (legítimamente) prohibida³¹.

determinado por la peligrosidad previsible de sus posibles acciones para los sentimientos de aquellas personas con quienes interactúan y se comunican), como el subjetivo (el dolo del autor consistiría en el conocimiento y aceptación del carácter emocionalmente perturbador de su acto de habla).

²⁹ GRZIB, Gabriela/ BRIALES, Cristian: *Psicología general*, 2ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 462.

³⁰ Como apuntan FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Dolores: *El chantaje*, PPU, Barcelona, 1995, p. 77; REBOLLO VARGAS, Rafael, en CÓRDOBA RODA, Juan/ GARCÍA ARÁN, Mercedes (dtor.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 199, n. 35, es esto, precisamente, lo que ocurre en el caso del sentimiento de miedo o intranquilidad que puede producir la acción amenazante: que es un efecto reflejo de la lesión del bien jurídico, pero que no forma parte, en sentido estricto, de dicha lesión.

³¹ En síntesis, en mi concepción (que, sin duda, está necesitada tanto de un desarrollo más detallado como, sobre todo, de una fundamentación suficiente, retos ambos que intento abordar en un trabajo actualmente en preparación), el principio (político-criminal) de exclusiva protección de bienes jurídicos debe ser definido –estipulativamente- a través del “principio del daño” (*harm principle*: vid., por todos,

Si, entonces, sólo el daño justifica la intervención jurídica (y jurídico-penal) coactiva, es necesario considerar si la causación de un sentimiento de miedo –tal y como lo he definido más arriba- puede o no ser valorada como un daño. Para ello, es preciso analizar cuáles son los efectos del miedo (no sobre la mente, sino) sobre la posición social de su víctima: es decir, sobre sus posibilidades de interacción social. Más exactamente, es preciso determinar si la perlocución produce o no un efecto causal sobre dichas posibilidades que resulte diferente (y más intenso) que el causado ya por la acción ilocutiva y por la acción locutiva y que deba, por eso, ser tomado también en consideración independientemente.

En este sentido, debe observarse que en realidad, por sí misma, la existencia de un sentimiento de miedo en la mente del sujeto resulta socialmente irrelevante. Por el contrario, lo que sí que resulta relevante es la transformación que el sentimiento de miedo pueda producir en el sistema de las motivaciones del individuo: dado que las emociones parecen actuar, dentro del sistema constituido por el conjunto de las motivaciones de la conducta³², como un mecanismo interno de refuerzo, positivo o negativo, de determinadas motivaciones³³, cuando –como ocurre con el miedo- la emoción que se experimenta en relación con una meta es negativa, el sujeto tenderá a activar especialmente su organismo en relación con conductas orientadas a evitar dicha meta (orientadas, pues, a las metas que entienda como contrarias desde el punto de vista práctico). Es decir, tenderá con mayor probabilidad a tomar aquellas decisiones de acción (o de inacción) que, según su conocimiento práctico, le permitan eludir mejor aquello que, supuestamente, es la razón por la que el miedo (la amenaza)

FEINBERG, Joel: *The Moral Limits of the Criminal Law, I: Harm to Others*, Oxford University Press, New York, 1984, passim, esp. pp. 31 ss., con ulteriores referencias); y, en términos generales (a salvo de alguna excepción, irrelevante a nuestros efectos), sólo a través de él. Eso sí, asumiendo un concepto de daño que sea lo suficientemente amplio como para incluir también ciertas formas de daño no material. Pero no cualesquiera. Así, en todo caso, cuando lo que existe es exclusivamente –por ejemplo- una ofensa, esto es, un efecto emocionalmente desagradable (y moralmente reprochable), pero sin impacto causal duradero sobre las posibilidades de acción futuras del sujeto (daño auténtico, en el sentido –igualmente, por estipulación- aquí relevante), en mi opinión, ello no podría justificar una intervención jurídica coactiva sobre la libertad individual, mediante prohibiciones y sanciones (menos aún mediante prohibiciones bajo amenaza de pena),... aunque sí, desde luego, otras formas de intervención menos agresivas (como, por ejemplo, la obligación de compensar los “daños morales” o psíquicos, o la sujeción de la realización de la actividad ofensiva a ciertos controles o restricciones).

³² Vid. DWECK, Carol S.: *Implicit theories as organizers of goals and behavior*, en GOLLWITZER, Peter M./ BARGH, John A. (eds.): *The Psychology of Action*, Nueva York/ Londres, Guilford Press, 1996, pp. 69 ss.

³³ CANO-VINDEL, Antonio: *Modelos explicativos de la emoción*, en FERNÁNDEZ-ABASCAL, *Motivación*, 1997, pp. 148-154; GRZIB/ BRIALES, *Psicología*, 1999, pp. 462-465.

ha llegado a existir. Así pues, el miedo tiende a cambiar, efectivamente, el sistema de las motivaciones del sujeto. Y, consiguientemente, tiende a cambiar también sus decisiones, sus acciones; y sus pautas de interacción social, en suma.

En mi primer ejemplo, es evidente que, si S_2 está efectivamente asustado por lo que le ha dicho S_1 , procurará evitar toparse con este último, irritarle más con alguna otra acción, etc. Es decir, hará o dejará de hacer cosas a causa –en alguna medida, al menos- del sentimiento que la preferencia de S_1 ha suscitado en él.

Ahora bien, siendo esto cierto, también lo es que verdaderamente no puede decirse que la existencia del sentimiento de miedo (del efecto causal de la perlocución) signifique un *aliud*, una situación cualitativamente diferenciada, desde el punto de vista de la transformación del sistema de las motivaciones del individuo, en relación con aquella que surge con la recepción del mensaje amenazante. Más bien, el miedo parece únicamente añadir un grado mayor de intensidad a la potencia transformadora de dicho sistema que ya posee por sí misma la sola motivación de eludir la amenaza (aun una amenaza que no asusta). El sentimiento de miedo, en efecto, tan sólo añade “urgencia emocional”: esto es, la especial activación que las emociones añaden al proceso de motivación. Pero la motivación –de eludir la amenaza- existe ya antes (para cualquier individuo con un perfil de aversión al riesgo que entre dentro de los límites estadísticos de la normalidad), con miedo o sin él, desde el momento en que la amenaza es percibida³⁴. Por ello, si lo relevante ha de ser el efecto del mensaje sobre

³⁴ En efecto, el momento decisivo para la lesión del bien jurídico es el momento de la percepción del mensaje amenazante por parte del receptor: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Chantaje*, 1995, p. 185; POLAINO NAVARRETE, Miguel, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dtor.): *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial*, I, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 241, 242; JAREÑO LEAL, *Amenazas*, 1997, p. 41; JORGE BARREIRO, Agustín, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dtor.): *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 486; DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo: *El delito de amenazas (En el nuevo Código Penal)*, Editorial General de Derecho, Madrid, 1997, p. 45; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (dtor.): *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, pp. 61, 63; REBOLLO VARGAS, en CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN (dtor.), *PE*, 2004, pp. 200-201; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dtor.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 92; MUÑOZ CONDE, *PE*, 2007, pp. 158, 159; PRATS CANUT, José Miguel/ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, en QUINTERO OLIVARES (dtor.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 7ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 226; SERRANO GÓMEZ, Alfonso/ SERRANO MAÍLLO, Alfonso: *Derecho Penal. Parte Especial*, 13ª ed., Dykinson, Madrid, 2008, p. 178. En este sentido, es cierto que los delitos de amenazas son en realidad delitos de resultado, y no (como pretenden muchas interpretaciones: POLAINO NAVARRETE, loc. cit., p. 240; JAREÑO LEAL, op. cit., pp. 40-43; JORGE BARREIRO, loc. cit., pp. 485, 486; COLINA OQUENDO, Pedro, en RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (coord.): *Código Penal*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2007, p. 407; PRATS CANUT/ QUINTERO OLIVARES, op. cit., pp. 225-226; SERRANO GÓMEZ/ SERRANO MAÍLLO, op. cit., p. 179; y la jurisprudencia de forma prácticamente unánime –vid., por todas, la STS 18-4-2002 (Westlaw, RJ 2002/5562)-) de mera actividad. Puesto que, en principio, es posible –aunque resultará infrecuente- que la acción amenazante vaya seguida, no obstante, de una ausencia de resultado, que dé lugar a que el bien jurídico libertad quede puesto en concreto peligro, mas no efectivamente lesionado (y, por consiguiente,

el receptor y sobre sus posibilidades de interacción social, creo que hay que negar que el sentimiento de miedo las cambie significativamente³⁵. Y, por lo tanto, que el daño sufrido por la víctima que sufre miedo y por aquella otra amenazada, pero que no se asusta, resulte tampoco significativamente distinto.

5) Amenazas y libertad de decisión

Así pues, por las razones acabadas de exponer (y por alguna otra adicional, de menor calado), creo que un enfoque adecuado de la cuestión de cuál ha de ser considerado el núcleo de la lesividad del delito de amenazas (y, consiguientemente, del concepto de “mal” en el tipo del mismo) debería hacer menos hincapié en el aspecto psicológico de la cuestión y más en el social³⁶. Obviamente, aquí la dicotomía no puede ser absoluta, ya que, si la acción típica de las amenazas consiste siempre, como hemos visto, en un acto de habla, su efecto social deberá tener lugar necesariamente por medio de efectos causales de naturaleza psíquica. De lo que se trata, entonces, no es de que las amenazas no produzcan efectos psíquicos, sino de que dichos efectos no deben ser considerados en ningún caso como medida de su lesividad. Por el contrario, la lesividad depende más bien de los efectos sociales (logrados, desde luego, mediante causación psíquica) de la comunicación amenazante.

en fase de tentativa): si, por ejemplo, la amenaza no es oída por el destinatario de la misma, o no es entendida: vid., en el mismo sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 89; CARBONELL MATEU, Juan Carlos/ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en VIVES ANTÓN, Tomás S./ ORTS BERENGUER, Enrique/ CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC/ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 183 (de otra opinión, sin embargo, DEL RÍO FERNÁNDEZ, op. cit., p. 46; PRATS CANUT/ QUINTERO OLIVARES, ibíd.; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J.: *Derecho Penal español. Parte Especial*, 5ª ed., Atelier, Barcelona, 2008, p. 151). No es necesario, sin embargo, que se pruebe que la amenaza percibida tuvo alguna influencia relevante en el proceso de toma de decisiones del sujeto amenazado (ello resulta relevante para la distinción entre la tentativa acabada y el momento de la consumación), ya que, como se apunta en el texto, existirá en todo caso una incidencia en el sistema de las motivaciones (y, consiguientemente, lesión del bien jurídico), aun si la misma resulta finalmente irrelevante en términos prácticos (de decisión y de acción). De otra opinión, sin embargo, Díez Ripollés, José Luis, en el mismo/ GRACIA MARTÍN, Luis (coords.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 782, 804, 808; RAGUÉS I VALLÈS, ibíd.

³⁵ Díez Ripollés, en el mismo/ GRACIA MARTÍN (coords.), *PE*, I, 1997, p. 781.

³⁶ Dos razones más –bien que secundarias- pueden, me parece, coadyuvar a la misma conclusión. Primero, la naturaleza ineludiblemente individual de los sentimientos, cuya configuración depende no sólo de los estímulos externos derivados de una determinada causa, sino también, y muy destacadamente, de una inextricable combinación entre la personalidad de cada individuo y el contexto social en el que vive. Ello, desde el punto de vista de la teoría de la tipicidad penal, conlleva relevantes (aunque, es cierto, no insalvables) dificultades para la imputación del sentimiento de miedo al acto de habla amenazante; y, por consiguiente, para la determinación cierta de los contornos del concepto de “mal”. Además, en segundo lugar, la concepción de las amenazas como un delito contra el sentimiento individual de seguridad (sobre la base, como hemos visto, de un concepto psicologista de “mal”) se compadece peor –de nuevo, la objeción no es definitiva- con los criterios de graduación penológica de las diversas modalidades típicas de amenazas del CP: en particular, con la mayor gravedad atribuida por el legislador a las amenazas condicionales (¿por qué, en efecto, deberían valorarse éstas como más lesivas para el sentimiento de seguridad que las no condicionales?).

Efectos que se concretan en la producción de alteraciones en las pautas de interacción social de la víctima de las amenazas, a resultas de su percepción de la misma (y ello, con independencia de cuáles sean los sentimientos que dicha percepción le ocasione: miedo, tal vez, pero en otras ocasiones acaso sea más bien ira, desprecio, pena, etc.).

En efecto, cuando es amenazado, cualquier sujeto racional (vale decir, cualquier individuo con un perfil de aversión al riesgo que entre dentro de los límites estadísticos de la normalidad) que perciba el mensaje amenazante cambiará la estructura de su sistema de motivaciones. Y la cambiará, además, siempre (aunque, desde luego, no siempre del mismo modo), cualesquiera que sean las características de su apreciación cognitiva de la situación creada: tanto si se asusta como si no, tanto si considera muy probable la realización de la amenaza como si la estima improbable, un sujeto racional tendrá que añadir un motivo nuevo –hasta entonces inexistente– a su sistema de motivaciones³⁷. Motivo consistente en la aversión a cualquier situación que aproxime el cumplimiento de la amenaza; y, por consiguiente, a cualquier conducta que pueda aproximar a dicha situación. Es posible, por supuesto, que, pese a todo, el nuevo motivo no sea lo suficientemente dominante en el sistema de sus motivaciones: es posible, en suma, que el sujeto “haga caso omiso” de la amenaza, por lo que se refiere a su comportamiento efectivo. Aun así, no podrá dejar de considerarla, siquiera sea para decidir “ignorarla”: más propiamente, para decidir actuar como él crea –hipotéticamente– que habría actuado de no existir la amenaza. Pues sólo en este sentido, burdamente conductista, una amenaza puede ser (aparentemente) “ignorada”: en el psíquico, en verdad, nunca lo es (si el individuo es racional). Por ello, la mera recepción del mensaje amenazante produce ya, en cualquier individuo racional en su afrontamiento de los riesgos, una transformación relevante de los patrones que aplica en sus interacciones sociales, con el fin de afrontar la amenaza (la acción futura comprometida). Y, por lo tanto, le produce ya un daño efectivo, que resulta susceptible de justificar la intervención coactiva (y, en determinadas condiciones adicionales, la del Derecho Penal)³⁸. Mientras que, por su

³⁷ Hablando en sentido estricto (en Psicología de la motivación), un motivo es una variable en el conjunto de estados mentales del individuo que está relacionada causalmente con un cambio en la preferencia de un determinado comportamiento: BECK, Robert C.: *Motivation*, 4ª ed., Prentice Hall, Upper Saddle River, 2000, pp. 26-31.

³⁸ Precisamente por ello, me parece hartamente discutible la interpretación, habitual, sin embargo, en la doctrina (POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *PE*, I, 1996, p. 242; JAREÑO LEAL, *Amenazas*, 1997,

parte, la existencia de sentimientos de miedo se limitará, a lo sumo, a intensificar este efecto causal perturbador (y sólo algunas veces, pues en otras ocasiones lo único intensificado será el componente emocional de la reacción, pero no su naturaleza objetiva), pero no a cambiarlo sustancialmente.

Si esto es así, entonces el concepto de “mal” que ha de considerarse que resulta relevante para el conjunto de los delitos de amenazas (aun cuando, luego, pueda ser objeto de específicas cualificaciones ulteriores para cada uno de los tipos penales en concreto) deberá ser definido, estipulativamente, como cualquier preferencia de un enunciado que sea objeto de los actos de habla anteriormente referidos (del ilocutivo, de hacer saber al receptor que se adquiere un compromiso de acción futura, y del locutivo rético, de enunciar una intención) y que reúna las siguientes tres condiciones:

— Primero, que, desde el punto de vista semántico, enuncie una intención futura.

— Segundo, que, desde el punto de vista psicológico, resulte idónea para incidir sobre el sistema de motivaciones del receptor, si el mensaje contenido en su significado es percibido por éste.

— Y tercero, que dicha previsible eficacia causal psíquica sea de índole aversiva: es decir, que resulte previsible que la percepción del mensaje cree en el receptor un motivo para intentar evitar la acción futura comprometida en el enunciado.

Por lo tanto, el significado del término “mal” en los tipos penales de amenazas no coincide con su definición lexicográfica, conforme al uso habitual del término, sino que, por el contrario, por las razones valorativas y teleológicas expuestas, exige una

pp. 23-25; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.), *CP*, 1997, p. 485; DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Amenazas*, 1997, pp. 22-23; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en BAJO FERNÁNDEZ (dtor.), *PE*, II, 1998, p. 60; REBOLLO VARGAS, en CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN (dtor.), *PE*, 2004, pp. 200-202; PRATS CANUT/ QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), *PE*, 2008, p. 221; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 2008, p. 150) y en la jurisprudencia españolas (vid., por todas, la STS 18-4-2002 (Westlaw, RJ 2002/5562)), de las amenazas como mero delito de peligro (contra la libertad), interpretación que se compadece mal, además de con la verdadera esencia –la que en el texto se señala– de la lesividad contra el bien jurídico libertad, también con la pena, bastante elevada, que reciben en el Derecho positivo los delitos de amenazas: así, las infracciones penales graves de amenazas tienen casi siempre en nuestro CP una pena que resulta superior a la de las coacciones (solamente las amenazas condicionales de mal no constitutivo de delito que no resulten subsumibles en el delito de chantaje –las amenazas del art. 171.1 CP– tienen una pena ligeramente inferior), lo que no se comprendería si aquellas fuesen meras puestas en peligro y éstas auténticas lesiones del bien jurídico; y, en el caso de las amenazas leves, la pena que prevé para ellas el art. 620,2º CP es exactamente la misma que la de las coacciones leves, lo que, si se tratase verdaderamente de un mero delito de peligro, parecería también incompatible con el principio de proporcionalidad de las sanciones.

definición estipulativa autónoma. Así, en primer lugar, a los efectos del tipo penal de amenazas, cualquier preferencia de un enunciado que reúna las condiciones antedichas ha de ser considerada como amenaza de un “mal y, por ello, subsumida en la descripción típica. Desaparece, pues, de esta definición la condición (necesaria, sin embargo, en la definición lexicográfica de “mal”) de la naturaleza moralmente reprobable del “mal”, que parece superflua en el caso del tipo penal de las amenazas³⁹, ya que, como antes señalé, a la vista del pluralismo moral existente y reconocido, prácticamente siempre la acción futura amenazada podrá ser considerada como un “mal” –en el sentido usual, lexicográfico, del término- por alguien. Así pues, basta con que la acción comprometida pueda ser vista como moralmente reprobable por alguien, no es necesario comprobar que lo sea efectivamente por el sujeto receptor.

En el mismo sentido, no parece preciso determinar, en segundo lugar, si la idoneidad motivacional (aversiva) de la recepción de la preferencia (es decir, la previsibilidad de que dicho efecto motivacional tenga lugar) se ha realizado verdaderamente en un efecto causal psíquico en el sujeto receptor. Al contrario, habrá que presumir que el efecto existe siempre (salvo, claro está, en el caso de que la acción ilocutiva, de hacer saber al receptor, no haya tenido lugar: por problemas en la comunicación, por ejemplo –el receptor es sordo, no ha oído, no entiende el idioma,...-). Y ello, porque, como también vimos antes, cualquier sujeto racional habrá de tomar en consideración –en alguna medida- la existencia de la preferencia.

De este modo, el concepto de “mal” propio de los tipos penales de amenazas resulta ser notoriamente amplio (más, desde luego, que el concepto lexicográfico). Y debe serlo, además, ya que el sentido último de dichos tipos penales es, precisamente, el de excluir ciertos patrones de interacción (“amenazantes”) del espacio de la interacción social. Exclusión que se fundamenta en el valor, moral e instrumental, que se otorga a la libertad (individual de decisión) como propiedad de las interacciones sociales⁴⁰: desde este punto de vista, en efecto, el carácter “amenazante” del patrón

³⁹ Cfr., sin embargo, POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *PE*, I, 1996, p. 238.

⁴⁰ BERGMANN, Alfred: *Das Unrecht der Nötigung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1982, pp. 45-46; KÖHLER, Michael: *Nötigung als Freiheitsdelikt*, en KERNER, Hans-Jürgen/ GÖPPINGER, Hans/ STRENG, Franz (eds.): *Kriminologie – Psychiatrie – Strafrecht. Festschrift für Heinz Leferez*, C. F. Müller, Heidelberg, 1983, pp. 516 ss.; SCHROEDER, Friedrich-Christian: *Die Bedrohung mit Verbrechen*, en KÜPER, Wilfried (ed.): *Festschrift für Karl Lackner*, Walter de Gruyter, Berlin/ New York, 1987, p. 671;

de interacción constituye el mínimo de lesividad necesario para que se pueda hablar de una lesión del bien jurídico libertad, ya que, por debajo de dicho nivel de interferencia en la decisión individual⁴¹, no es posible hallar ya ningún otro caso de ataque a la libertad que resulte universalmente reconocible⁴². Así, es necesario que cualquier mensaje que pueda ser percibido por cualquiera, y por cualquier razón, como “amenazante”, pueda por ello llegar a ser subsumido en el tipo.

Ahora bien, esta mayor amplitud del concepto de “mal” propio de los tipos penales de amenazas no puede resultar tampoco ilimitada. Por el contrario, es preciso fijar dos límites a su alcance. El primero y principal es, claro está, la eventual justificación de la conducta amenazante. Pues, en efecto, ocurre que buena parte de

TRÖNDLE, Herbert: *Ein Plädoyer für die Verfassungsmaßigkeit des §240 StGB*, en KÜPER (ed.), *FS-Lackner*, 1987, pp. 628-629; LORENZO SALGADO, *LH-Fernández-Albor*, 1989, p. 446; TIMPE, Gerhard: *Die Nötigung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, pp. 19 ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Chantaje*, 1995, pp. 47-52, 78; POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *PE*, I, 1996, pp. 238, 239; DIEZ RIPOLLÉS, en el mismo/ GRACIA MARTÍN (coords.), *PE*, I, 1997, p. 780; JAKOBS, Günther: *Coacciones por medio de violencia*, trad. C. J. Suárez González, en el mismo: *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 445-455; el mismo: *Las coacciones por medio de amenazas como delito contra la libertad*, trad. C. J. Suárez González, en el mismo, op. cit., pp. 461 ss.; DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Amenazas*, 1997, pp. 16-18; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en BAJO FERNÁNDEZ (dtor.), *PE*, II, 1998, p. 60; TRÄGER, Ernst/ ALTVATER, Gerhard, en JÄHNKE, Burkhard/ LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/ ODERSKY, Walter (eds.): *StGB. Leipziger Kommentar* (cit. como *LK*), 11ª ed., Walter de Gruyter, Berlin/ New York, 2002, §240, nmm. 1-3; GROPP, Walter/ SINN, Arndt, en JOECKS, Wolfgang/ MIEBACH, Klaus (eds.): *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (cit. como *MK*), III, C. H. Beck, München, 2003, §240, nmm. 2-12; MAURACH, Reinhart/ SCHROEDER, Friedrich-Christian/ MAIWALD, Manfred: *Strafrecht. Besonderer Teil*, I, 9ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2003, p. 141; LACKNER, Karl/ KÜHL, Kristian: *Strafgesetzbuch*, 25ª ed., C. H. Beck, München, 2004, §240, nm. 1; REBOLLO VARGAS, en CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN (dtor.), *PE*, 2004, pp. 169-171, 199; KINDHÄUSER, Urs: *Strafgesetzbuch*, 3ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2006, §240, nmm. 2-6; el mismo, *Strafrecht. Besonderer Teil*, I, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2005, pp. 112-113; TOEPEL, Friedrich, en KINDHÄUSER/ NEUMANN, Ulfrid/ PAEFFGEN, Hans-Ullrich (eds.): *Strafgesetzbuch*, II, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden (cit. como *NK*), 2005, §240, nmm. 13, 19-20; WOLTER, Jürgen/ HORN, Eckhard, en RUDOLPHI, Hans-Joachim et al.: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (cit. como *SK*), II, 7ª/8ª ed., Luchterland, München, 2005, §240, nmm. 2-3; ESER, Albin, en SCHÖNKE, Adolf/ SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch*, 27ª ed., C. H. Beck, München, 2006, §240, nmm. 1-1a; PRATS CANUT/ QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), *PE*, 2008, p. 176- 177, 220, 232; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 2008, p. 148; SERRANO GÓMEZ/ SERRANO MAÍLLO, *PE*, 2008, p. 176; FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 56ª ed., C. H. Beck, München, 2009, §240, nm. 2. Que la libertad de individual de decisión posea un indudable valor moral no quiere decir, sin embargo, que resulte convincente la idea de poner en conexión los delitos contra la libertad con objetos de protección tan vagos como el libre desarrollo de la personalidad (así, sin embargo, BERGMANN, *ibíd.*) o la dignidad humana (cfr., sin embargo, SCHULTZ, Hans: *Gewaltdelikte als Schutz der Menschenwürde im Strafrecht*, en KAUFMANN, Arthur/ MESTMÄCKER, Ernst J./ ZACHER, Hans F. (eds.): *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer*, Vittorio Klostermann, Frankfurt, 1988, pp. 517 ss., *passim.*), que carecen de un contenido material suficientemente determinado.

⁴¹ Por encima, está la más intensa forma de ataque constituida por la violencia física ejercida contra la decisión individual: coacción.

⁴² En efecto, fuera de los casos de coacción física y de los de amenazas, únicamente es posible hallar supuestos de ataque a la libertad que resultan relevantes tan sólo en alguna situación específica, pero no en cualquiera: las ofertas coactivas, por ejemplo, que sólo pueden ser consideradas ataque a la libertad en condiciones muy particulares (de explotación, de opresión estructural, etc.). Vid., al respecto, WERTHEIMER, Alan: *Coercion*, Princeton University Press, Princeton, 1987, pp. 202 ss., con ulteriores referencias.

los actos de habla que, a tenor de la definición expuesta, resultarían subsumibles en la descripción típica “amenazar con un mal” están, sin embargo, justificados: por distintas causas de justificación o causas de exclusión de la tipicidad penal, pero sobre todo a través del ejercicio legítimo de derechos, oficios o cargos (art. 20,7º CP). De manera que en tales casos, desde la perspectiva del tipo global de injusto (en términos, pues, materiales), la conducta en cuestión no podrá ser considerada como típicamente antijurídica.

Así, es evidente que cuando, por ejemplo, un juez advierte a un demandado que “le va embargar” su conducta resulta, conforme a la definición anterior, sin duda amenazante. Pero está justificada, por lo que no resulta típicamente antijurídica. Y lo mismo ocurre en otros muchos casos: cuando el hablante está ejerciendo su libertad de expresión, por ejemplo, etc.

Obsérvese, no obstante, que, si esto es así, es decir, si es la justificación jurídica de las acciones la principal vía para limitar el alcance de los tipos penales de amenazas, entonces es que no resulta posible hallar dicha limitación en el concepto mismo de “mal”, concepto que, como he señalado, deberá ser entendido con la mayor amplitud⁴³.

En segundo lugar, parece que hay que reconocer también la existencia de un segundo límite –de menor trascendencia- al alcance del concepto de “mal” en los delitos de amenazas, derivado de la exigencia de un nivel mínimo en el efecto aversivo de la preferencia sobre el receptor de la misma. Así, cuando el efecto aversivo sea de muy escasa entidad, habría que entender que el acto de habla realizado no es, propiamente, una conducta “amenazante”.

Por supuesto, la intensidad del efecto aversivo depende en parte de las características del acto de hablar realizado, pero también en otra parte de la personalidad del receptor. De cualquier forma, si nos concentramos en la cuestión de la delimitación de la acción típica en tanto que elemento de la parte objetiva del tipo (esto es, si dejamos ahora a un lado los supuestos de error de tipo: conductas idóneamente amenazantes cuya eficacia, sin embargo, es desconocida por su autor –por desconocer la verdadera personalidad del receptor y su reacción previsible ante el acto de habla, por ejemplo-), la cuestión estriba únicamente en la previsibilidad del

⁴³ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, CPC 44 (1991), pp. 436-438; el mismo: *El nuevo sistema de las amenazas condicionales. Especial consideración del delito de chantaje*, en CPC 67 (1999), pp. 120-122; POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), PE, I, 1996, p. 238; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.), CP, 1997, p. 491-492; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en BAJO FERNÁNDEZ (dtor.), PE, II, 1998, pp. 61, 63, 65-66, 67-68; BARQUÍN SANZ, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *Comentarios*, VI, 1999, pp. 191-194; REBOLLO VARGAS, en CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN (dtor.), PE, 2004, p. 213; MUÑOZ CONDE, PE, 2007, p. 161. De otra opinión, sin embargo, DÍEZ RIPOLLÉS, en el mismo/ GRACIA MARTÍN (coords.), PE, I, 1997, pp. 795-796; JAREÑO LEAL, *Amenazas*, 1997, pp. 66-85; PRATS CANUT. / QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), PE, 2008, pp. 236-237.

efecto aversivo en el concreto receptor a quien el acto de habla se dirige. Efecto que, como ha apuntado, no podría consistir simplemente en una “molestia” (en el sentido, más restrictivo, de un mero “fastidio, desazón”)⁴⁴, sino que debe crear efectivamente un motivo para evitar la acción futura comprometida. Deberá recordarse, en este sentido, la definición estricta de motivo, en Psicología, que más arriba se expuso.

6) Consecuencias interpretativas (1): amenazas leves

Si, ahora, aplicamos el concepto de “mal” que se acaba de exponer a la interpretación del tipo del art. 620,2º CP, la conclusión que ha de extraerse necesariamente es la de que, para que exista una conducta subsumible en la falta de amenazas leves, es suficiente con que un sujeto lleve a cabo, a sabiendas (esto es, con dolo) y sin justificación (jurídica) o razón de atipicidad penal, la acción de hacer saber a un tercero que tiene la intención de realizar, en el futuro, una acción (no constitutiva de delito) de tal índole que la comunicación actual de dicha intención haya de crear, previsiblemente, un estímulo en el receptor para evitar que dicha acción futura comprometida llegue a tener lugar. De este modo, para la existencia de amenazas leves realmente resulta irrelevante cuál sea el contenido de la amenaza (con tal, claro está, de que la misma no esté justificada y resulte verdaderamente –vale decir, previsiblemente- “amenazante”, en el sentido visto). Así, tanto valdría, como mal (típico) un mal “objetivo” (vale decir, antijurídico) como uno meramente “subjetivo”: una declaración de intención que resulte previsiblemente amenazante para el sujeto pasivo y que no esté justificada (en el momento de ser realizada) resultará idónea como mal típico, aun en el caso de que el mal con el que se amenaza no resultase (previsiblemente) antijurídico en el caso de ser hecho efectivo.

Debe observarse, además, que lo relevante es la justificación o atipicidad del acto de habla, no la de la acción futura comprometida: puede suceder, por lo tanto, que, aun cuando dicha acción futura pudiese llegar a estar, previsiblemente, justificada (en el futuro, si llegase a ser realizada), no lo esté, sin embargo, la actual declaración de intenciones; y que, por ello, exista “mal”, pese a todo, y exista conducta típica de amenazas.

Así, si un policía amenaza sin razón alguna (actual) a alguien con la frase “*si te pilló robando, se te va a caer el pelo*”, al no estar justificada la preferencia actual, existirá falta de amenazas aunque la pretendida acción futura –detención, denuncia,...- llegaría a estar, presumiblemente, justificada.

⁴⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario*, 2001, p. 1524.

Por fin, a la vista de un tenor literal que, evidentemente, resulta interpretable en ambos sentidos, creo que existen razones valorativas bastantes para inclinarse por la tesis de que en la falta de amenazas leves del art. 620,2º CP deben ser incluidas también las amenazas (de mal no constitutivo de delito) leves no condicionales^{45 46}. Y ello, porque, según hemos visto, la esencia de la lesividad de las conductas amenazantes no estriba tanto en la acción comprometida para el futuro (el “mal”) cuanto en el hecho de perturbar el proceso normal (“libre”) de motivación de los individuos. Y, desde este punto de vista, también cualquier amenaza no condicional afecta profundamente al bien jurídico^{47 48}. Es obvio que será necesario, en todo caso,

⁴⁵ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *El delito de amenazas*, en DE LA CUESTA, José Luis/ DENDALUZE, Iñaki/ ECHEBURÚA, Enrique (comp.): *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, p. 656; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en BAJO FERNÁNDEZ (dtor.), *PE*, II, 1998, pp. 64, 67, 70. Aun sin una fundamentación *in extenso*, la jurisprudencia es también prácticamente unánime en este sentido: vid., por todas, las STS 24-1-1999 (Westlaw, RJ 2000/721), 5-5-2003 (Westlaw, RJ 2003/3877), 31-10-2005 (Westlaw, RJ 2006/383) y 21-6-2007 (Westlaw, RJ 2007/3950). Existe un argumento sistemático (aunque complementado también con otro teleológico) adicional, que es la necesidad de interpretar de forma armónica lo dispuesto en el art. 620,2º CP y lo previsto en el último párrafo del precepto, relativo a la violencia familiar; unido a la conveniencia político-criminal de que, en este último género de amenazas leves, también se incriminen las conductas de amenazas no condicionales.

⁴⁶ Que, en mi opinión, haya que incluir también en el art. 620,2º CP las amenazas (de mal no constitutivo de delito) leves condicionales –y no, por lo tanto, en el art. 171.1 CP- se deriva más bien (no sólo de razones de lesividad como, ante todo) de razones de proporcionalidad de la sanción, ya que, de lo contrario, quedarían equiparados en pena actos de habla (amenazantes) cuyo efecto sobre la estructura de los motivos del destinatario han de ser, previsiblemente, muy diferente: resultaría, en efecto, igualmente grave, por ejemplo, el hecho de que un superior dentro de la empresa hiciese saber a su subordinado que “*si no votas a favor, te voy a hacer la vida imposible*” (conducta amenazante grave, que debe castigarse conforme al art. 171.1 CP) y el de que un amigo le diga a otro “*como salgas hoy con ellos y no conmigo, voy a contarles a todos que el otro día tuviste un gatillazo*”. Equiparación que creo que, desde el punto de vista de la protección del bien jurídico libertad, carecería de sentido. De otra opinión, sin embargo (cierto que aún con el código ya derogado), MAQUEDA ABREU, María Luisa: *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Universidad de Granada, Granada, 1988, p. 29.

⁴⁷ Cfr., sin embargo, QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 2008, p. 152.

⁴⁸ La justificación de la mayor gravedad, y mayor merecimiento de pena, de las amenazas condicionales en comparación con las no condicionales estriba en la mayor intensidad del ataque a la libertad que implican, en la medida en que no sólo –como en cualquier amenaza- se incide con un motivo ilegítimo en el sistema de las motivaciones del sujeto amenazado, sino que, además, dicho motivo pretende revestir un contenido extremadamente específico (el de cumplir con la condición impuesta), de manera que las alternativas de acción del sujeto queden mucho más limitadas: LORENZO SALGADO, *LH-Fernández-Albor*, 1989, pp. 446-447; POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *PE*, I, 1996, p. 248; Díez RIPOLLÉS, en el mismo/ GRACIA MARTÍN (coords.), *PE*, I, 1997, pp. 780-781. Pese a todo, la diferencia entre ambas formas de amenazas es sólo de cantidad (de intensidad de la lesión), no de cualidad, puesto que, como hemos visto, ya en las amenazas no condicionales el efecto causal sobre el sistema de motivaciones del individuo es completo. Así pues, no hay razones para un tratamiento excesivamente distinto entre una y otra. O, en todo caso, no las hay desde el punto de vista del merecimiento de pena. Por el contrario, en términos de necesidad de pena, ciertas formas de amenazas condicionales (pero, desde luego, no todas) pueden poseer una relevancia específica, al obedecer a dinámicas criminológicas peculiares, en las que el análisis coste/eficacia de la intervención penal puede dar lugar a resultados distintivos: tal es el caso del chantaje, de la extorsión organizada, etc. Ello puede justificar niveles de intervención jurídico-penal (relativamente) diferenciados para dichos grupos de casos. Pero no cambia el hecho de que, en esencia, la mayoría de las amenazas condicionales sean casos solamente algo más

determinar un límite mínimo de lesividad (del acto de habla amenazante, sobre el proceso de motivación psíquica) que, en virtud de la aplicación del principio de insignificancia (concebido como causa de atipicidad penal)⁴⁹, excluya ciertas conductas amenazantes también del ámbito de este tipo penal (aunque no necesariamente de otras consecuencias jurídicas)⁵⁰. Límite que, en mi opinión, debería atender más bien a razones teleológicas⁵¹, de ausencia de necesidad de intervención penal. Así, aquellos actos de habla que, a pesar de que puedan ser interpretados como “amenazantes” (en el sentido visto), no resulten capaces de desestabilizar, en ninguna medida apreciable, los patrones de interacción social del sujeto amenazado (de generar en él, por lo tanto, en relación con dicho patrón expectativas contradictorias, que le desorienten), deberán ser considerados penalmente atípicos, por insignificantes⁵²: ocurrirá ello, además de en el caso de las amenazas absolutamente inidóneas (en las que no es que la lesividad sea insignificante, es que no existe en realidad), cuando la amenaza no afecte de ningún modo a las interacciones sociales del sujeto amenazado (sino, por ejemplo, a sus sentimientos: “te voy a odiar”), cuando la amenaza constituya para cualquier sujeto racional tan sólo una molestia –aun si resulta ser algo más que una mera ofensa- para el sujeto amenazado, mas no un motivo apreciable,...

7) Consecuencias interpretativas (2): amenazas colectivas

¿Qué consecuencias deben extraerse de esta definición del bien jurídico protegido en los delitos de amenazas y de la subsiguiente definición del elemento típico “mal” para la interpretación del tipo penal del art. 170.1 CP (amenazas colectivas)⁵³? Como es sabido, su tenor literal exige que “las amenazas de un mal que

graves –pero no sustancialmente distintos- que los de amenazas no condicionales de similar entidad, por lo que se refiere a la lesión que producen en el bien jurídico libertad.

⁴⁹ Vid. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, Universitas, Madrid, 1996, pp. 565-566.

⁵⁰ DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Amenazas*, 1997, p. 76; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 2008, p. 153.

⁵¹ Que son las que sustentan las causas de atipicidad penal y las diferencian, desde el punto de vista material, de las causas de justificación: LUZÓN PEÑA, *PG*, I, 1996, pp. 563-564.

⁵² Vid. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *Riesgo y Política Criminal: la selección de bienes jurídico-penalmente protegibles a través del concepto de riesgo sistémico*, en DA AGRA, C./ DOMÍNGUEZ, J. L./ GARCÍA AMADO, J. A./ HEBBERECHT, P./ RECASENS, A. (eds.): *La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 105-107.

⁵³ Entiendo que no procede aquí la denominación de “amenazas terroristas”, ya que, aun cuando su origen histórico (la Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo y, luego, la última modificación de su texto, a través de la Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuya Exposición de Motivos se vincula explícitamente la reforma del precepto a la “violencia callejera” de finalidad “terrorista”), y su campo de (escasa) aplicación en la práctica haya venido siendo hasta ahora prácticamente siempre (una excepción: la SAP-Almería 20-10-1999 (Westlaw, ARP 1999/5717)) el de las conductas conectadas –real

constituyere delito (scil. unas amenazas subsumibles en principio en alguna de las modalidades típicas del art. 169 CP) *fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas*". Como en tantas otras ocasiones, el legislador español parece hacer hincapié en la parte subjetiva de la conducta, al exigir, para la aplicación del tipo cualificado del art. 170.1 CP, que "*fuesen dirigidas a atemorizar*" a un grupo social. Y, sin embargo, la cuestión a discutir es si, desde el punto de vista de la lesividad, lo decisivo es verdaderamente la intención con la que se amenaza, o más bien otra cosa, la idoneidad atemorizadora de dicha amenaza (unida –por imperativo del principio de responsabilidad por el hecho propio- a alguna actividad adicional orientada a transmitir la amenaza y el temor al grupo social que constituye objetivo de la intimidación).

¿Cuál es, en efecto, la razón de ser del tipo cualificado del art. 170.1 CP, desde el punto de vista de la lesividad diferencial de la conducta? Tres son, hasta donde alcanzo a ver, las interpretaciones posibles a este respecto, que van de menos a más exigencias, a la hora de dar por existente dicha lesividad diferencial. La primera ya ha sido vista, y discutida, antes en general: la interpretación de las amenazas –aquí, colectivas- como un delito contra el sentimiento de seguridad. Todas y cada una de las objeciones realizadas entonces valen también para el caso concreto del tipo penal del art. 170.1 CP. Por ello, no creo que exista razón alguna para alejarnos aquí tampoco de las ideas de que los delitos de amenazas han de ser interpretados en todos los casos como delitos contra la libertad, en el sentido ya visto, y de que, en todo caso, el sentimiento de seguridad no puede constituir un objeto idóneo (legítimo) de

o pretendidamente- con la actuación de grupos armados de finalidad política, "terroristas", ello no aparece exigido de ningún modo en el tenor literal del tipo (sí, por el contrario, en el caso del art. 170.2 CP), por lo que en principio el mismo resulta perfectamente aplicable a situaciones diferentes (de hecho, cuando en 1995 se discutió en el Congreso de los Diputados acerca de la redacción inicial del precepto, se habló también de otros fenómenos, como el de las agresiones racistas). Por lo demás, es sabido que existen también en nuestro Código específicos tipos penales de amenazas terroristas, en los arts. 572.1,3º y 577 CP (vid. infra n. 57). En todo caso, lo importante, claro está, no es tanto la denominación cuanto la justificación político-criminal que, consiguientemente, se proponga para este tipo penal: así, creo que es erróneo intentar justificarlo (como, sin embargo, hace MUÑOZ CONDE, *PE*, 2007, pp. 160-161) sobre la base de una pretendida "finalidad terrorista", que, si la entendemos en un sentido estricto (sea acogiendo una definición jurídico-positiva, de acuerdo con la dispuesto en el art. 571 CP, sea profundizando en el sustrato material del concepto de "terrorismo", que –cualquiera que sea la interpretación que defendamos del mismo- no puede abarcar desde luego todas las actuaciones intimidatorias contra grupos social de cualquier índole y por parte de cualquiera), ni es exigida por el tenor literal, ni –como se intentará argumentar a continuación- tampoco tiene sentido exigir, desde el punto de vista político-criminal.

protección para el Derecho Penal. No es tampoco una razón para ello, en mi opinión, el hecho de que en el tenor literal del tipo se emplee el término “*atemorizar*”: primero, porque, en todo caso, el término aparece, como hemos visto, en el contexto de una expresión indicativa de intención o de aptitud, no de realización efectiva (no se exige, pues, explícitamente al menos, que se cause miedo en las víctimas)⁵⁴; y, además, porque vamos a ver que caben interpretaciones alternativas que son más convincentes.

La segunda interpretación acerca de la lesividad adicional de la conducta descrita en el tipo cualificado consiste en entender que la misma se deriva exclusivamente de la naturaleza *específicamente colectiva* de las amenazas: del hecho, pues, de que las amenazas afectan a una pluralidad de bienes jurídicos individuales (de libertades). Obsérvese, sin embargo, que no puede tratarse tan sólo de multitud de lesiones del bien jurídico (ya que la misma solamente fundaría un concurso ideal – homogéneo- de delitos, con una pena inferior), sino que, para que el tratamiento diferenciado quede suficientemente justificado, es necesario que la pluralidad de sujetos pasivos del delito posea una determinada unidad, una identidad colectiva. De manera que el ataque colectivo a varias libertades pueda ser concebido, justificadamente, como un ataque a una verdadera colectividad, que se ve afectada en tanto que tal, de manera que no sólo se ven afectados patrones de interacción social de individuos aislados (aunque sean varios, o muchos), sino los de todo un grupo social y, con ello, los de todo un sector de la vida social⁵⁵.

En todo caso, de acuerdo con esta segunda interpretación, bastaría con la existencia de un ataque concertado a un conjunto interrelacionado –en los términos

⁵⁴ En el mismo sentido, POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *PE*, I, 1996, p. 253; Díez RIPOLLÉS, en el mismo/ GRACIA MARTÍN (coords.), *PE*, I, 1997, p. 806.

⁵⁵ Éste, por cierto, debería ser el criterio para interpretar la vaga expresión legal “*colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas*”, que aparece a continuación de las más precisas de “*población, grupo étnico, cultural o religioso*”: de acuerdo con el mismo, hay que entender que no cualquier pluralidad de personas, por muy numeroso cuantitativamente que sea el total de ellas, constituyen un conjunto de sujetos pasivos idóneos del tipo cualificado; por el contrario, parece necesario en todo caso que –independientemente del número de personas- exista una cierta homogeneidad cualitativa y un cierto grado de integración social entre las personas atacadas, que habrá de poseer una identidad colectiva común. Así, por ejemplo, pueden ser objeto de las amenazas colectivas del art. 170.1 CP los únicos cinco miembros de la sección sindical en una empresa de un determinado sindicato. Pero no pueden serlo, sin embargo, los cinco únicos ocupantes de un autobús urbano (en este caso, existirá un concurso ideal de amenazas del tipo básico del art. 169 CP). Vid., en este sentido, PRATS CANUT. / QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), *PE*, 2008, pp. 234. De otra opinión, sin embargo, REBOLLO VARGAS, en CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN (dtor.), *PE*, 2004, p. 210; CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN et alt., *PE*, 2008, p. 184.

vistos- de libertades individuales, para que la agravación de la pena quedase justificada. Cabe, no obstante, una tercera interpretación, más exigente aún en cuanto a las condiciones para la aplicación del tipo cualificado. Consiste esta en concebir tal modalidad de amenazas⁵⁶ como un delito que, precisamente por consistir en un ataque a un grupo social (y no sólo a individuos aislados... aunque fuera a muchos), poseería una naturaleza pluriofensiva: de una parte, existiría el ataque a una multitud de bienes jurídicos libertad (individual); pero, de otra, habría, además, *un ataque adicional a la seguridad del grupo social*. De tal manera que sólo cuando este último elemento de lesividad estuviese también presente sería posible aplicar el tipo cualificado.

En efecto, si se toma en serio el requisito, más arriba analizado, de que las amenazas sean en verdad específicamente colectivas (y no solamente contra un grupo, más o menos numeroso, de individuos), entonces puede ocurrir (aunque ello no es necesario, por lo que habrá que comprobarlo en cada caso) que la amenaza a la colectividad vaya más allá del ataque –que también existe- a la libertad individual de decisión, puede que exista además un ataque a la seguridad del grupo social⁵⁷. La seguridad de un (determinado) grupo social ha de ser entendida aquí como un bien jurídico diferente de la libertad individual: como un bien jurídico de carácter verdaderamente supraindividual (no, pues, como un bien jurídico intermedio o

⁵⁶ Y, por cierto, también las amenazas del art. 577 CP, en su segunda modalidad: el que “*con la finalidad de contribuir a estos fines* (scil. la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública) *atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, cometiere (...) amenazas*”. Aunque es posible que en estas últimas –depende de cómo sean interpretadas- pueda apreciarse, además, un plus diferenciado de lesividad, derivado de la finalidad perseguida (o, más bien, de la peligrosidad potencial de la acción de amenazas realizada). Se podría, así, intentar sistematizar la regulación jurídico-positiva de las amenazas en el Derecho Penal español desde el punto de vista de la graduación de su lesividad (según la concepción que el legislador posee de la misma, no necesariamente defendible), de este modo: 1º) las amenazas individuales (de mal no constitutivo de delito/ de mal constitutivo de delito, no condicionales/ condicionales), en las que se ataca, de modo progresivamente más intenso (en los arts. 620,2º, 171 y 169 CP), a la libertad individual de decisión únicamente; 2º) las amenazas colectivas (art. 170.1 CP), ya de naturaleza pluriofensiva, en las que se ataca, además de a la libertad, a la seguridad de un grupo social; 3º) las amenazas terroristas individuales no organizadas (amenazas del art. 577 CP, en su primera modalidad), en las que la finalidad “terrorista” (tal y como es definida por el legislador español) o –en una interpretación alternativa más plausible- la peligrosidad “terrorista” de la acción amenazante añaden un plus de lesividad; 4º) las amenazas terroristas colectivas no organizadas (amenazas del art. 577 CP, en su segunda modalidad), en las que existe ataque a la libertad, ataque a la seguridad de un grupo social y peligrosidad “terrorista”; 5º) y, por fin, las amenazas terroristas organizadas (en las que, según la regulación legal, resulta irrelevante que la amenaza sea individual o colectiva), reguladas en el art. 572.1,3º CP.

⁵⁷ En sentido similar (aunque sin desarrollarlo), Díez RIPOLLÉS, en el mismo/ GRACIA MARTÍN (coords.), *PE*, I, 1997, p. 781.

instrumental)⁵⁸, pero distributivo; es decir, un bien jurídico en el que aquel patrón de interacción social que merece protección no afecta, ni siquiera en principio, por igual a todos los ciudadanos (como ocurre en el caso de los bienes jurídicos supraindividuales no distributivos), sino tan sólo a un determinado sector, cualitativamente diferenciado, de los mismos⁵⁹. Bien jurídico que, en las condiciones usuales, puede justificar una intervención jurídica coactiva diferenciada (y, en las condiciones usuales, también la intervención coactiva jurídico-penal diferenciada).

La razón por la que la seguridad de un determinado grupo social –no, desde luego, de cualquiera- puede llegar, en ocasiones, a ser reconocida legítimamente como el contenido de un bien jurídico supraindividual (distributivo) estriba en el contraste que puede producirse a veces entre, de una parte, las obligaciones en que incurre el Estado a la hora de hacer efectivo el derecho subjetivo a la seguridad (que tiene rango de derecho humano positivizado en el Derecho Internacional⁶⁰ y, en el Ordenamiento jurídico español, también de derecho fundamental)⁶¹ y, de otra, las características reales de las estructuras sociales existentes en dicho Estado. Así, por un lado, y de acuerdo con el Derecho Internacional de los derechos humanos, el Estado español tiene, entre otras, las obligaciones de proteger y de hacer efectivo el derecho a la seguridad de los individuos, entendido como –en su contenido esencial, no polémico-

⁵⁸ Como sí que lo es, por el contrario, la seguridad de los bienes jurídicos individuales –la salud pública, por ejemplo- cuando merece reconocimiento como objeto autónomo de protección, como he argumentado en PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *Los delitos de peligro como técnica de incriminación en Derecho Penal económico: bases político-criminales*, en RDPC 11 (2003), pp. 134-142; el mismo, Eguzkilore 20 (2006), pp. 146-147. Debe observarse, a este respecto, que, aun cuando el término “seguridad” sea el mismo en las definiciones de ambas clases de bienes jurídicos, el complemento nominal que especifica al sustantivo difiere, sin embargo, sustancialmente en cuanto a su sentido en cada una de ellas, dado que en un caso se trata de sustantivos que tienen por referencia entes abstractos, conceptos (la vida, la salud,..., conceptos que, en mi opinión, habrá que materializar, a los efectos de la concreción del contenido de los bienes jurídicos, mediante su definición por referencia a patrones sociales de interacción), mientras que en el otro se trata de sustantivos colectivos, cuya referencia es un conjunto de individuos humanos. Y esta diferencia semántica ha de poseer necesariamente importantes implicaciones valorativas: como se verá, la seguridad de los individuos puede producir razones autónomas para la intervención jurídica coactiva (y, en el límite, para la intervención penal), cosa que no puede ocurrir si se trata tan sólo de prevenir anticipadamente la probabilidad de lesión de los patrones sociales de interacción (supuesto en el que la justificación de la intervención jurídica coactiva depende del valor de dichos patrones sociales más ciertas razones adicionales –no autónomas, en todo caso- para anticipar la intervención).

⁵⁹ Ejemplos evidentes de la primera clase de bienes jurídicos supraindividuales son los definidos a partir del orden político o de los derechos fundamentales. Ejemplos de lo segundo lo son los derechos de los trabajadores o los intereses de los menores, entendidos ambos grupos sociales en sentido colectivo.

⁶⁰ Art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 5.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

⁶¹ Explícitamente, a través de lo dispuesto en el art. 17.1 CE, que en todo caso ha de ser completado, a tenor del art. 10.2 CE, por el Derecho Internacional de los derechos humanos acabado de citar.

el derecho a no ser objeto de interferencias intensivas, en su cuerpo y/o en su mente, por parte de terceros^{62 63}: obligación de proteger, entendida como el deber del Estado de garantizar que los terceros no interfieran en el disfrute de la seguridad que el Derecho Internacional reconoce a todas las personas; y obligación de hacer efectivo, entendida como el deber del Estado de asegurar el ejercicio del derecho a quienes no puedan ejercerlo por sí solos⁶⁴. Por otro lado, sin embargo, la estructura social puede, a causa de la desigual distribución de recursos y/o de poder dentro de la misma entre sus grupos sociales (la desigualdad puede darse entre nacionalidades, entre clases, entre etnias, entre géneros, entre orientaciones sexuales, entre identidades políticas, religiosas o culturales,... es una cuestión a verificar de modo empírico), volver a ciertos grupos sociales particularmente (extraordinariamente, desigualmente) vulnerables a los ataques de terceros a sus bienes jurídicos individuales⁶⁵. Cuando, además, a causa de estas mismas razones, los miembros del grupo social en cuestión vean también extraordinariamente (desigualmente) reducidas sus posibilidades de acceso a la protección jurídica coactiva de sus bienes jurídicos individuales (por el trato discriminatorio que reciben de parte del sistema penal, por las dificultades materiales de acceso, etc.), entonces podrá afirmarse que existe un riesgo específico (extraordinario) para el derecho a la seguridad del grupo (de los miembros del

⁶² Cfr. ADAM REHOF, Lars: *Article 3*, en EIDE, Asbjørn/ ALFREDSSON, Gudmundur/ MELANDER, Göran/ ADAM REHOF, Lars/ ROSAS, Allan: *The Universal Declaration of Human Rights. A Commentary*, Scandinavian University Press, Oslo, 1992, pp. 71, 77; CONTE, Alex: *Security of the Person*, en CONTE/ BURCHILL, Richard: *Defining Civil and Political Rights*, 2ª ed., Ashgate, Farnham, 2009, pp. 116-117.

⁶³ Por su parte, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional español vienen entendiendo, con una interpretación más restrictiva, que el derecho a la seguridad ha de ser concebido principalmente como derecho a la “interdicción de medidas privativas o restrictivas de la libertad sin las garantías adecuadas” (cfr. GÁLVEZ, Javier: *Artículo 17: Seguridad personal*, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dtor.): *Comentarios a la Constitución española*, II, Edersa, Madrid, 1997, pp. 346-347): vid., por todas, la STEDH 13-1-2009 (*Giorgi Nikolaishvili v. Georgia*) y la STC 12-12-1994 (Westlaw, RTC 1994/325). Aunque, en los respectivos contextos procesales de que se trata (queja individual, recurso de amparo), resulte comprensible que ambos tribunales hayan optado por emplear tal interpretación, no creo que pueda decirse que con ello se haya agotado ya el contenido del derecho, que, como en el texto se argumenta, debe entenderse que posee un alcance bastante mayor.

⁶⁴ Art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Acerca del alcance de esta disposición, vid. el Comentario General núm. 31 del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13. (General Comments), 26 de mayo de 2004). Vid. también AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Derechos humanos para la dignidad humana. Una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales*, Editorial Amnistía Internacional, Madrid, 2005, pp. 40-43; CONTE / BURCHILL: *Introduction*, en los mismos: *Civil and Political Rights*, 2009, p. 6, ambos con ulteriores referencias.

⁶⁵ Vulnerabilidad (de un individuo o de un grupo de individuos) significa, aquí, probabilidad de lesión especialmente (comparativamente) alta de los bienes jurídicos individuales de ciertos sujetos, a causa de su ubicación en la estructura social (de la cantidad de recursos y de poder de que disponen dentro de la misma, para lograr evitar y/o perseguir la lesión).

grupo)⁶⁶. En estas condiciones, puede –habrá que demostrarlo- ser necesaria, y resultar justificada, una protección específica (extraordinaria, desigual) para los bienes jurídicos individuales de los miembros de dicho grupo social⁶⁷.

Debe observarse, en todo caso, que este reconocimiento de la seguridad (de los grupos sociales vulnerables) como bien jurídico (supraindividual, distributivo) autónomo poco tiene que ver, ni en su justificación ni en la práctica, con la idea, generalizada en los tiempos recientes (en el marco del desarrollo de las políticas criminales securitarias y “antiterroristas” contemporáneas), de la seguridad como un objeto autónomo de protección legítima⁶⁸, concebido desde el punto de vista de la prevención de riesgos (estadísticos), y que justificaría por sí sola figuras delictivas y cuantías de pena injustificables desde otros puntos de vista más tradicionales (delitos de peligro abstracto, conceptos unitarios de autoría, aproximaciones al Derecho Penal

⁶⁶ En efecto, como se acaba de indicar, la obligación de los estados para con el derecho humano a la seguridad incluye también su obligación de hacerlo efectivo. Y ésta, a su vez, incluye, entre otras, la de no discriminar en el acceso al derecho y la de hacerlo efectivamente accesible a todos los sujetos (AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Dignidad*, 2005, pp. 42-45). Precisamente, la necesidad de dar cumplimiento a tales obligaciones en un contexto de desigualdad social es lo que puede justificar el reconocimiento del nuevo bien jurídico.

⁶⁷ Esta argumentación puede, por supuesto, resultar relevante también para justificar otras tipificaciones separadas, o puniciones más elevadas, de otros ataques contra bienes jurídicos individuales de miembros de grupos sociales vulnerables, cuando a través de los mismos se esté atacando también a la seguridad del grupo social mismo... y sin que, precisamente por ello, la tipificación separada o la punición más elevada tengan por qué poner en cuestión necesariamente –como frecuentemente se argumenta- el principio de igualdad ante la ley. Tal es, precisamente, el caso de la violencia de género: que, cuando la misma tiene lugar, se produce en una situación de desigualdad y de vulnerabilidad estructurales (sobre la base de una estructura social sexista y patriarcal), no cabe dudarle; y tampoco creo que quepa hacerlo de que, precisamente por ello, en muchas ocasiones (aunque no necesariamente siempre), la seguridad del grupo social (de las mujeres como género) puede estar en cuestión, ante ciertas formas de dicha violencia, por lo que puede resultar justificada, en estos términos, una intervención jurídico-penal diferenciada (vid., en sentido similar, recientemente, LARRAURI PIJOAN, Elena: *Igualdad y violencia de género*, en InDret 1/2009). Cuestión diferente es que el legislador español haya acertado en la plasmación de esta idea en el art. 153 CP (y que, más en general, pueda convencer su política criminal en la materia): en mi opinión, no lo ha hecho, desde luego, aunque no –como se suele pensar- por discriminar al varón, sino más bien, de una parte, por ser extremadamente tímido en la toma en consideración del componente de pluriofensividad existente en estas conductas (al hacerlo exclusivamente, mediante una modestísima elevación de la pena de prisión... que es alternativa a una pena de trabajos en beneficio de la comunidad exactamente con la misma extensión en los arts. 153.1 y 153.2 CP y que, además, puede ser rebajada, a tenor del art. 153.4 CP), cuando debería haberlo tenido más en cuenta; y, de otra, por no haber sabido expresar adecuadamente las condiciones en las que dicho ataque adicional a la seguridad del grupo social puede existir (condiciones que, sin duda, habría que estudiar específicamente para el caso del ataque a la integridad física y a la salud, aunque intuyo que no deberían ser muy diferentes de las que en el texto se indican para el caso de las amenazas).

⁶⁸ A esto parece apuntar la idea de REBOLLO VARGAS, en CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN (dtor.), *PE*, 2004, p. 210, de que el art. 170.1 CP protege la “libertad colectiva”. Concepto que no parece tener cabida en la escala axiológica de nuestro Ordenamiento jurídico, entre la libertad (siempre individual) y la seguridad (que, como hemos visto, puede ser efectivamente concebida como colectiva). Parece ir también en esta dirección la interpretación de JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.), *CP*, 1997, p. 490.

de autor, etc.)⁶⁹. Y ello, en primer lugar, porque, en la concepción que aquí se defiende, no se trata de intervenir frente a riesgos genéricos (identificados por medios estadísticos... en el mejor de los casos), sino de reaccionar frente a conductas de lesión de bienes jurídicos individuales, reconociendo en ellas, en determinadas ocasiones, un plus de lesividad, colateral. Y, en segundo lugar, porque, en la mayoría de las ocasiones (esto es: siempre que no se trate de un grupo social particularmente vulnerable, pero también muchas veces aunque se trate de él), la seguridad, que es siempre un derecho humano y un derecho fundamental, no puede ser reconocida, pese a ello, como un bien jurídico, ni individual ni supraindividual, que justifique una intervención jurídica coactiva diferenciada⁷⁰. Pues, en esa gran mayoría de las ocasiones, la protección del derecho subjetivo a la seguridad se lleva a cabo, en sede penal, suficientemente a través de la protección de los bienes jurídicos individuales (vida, integridad física,

⁶⁹ Vid., al respecto, por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *El nuevo modelo de seguridad ciudadana*, en *Jueces para la Democracia. Información y debate* 49 (2004), pp. 45 ss.; el mismo: *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/ JORGE BARREIRO, Agustín/ SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos (coords.): *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 267 ss., ambos con ulteriores referencias.

⁷⁰ En sentido similar, BAJO FERNÁNDEZ, en DE LA CUESTA/ DENDALUZE/ ECHEBURÚA (comp.), *LH-Beristain*, 1989, pp. 651-652; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Chantaje*, 1995, pp. 77-81; MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD, *BT*, I, 2003, p. 169; PRATS CANUT/ QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), *PE*, 2008, p. 220. De otra opinión, sin embargo, LARRAURI, Elena: *Libertad y amenazas*, PPU, Barcelona, 1987, pp. 191-202, 233-238; LORENZO SALGADO, *LH-Fernández Albor*, 1989, pp. 443, 456, 466-467; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *CPC* 44 (1991), pp. 426-427; BENÉYTEZ MERINO, Luis: *Libertad protegida*, Colex, Madrid, 1994, pp. 93-94; POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *PE*, I, 1996, pp. 238, 239; JAREÑO LEAL, *Amenazas*, 1997, pp. 23-25; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.), *CP*, 1997, pp. 485, 486; BARQUÍN SANZ, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *Comentarios*, VI, 1999, pp. 112, 115; TRÄGER/ SCHLUCKEBIER, Wilhelm, en JÄHNKE/ LAUFHÜTTE/ ODESKY (eds.), *LK*, 2002, §241, nmm. 1-2; GROPP/ SINN, en JOECKS/ MIEBACH (eds.), *MK*, III, 2003, §241, nm. 2; GÖSSEL, Karl Heinz/ DÖLLING, Dieter: *Strafrecht. Besonderer Teil*, I, 2ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2004, p. 246; WOLTER/ HORN, en RUDOLPHI et alt., *SK*, II, 2003, §241, nm. 2; LACKNER/ KÜHL, *StGB*, 2004, §241, nm. 1; HAFT, Fritjof: *Strafrecht. Besonderer Teil*, II, 8ª ed., C. H. Beck, München, 2005, p. 182; JOECKS, Wolfgang, *StGB. Studienkommentar*, 6ª ed., C. H. Beck, München, 2005, §241, nm. 1; KINDHÄUSER, *StGB*, 2005, §241, nm. 1; el mismo, *BT*, I, 2005, p. 121; TOEPEL, en KINDHÄUSER/ NEUMANN/ PAEFFGEN (eds.), *NK*, II, 2005, §241, nmm. 4-5; ESER, en SCHÖNKE/ SCHRÖDER, *StGB*, 2006, §241, nm. 2; MUÑOZ CONDE, *PE*, 2007, p. 158; COLINA OQUENDO, en RODRÍGUEZ RAMOS (coord.), *CP*, 2007, p. 406; CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN et alt., *PE*, 2008, p. 179; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 2008, p. 142; FISCHER, *StGB*, 2009, §241, nm. 2. En la doctrina penal española, esta opinión contraria se viene apoyando en alguna medida –al menos, implícitamente– en la tradición histórica, ya que, como es sabido, los anteriores códigos penales españoles hacían alusión a la “seguridad” y a la “tranquilidad” (cfr. BARQUÍN SANZ, loc. cit., pp. 84 ss.). Sin embargo, además de que el argumento podría ser, ahora, vuelto del revés (dado que el CP vigente habla exclusivamente de “delitos contra la libertad”), en todo caso, nunca puede ser decisiva la rúbrica legislativa para resolver la cuestión de por qué razones –y en qué medida– se puede justificar, desde el punto de vista político-criminal, la existencia de una determinada prohibición penal. A estos efectos, la rúbrica puede, en el mejor de los casos, darnos indicaciones más o menos precisas acerca de cuál era la intención de legislador. Pero nunca podrá resolver la cuestión (fundamental, para quien, como es mi caso, crea profundamente en la inevitabilidad de una profunda interpretación valorativa y teleológica de cualquier tipo penal) de si dicha intención resulta o no político-criminalmente justificable.

libertad, etc.) y supraindividuales (medio ambiente, ordenación del territorio, paz, etc.), y no necesita una protección separada, por no quedar margen alguno (espacio sin protección bastante)⁷¹ para ella⁷². En suma, pues, la seguridad sólo tiene sentido, en tanto que bien jurídico autónomo, como un bien jurídico supraindividual distributivo: ni la seguridad de todos los sujetos, ni tampoco la seguridad de todos los bienes jurídicos (ni, menos aún, el sentimiento de seguridad), pueden ser reconocidos como un objeto legítimo de protección por parte del Derecho Penal^{73 74}.

⁷¹ Entiéndaseme: de lo que se trata, cuando identificamos y definimos bienes jurídicos (esto es, pretendidas justificaciones morales de las intervenciones jurídicas coactivas), no es de constatar si, de hecho, la protección jurídica de un determinado interés es eficaz en términos empíricos. Pues, aunque se comprobase que efectivamente no lo es (que, dada la situación social –el Nápoles de la *Camorra*, por ejemplo- en la que las normas jurídicas coactivas están operando, la prohibición de, digamos, las detenciones ilegales no funciona adecuadamente), ello no justificaría extender la intervención jurídica coactiva a nuevas áreas de la vida social, a nuevos intereses (restringiendo aún más la libertad personal), sino tan sólo mejorar, desde el punto de vista instrumental, la protección ya existente y previamente justificada. Es decir, cualquier nueva regulación, más restrictiva de libertad, deberá ser justificada por referencia al mismo objeto de protección que las antiguas, no mediante la invención –ilegítima en principio- de otro nuevo. Así, cuando afirmo que, salvo algunas veces en el caso de los grupos sociales vulnerables, la seguridad de los individuos no puede justificar autónomamente una intervención jurídica coactiva, lo que estoy queriendo decir es que todos aquellos intereses, derivados del derecho subjetivo a la seguridad, que merecen ser protegido en tales casos lo están ya (sea con eficacia o sin ella).

⁷² Y, por supuesto, en tercer lugar, porque, aunque la interesada propaganda de los estados pretenda confundirnos y hacernos creer otra cosa, lo único que constituye el objeto de un derecho subjetivo es la seguridad de los individuos, por lo que aquellas intervenciones jurídicas coactivas que no van dirigidas directamente a preservarla (por ejemplo: buena parte de las regulaciones penales “antiterroristas”, que atienden más bien a la preservación del sistema político) deberán buscar su eventual justificación en otra parte.

⁷³ Es ésta, pues, la razón de que (casi) no sean necesarios delitos contra la seguridad de las personas. No, por lo tanto, que no exista un derecho humano (y, en nuestro Ordenamiento jurídico, también uno fundamental) a la seguridad. En este sentido, creo que el debate sobre la existencia de dicho derecho, que se viene produciendo (por razones eminentemente políticas) en los últimos años en la doctrina jurídico-constitucional de los países occidentales (cfr. ISENSEE, Josef: *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Walter de Gruyter, Berlin, 1983; ROBBERS, Gerhard: *Sicherheit als Menschenrecht*, Nomos, Baden-Baden, 1987; GUSY, Christoph: *Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe – Verfassungsfragen der, Saatsaufgabe Sicherheit*, en *Die Öffentliche Verwaltung* 1996, pp. 573 ss.; HASSEMER, Winfried: *Zum Spannungsverhältnis von Freiheit und Sicherheit. Drei Thesen*, en *Vorgänge* 159 (2002), pp. 10 ss.; BIELEFELDT, Heiner: *Freiheit und Sicherheit im demokratischen Rechtsstaat*, Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin, 2004; BRUGGER, Winfried: *Freiheit und Sicherheit*, Nomos, Baden-Baden, 2004; DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: *Los derechos fundamentales a la protección penal*, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 78 (2006), pp. 333 ss.), está fundamentalmente desenfocado, puesto que la clave del mismo estriba más bien, en mi opinión, en que de la legitimidad moral –difícilmente cuestionable, a mi entender- del derecho a la seguridad no se deducen necesariamente las consecuencias normativas que sus sostenedores más conservadores han querido extraer, sino más bien otras muy diferentes.

⁷⁴ Además, incluso cuando se trata de la protección de la seguridad de los grupos sociales más vulnerables (en los términos vistos), resulta difícil hallar alguna hipótesis en la que dicha seguridad justifique por sí sola una intervención penal. De hecho, lo normal será lo contrario: que –como ocurre en el caso de las amenazas colectivas- el ataque a la seguridad del grupo social signifique únicamente un plus de lesividad en la acción, sobre la que la misma conlleva siempre, respecto de otro bien jurídico (generalmente individual, aunque no necesariamente). Y ello, porque, como he señalado, lo normal es que el derecho subjetivo a la seguridad sea protegido, indirectamente, mediante la preservación de otros bienes jurídicos. Aunque, desde luego, no es posible descartar por completo la posibilidad de que en algún caso, infrecuente, la intervención jurídica coactiva –incluso la jurídico-penal- puedan llegar a justificarse específicamente para proteger principalmente dicha seguridad del grupo social (vulnerable): estoy

Más aún, como ya he advertido, el ataque a la seguridad del grupo social vulnerable no existe cada vez que haya amenazas contra alguno –ni siquiera muchos– de sus miembros. De hecho, aquí estriba la diferencia esencial entre esta tercera interpretación, más restrictiva, de las amenazas colectivas y la segunda que expuse más arriba. Por el contrario, para que pueda apreciarse dicho ataque a la seguridad (y, por consiguiente, un plus de lesividad diferenciada, que justifique la aplicación del tipo cualificado de amenazas colectivas), es necesario que exista una diferencia cualitativa, no meramente cuantitativa, en las amenazas llevadas a cabo. Dicha diferencia cualitativa existirá cuando se den tres condiciones. La primera es que, como he indicado más arriba, no es suficiente con que exista una pluralidad de amenazas individuales, sino que es preciso que los individuos ostenten una misma identidad (social), reconocida por ellos mismos y por terceros. En segundo lugar, he señalado también que será necesario que los miembros del grupo social en cuestión sean particularmente vulnerables a la lesión de sus bienes jurídicos individuales precisamente por su pertenencia a dicho grupo (y debido a la desigual distribución de recursos y de poder que sufre el grupo).

Estas dos son, desde luego, condiciones necesarias para que se pueda apreciar el plus de lesividad, pero difícilmente podrían ser consideradas suficientes. Pues con ellas todavía no se ha definido en qué consiste la lesión de la seguridad del grupo social como bien jurídico autónomo, sino que nos hemos limitado a determinar en qué situaciones puede existir tal lesión. ¿En qué consiste, entonces, la lesión en sí? En mi opinión, existe lesión de la seguridad de un grupo social vulnerable, a través del ataque a los bienes jurídicos individuales de sus miembros (homicidios, lesiones, amenazas, coacciones, detenciones ilegales, agresiones sexuales, etc.), cuando las características del ataque, unidas a los rasgos –determinantes de la vulnerabilidad– de la estructura social en la que el grupo social está ubicado, hacen que la reacción racional de los

pensando en aquellas situaciones que pueden justificar la creación de un *Klimadelikte* (una actuación que en sí misma no resulta lesiva ni peligrosa para ningún bien jurídico, pero que, sin embargo, debido al medio social en el que la misma es llevada a cabo, contribuye causalmente a crear un ambiente psicosocial –“pernicioso”– en el que resulta más probable que, en un futuro más o menos cercano, determinadas clases de lesiones de bienes jurídicos tengan lugar). Situaciones que, como he intentado argumentar con detenimiento en PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: “*Efecto social*” del hecho y merecimiento de pena: para una crítica de la política criminal de la seguridad, en PEGORARO, Juan/MUÑAGORRI, Ignacio (eds.): *Órdenes normativos y control social en Europa y en América Latina*, Dykinson, Madrid, en prensa, sólo pueden darse muy excepcionalmente.

miembros del grupo social sea la de autolesionar, o consentir en la lesión por parte de terceros, de otros bienes jurídicos suyos (de la misma víctima o de otros miembros del grupo, que se ven a sí mismos, racionalmente, como víctimas potenciales) que en principio no han sido afectados por la lesión directa inicial. Es decir, cuando, debido al ambiente social preexistente, la primera lesión de bienes jurídicos produce reacciones racionales de los titulares de bienes jurídicos consistentes en renunciar –normalmente, sólo en parte- al disfrute de alguno de sus bienes jurídicos.

Así, por ejemplo, una persona de etnia africana que habita en –pongamos- El Ejido puede recibir amenazas que tengan que ver únicamente con un conflicto individual suyo, en cuyo caso sólo su libertad individual de decisión se ve afectada. Pero, cuando las amenazas se dirijan contra él por formar parte del grupo social (aquí, diferenciado conforme a criterios étnicos), entonces es posible –aunque no necesario- que él u otros miembros del grupo deban reaccionar, racionalmente, autolimitándose: dejando de salir a la calle a ciertas horas, dejando de mantener relaciones sexuales con personas de otras etnias, cerrando negocios demasiado expuestos a la luz pública, etc. En tales casos, aun si el sujeto o sujetos no reaccionan en el caso concreto de este modo (porque son especialmente valientes, o temerarios), existirá un ataque adicional a sus bienes jurídicos individuales, además del que cualquier amenaza conlleva. Ataque que no existiría si el amenazado hubiese sido un individuo de etnia caucásica: en ese caso, el sujeto tendría bastante, para ver suficientemente protegida su seguridad, con acudir a la policía o a otros medios de protección existentes en el Ordenamiento jurídico, no viéndose “obligado” (inducido) a dejar de salir a la calle.

En mi opinión, en suma, el plus de lesividad derivado de la lesión de la seguridad de un grupo social vulnerable tiene que ver con lo que en otro lugar he denominado *lesividad colateral* de las acciones lesivas de bienes jurídicos individuales (con una forma de ella)⁷⁵. Y, como he apuntado allí también, para que dicha lesividad colateral pueda ser tomada en consideración a la hora de valorar el merecimiento de pena de una acción, no sólo es necesario que la misma resulte imputable a la acción – aquí, de amenazas- tanto desde el punto de vista objetivo (es decir, que resulte previsible la reacción de autolesión de la víctima o de las víctimas potenciales) como subjetivo (que el autor de las amenazas obre con dolo también respecto de dicha lesividad colateral), sino que es preciso además que el autor haya realizado acciones directamente tendentes a provocar el surgimiento de dicha lesividad colateral (dicha autolesión por parte de la víctima o víctimas potenciales). Lo que, en el caso concreto de las amenazas, quiere decir que el autor de las amenazas deberá haber realizado alguna actuación destinada a dotar a su amenaza de una relevancia comunicativa

⁷⁵ Vid. PAREDES CASTAÑÓN, en PEGORARO / MUÑAGORRI (eds.), *Órdenes normativos*.

extraordinaria, perceptible para los terceros en quienes se desea producir el efecto colateral.

Así, por ejemplo, solamente debería considerarse que –por razones de lesividad colateral- el merecimiento de pena de unas amenazas racistas resulta mayor que aquél que se deriva de la lesión del bien jurídico libertad que sufre la víctima directa cuando el autor (o alguien de acuerdo con él) realiza, adicionalmente, actuaciones destinadas a dotar a su acción lesiva de una relevancia comunicativa extraordinaria (superior a la que se deriva del hecho mismo de la agresión), perceptible para terceros a quienes se desea inducir a autolesionar sus bienes jurídicos: cuando, por ejemplo, la amenaza se realiza mediante mensajes racistas amenazantes escritos en la pared exterior de la vivienda, para advertir a otros miembros del grupo étnico objeto de su odio. Pero no en otro caso: si el agresor racista se limita a amenazar, sin ulterior actividad comunicativa unida a aquella, la lesividad colateral que, eventualmente, pueda producirse no debería, conforme al principio de responsabilidad por el hecho, ser tomada en consideración para determinar el grado de merecimiento de pena de su agresión. Por lo que se le debería castigar únicamente por un delito de amenazas individuales (eventualmente, con la agravación prevista en el art. 22,4º CP), no por el de amenazas colectivas.

La consecuencia, entonces, de esta tercera interpretación, restrictiva, de las amenazas colectivas es que ni cualquier grupo social resulta susceptible de ser protegido legítimamente a través del delito de amenazas colectivas (sólo lo son los particularmente vulnerables), ni tampoco siempre que se amenaza a miembros –aun a varios- de un grupo social especialmente vulnerable tiene que existir necesariamente el delito de amenazas colectivas (hace falta que, además, exista las amenazas se lleven a cabo de tal forma que se pueda detectar en ellas una actuación que de modo intencional y previsible pretende producir actuaciones futuras de autolimitación en el disfrute de su libertad individual de acción por parte de los miembros del grupo social).

En mi opinión, esta interpretación restrictiva es preferible a la segunda antes expuesta (la única otra alternativa plausible, dado que, como expliqué más arriba, la primera interpretación posible –que estemos ante un delito contra el sentimiento de seguridad- no puede ser aceptada), pues sólo ella proporciona una auténtica razón de ser para la existencia del delito como figura diferenciada y con una pena significativamente más elevada que el de amenazas individuales. En efecto, la otra interpretación, la que se conforma, para la apreciación del delito de amenazas colectivas, con que exista un ataque a un conjunto interrelacionado de bienes jurídicos individuales de libertad, no resulta, a mi entender, capaz de justificarla de un modo satisfactorio. Así, por una parte, si se entiende que, como afirma la jurisprudencia, el delito de amenazas colectivas *“tutela a cualquier organización, colectivo o grupo de*

*personas a las que se amenaza genéricamente, con la gravedad necesaria para conseguirlo y con indeterminación de la persona concreta en que pudiera actualizarse el contenido de la amenaza*⁷⁶, no se comprende por qué la conducta debería ser más grave que la de amenazas individuales, por cuanto que se trataría de un conducta de mero peligro (concreto, o incluso –dependiendo de cómo se interprete- abstracto), menos lesiva para el bien jurídico libertad que las amenazas individuales consumadas, al no exigirse aquí, para la consumación, que ningún individuo en concreto se hubiese sentido amenazado⁷⁷.

Por otra parte, si se piensa, por el contrario, que sí que es necesaria la consumación de una pluralidad de amenazas individuales (interrelacionadas, en razón de la pertenencia común a un grupo social de todos los individuos amenazados), entonces es preciso hallar un límite adecuado entre el mero concurso (que generalmente será un concurso ideal homogéneo) de una pluralidad de delitos de amenazas individuales y el delito de amenazas colectivas⁷⁸. Pues parece claro que no

⁷⁶ Vid., en este sentido, las STS 6-3-2006 (Westlaw, RJ 2006/1810) y 26-2-2007 (Westlaw, RJ 2007/948).

⁷⁷ En este sentido, no creo que (contra lo que sostiene DÍEZ RIPOLLÉS, en el mismo/ GRACIA MARTÍN (coords.), *PE*, I, 1997, p. 806) el pretendido desvalor subjetivo adicional de la acción (derivado del elemento subjetivo del injusto que se interpreta que es necesario exigir) pueda proporcionar una justificación suficiente a la elevación de la pena... especialmente, si es que nos hallamos ante un mero delito de peligro, respecto a la pena del delito de lesión (las amenazas individuales del art. 169 CP).

⁷⁸ Y determinar, además, cuál es la solución que ha de darse al concurso entre los unos y el otro: ¿debería consumir el delito de amenazas colectivas el desvalor de todas las amenazas individuales producidas mediante la misma acción? ¿o debería apreciarse un concurso de delitos (generalmente ideal), aplicándose la pena del delito de amenazas colectivas (que, como es sabido, en el caso del art. 170.1 CP, es ya la pena superior en grado a la de las amenazas individuales de mal constitutivo de delito) en su mitad superior? Por supuesto, la cuestión cobraría todavía mayor relevancia práctica si, en algún supuesto concreto (improbable, pero no imposible), no existiera unidad de acción –ni relación medial- entre la pluralidad de amenazas individuales y las amenazas colectivas (por ejemplo, porque el curso de la actuación amenazante se hubiese prolongado en el tiempo, consistiendo de acciones de amenaza genérica a todo el grupo social y, además, de acciones específicas de amenaza a un número respetable de sus miembros), ya que, dado que en este grupo de delitos el art. 74.3 CP prohíbe aplicar la figura del delito continuado, habría que optar entre la consunción y la acumulación de penas. En mi opinión, hay que inclinarse en todos los casos por la solución del concurso de delitos. Ello es fácil de justificar cuando, como yo, se parte de la base de que el delito de amenazas colectivas es un delito pluriofensivo. Pero no lo es tanto desde otros puntos de partida, los que en el texto se critican. Así, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, en el mismo/ GRACIA MARTÍN (coords.), *PE*, I, 1997, p. 807, sostiene que, en el caso de que se amenace efectivamente a varios miembros del grupo social, debería apreciarse un concurso (que, no lo olvidemos, muchas veces será un concurso real) entre varios delitos *del art. 170.1 CP* (hay que entender que sobre la base de la concurrencia de la finalidad –elemento subjetivo adicional del injusto- de intimidación colectiva en cada uno de ellos). Pero dicha solución concursal parece comportar –en el marco de la interpretación desde la que se formula- un *bis in idem*, ilegítimo y generador de una desproporción injustificada en la respuesta punitiva, en la medida en que la pena de cada una de las conductas de amenazas individuales (que, según se propone, habría que entender que coincide completamente, por lo que hace a su entidad objetiva, con la descrita en art. 169 CP) se vería agravada exclusivamente sobre la base de que se pudiera probar en cada una de ellas la existencia de la intención adicional de afectar no sólo al directamente amenazado, sino también a terceros. De manera que en esta interpretación se

puede resultar suficiente que algunos miembros de un grupo social hayan sido amenazados para que las amenazas colectivas existan⁷⁹, ya que ello (además de carecer de sentido en términos valorativos) privaría en buena medida de aplicación, en este ámbito, a la institución del concurso de delitos sin justificación alguna, creando una solución concursal *ad hoc* carente de una justificación suficiente. Por otra parte, y a pesar del tenor literal del art. 170.1 CP, tampoco parece bastante, desde el punto de vista de la lesividad (y del principio de responsabilidad por el hecho), con que en ese pequeño número de amenazas individuales contra miembros de un mismo grupo social exista además una finalidad de intimidación colectiva, si la misma no es actualizada también mediante algún comportamiento objetivo (idóneo). Así, en el marco de la interpretación extensiva que estamos considerando, la alternativa más plausible sería exigir que la amenaza fuese hecha saber efectivamente a todos los miembros del grupo social en cuestión, o al menos a la mayor parte de los mismos⁸⁰. Y, aun así, seguiría en pie la cuestión de si realmente tiene sentido, desde el punto de vista político-criminal (y sin entrar, a la vez, a cuestionar globalmente las reglas penológicas legalmente previstas en materia de concurso de delitos), que el concurso ideal de una multitud de delitos de amenazas tuviera siempre un efecto tan intenso de incremento de la pena, que no se produce en el caso de otros grupos de delitos, sólo por el hecho de que todos los individuos amenazados perteneciesen a un mismo grupo social y con independencia de cuál fuera éste.

produciría, de hecho, un “entrecruzamiento (de de las justificaciones) de las agravaciones” de las amenazas individuales: cada conducta de amenazas individuales serviría para fundamentar la concurrencia de la conducta descrita en el tipo básico (el del art. 169 CP) y, además, para justificar la aplicación, a otras muchas –e indeterminadas en número- conductas de amenazas individuales el tipo cualificado (conductas que, a su vez, justificarían la aplicación del tipo cualificado también a aquella primera). Dicho “entrecruzamiento” es, me parece, notoriamente contrario al principio *ne bis in idem*, por existir una superposición entre la significación, desde el punto de vista de la lesividad, de la conducta objetiva y la de la intención adicional (ya que no es posible olvidar que ambas tienen como punto de referencia los mismos bienes jurídicos libertad... cuyos titulares son, además, exactamente los mismos individuos, los miembros del grupo social).

⁷⁹ De otra opinión, sin embargo, Díez RIPOLLÉS, en el mismo/ GRACIA MARTÍN (coords.), *PE*, I, 1997, p. 807; CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN et al., *PE*, 2008, p. 184.

⁸⁰ BARQUÍN SANZ, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *Comentarios*, VI, 1999, p. 175. En contra, Díez RIPOLLÉS, en el mismo/ GRACIA MARTÍN (coords.), *PE*, I, 1997, p. 806, n. 147. Obsérvese que, en todo caso, también esa forma de interpretar el tipo penal del art. 170.1 CP –más extensiva que la que yo propongo– conllevaría importantes restricciones en el alcance de su ámbito de aplicación, en comparación con aquella extensión que el tenor literal potencialmente permite: quedarían fuera de dicho ámbito los casos en los que se amenaza genéricamente a un grupo social sin llevar a cabo al tiempo, de ningún modo objetivamente idóneo, una amenaza contra individuos; y, más todavía, también los casos en los que se amenaza a un pequeño número de los miembros de un mismo grupo social, pero no a la mayoría.

En un ejemplo: ¿tiene sentido castigar más (esto es, más que lo que corresponde a un mero concurso ideal de delitos) las amenazas dirigidas contra, por ejemplo, la mayor parte de los dueños de bancos de un país? Una primera posible respuesta sería afirmativa, sobre la base del argumento de que una conducta amenazante con un impacto comunicativo tan masivo ha de producir necesariamente un efecto social desestabilizador cualitativamente distinto de aquél que tiene lugar mediante el concurso de amenazas individuales (aun de muchas). Sin embargo, en realidad el impacto comunicativo masivo de una gran cantidad de actos lesivos es, precisamente, aquello que debería ser tomado en consideración siempre a la hora de decidir si el delito debería existir, así como de fijar su pena: a veces, sólo si tal impacto existe, la conducta, lesiva para un determinado bien jurídico, debería ser considerada lo suficientemente relevante en términos sociales como para ser convertida en delictiva (y no en otro caso)⁸¹; en otras ocasiones, por el contrario (es el caso de las amenazas), cada lesión individualizable del bien jurídico es ya suficientemente relevante, por lo que el carácter masivo de la lesión debe ser tomado en consideración más bien a la hora de fijar la pena, a través de las reglas penológicas de las distintas formas de concurso de delitos. En todo caso, mientras sigamos refiriéndonos a un bien jurídico individual (como lo es el de la libertad individual de acción), en el que, por definición, no puede procederse a la agregación de las lesiones que tengan por sujeto pasivo a individuos diferentes, el mero número de las lesiones del bien jurídico (de un conjunto de bienes jurídicos pertenecientes a una misma clase, en realidad), aun si es muy elevado, no puede justificar un tratamiento diferenciado⁸². Ello no obsta, por supuesto, a que en algún caso el carácter masivo del ataque al bien jurídico individual dé lugar a que la misma acción constituya al tiempo un ataque a otro bien jurídico

⁸¹ Vid. supra n. 53. En el trabajo que se cita allí he defendido, por ejemplo, que buena parte de las insolvencias punibles deberían ser despenalizadas (o, en defecto de ello, interpretadas de manera extremadamente restrictiva), por faltar en ellas dicho componente de relevancia social (desestabilizadora).

⁸² Esta argumentación, por cierto, resulta también de aplicación a otros tipos cualificados que aparecen a lo largo del CP, especialmente en materia de delitos patrimoniales: así, hay que interpretar que las agravaciones contenidas en los arts. 235,3º, 250,6º, 271,b) y 276.b) CP, cuyo supuesto de hecho es que el hecho (respectivamente: el hurto, la estafa, el delito contra la propiedad intelectual o el delito contra la propiedad industrial) “*revista especial gravedad*”, se aplican únicamente a aquellos casos en los que el sujeto pasivo del delito es único (y cuando, además, sea posible preservar la unidad de delito). Por el contrario, cuando exista una pluralidad de sujetos pasivos, habrá que recurrir al concurso de delitos (o, en su caso, a esa regla concursal excepcional que es el delito masa del art. 74.2 CP). Vid., en este sentido, ya PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *La protección penal de las patentes e innovaciones tecnológicas*, McGraw-Hill, Madrid, 2001, p. 239.

diferente, de naturaleza supraindividual: que –por ejemplo- un ataque masivo al patrimonio constituya, además, un ataque al orden socioeconómico, o un ataque masivo a la libertad, también uno a las instituciones políticas. Pero tal posibilidad no surge de manera automática, hace falta que exista un verdadero ataque adicional a un interés colectivo perfectamente distinguible (e imputable), lo que no concurre siempre. Y, en todo caso, nada tiene que ver con la cuestión de cómo hayan de valorarse los varios ataques al bien jurídico individual: en otras palabras, la acumulación de lesiones a un bien jurídico individual –a un conjunto homogéneo de ellos- no produce necesariamente *per se* una lesión de un bien jurídico supraindividual (de hecho, lo contrario es lo usual: por regla general, los bienes jurídicos individuales “se defienden solos”, es decir, poseen su propio contenido material autónomo y, por ello, salvo en casos excepcionales, las acciones que les afectan son distintas de las que afectan a otros bienes jurídicos, también a los supraindividuales).

Por lo tanto, en mi opinión, la única forma en la que resulta posible intentar justificar la existencia de un delito de amenazas colectivas es hallar en el mismo, además del ataque al bien jurídico individual libertad, un elemento añadido de pluriofensividad, referido a otro bien jurídico, supraindividual. Sin embargo, no es posible encontrar un bien jurídico supraindividual afectado cada vez que todos los individuos pertenecientes a un mismo grupo social –a cualquier grupo social- son amenazados en bloque. De hecho, como he apuntado, dicho componente de pluriofensividad sólo existe siempre cuando se trata de grupos sociales particularmente vulnerables y, además, sus posibilidades de acceso a la protección jurídica coactiva de (todos o algunos de) los bienes jurídicos individuales de sus miembros se ven de hecho muy limitadas. En otro caso, tal concurrencia de pluriofensividad será meramente eventual, no necesaria, por lo que ha de ser tratada a través de instituciones concursales, no de un tipo penal pluriofensivo.

Como es obvio, parece difícil compatibilizar una interpretación tan restrictiva del contenido de antijuridicidad material del delito de amenazas colectivas con el tenor literal del art. 170.1 CP. Pues ya hemos visto que el mismo se limita a exigir que las amenazas “*fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas*”. La cuestión, entonces, estriba en establecer cuál es el límite a la

interpretación restrictiva admisible del tipo, por razones valorativas (aquí, de lesividad y de responsabilidad exclusivamente por hechos propios). En este sentido, creo que resulta más fácil, para empezar, concordar en que, como más arriba se apuntaba, es preferible dar una interpretación objetivista (en términos de peligrosidad), y no subjetivista (en términos de elementos subjetivos del injusto), a la expresión “dirigidas”⁸³: es conveniente, en efecto, partir más bien de una interpretación objetivista (negando, pues, la necesidad de un elemento subjetivo del injusto, de resultado cortado), que resulta compatible con el tenor literal del tipo y que –según hemos visto– es, además, político-criminalmente más adecuada; entendiéndolo, así, que se trata de aquellas amenazas (de mal constitutivo de delito) que –a sabiendas– resulten previsiblemente idóneas para “*atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas*”.

Más discutible es si se puede ir aún más lejos en la restricción. Esto es, si hay que negar la aplicación del tipo penal del art. 170.1 CP (aplicando, entonces, en su lugar el art. 169 CP... o, en su caso, si se dan los requisitos adicionales de lesividad –de pluriofensividad– exigidos, el art. 577 o el art. 572.1,3º CP) cuando, como he señalado, el grupo social afectado colectivamente por las amenazas no pueda ser calificado como particularmente vulnerable (por ejemplo, los concejales que disfrutaran de escolta); o cuando las amenazas contra alguien especialmente vulnerable no son, sin embargo, realizadas empleando aquellos métodos publicitarios que las volverían idóneas para afectar, colateralmente, a otros miembros del grupo en cuestión. Como ya he señalado, en mi opinión, sólo una interpretación de esta índole garantiza suficientemente la existencia de aquella lesividad adicional que hace que la pena superior que se impone respete, pese a todo, el principio de proporcionalidad de las sanciones. Por ello, entiendo (aun aceptando que resulta discutible, por depender fundamentalmente de qué teoría de la interpretación se mantenga) que, al constituir una interpretación restrictiva *pro reo*, que no choca con el principio de legalidad penal y que viene avalada, además, por buenas razones valorativas, resulta preferible a cualquier otra.

⁸³ De otra opinión, POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *PE*, I, 1996, pp. 239-240, 252-253; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en BAJO FERNÁNDEZ (dtor.), *PE*, II, 1998, p. 70.

Lo dicho choca, desde luego, frontalmente con la praxis jurisprudencial habida hasta hoy, a la hora de interpretar y de aplicar el precepto. En efecto, en la misma, en las pocas ocasiones en las que se ha llegado a aplicar efectivamente el tipo penal del art. 170.1 CP (o su equivalente en el código derogado), la tendencia ha sido, sin embargo, inequívocamente la de aplicarlo como una especie de intervención anticipada de la intervención penal en relación con la constituida por los delitos de amenazas individuales (intervención que, según la misma –y, según hemos visto, desacertada- interpretación jurisprudencial, constituiría ya de por sí una intervención anticipada, sobre la base del mero peligro, en la protección de la libertad)⁸⁴. Me parece evidente, no obstante, que, por las razones expuestas, esta forma de intervención anticipada (que, además, según la jurisprudencia, constituiría una doble anticipación) no puede resultar justificada desde el punto de vista político-criminal (además de promover claramente la inseguridad jurídica)⁸⁵ y que, por ello, es necesario optar por soluciones interpretativas más razonables (y más restrictivas) para aplicar el tipo penal de amenazas colectivas. Varias son, como hemos visto, las alternativas posibles; todas ellas preferibles a la irracionalmente extensiva interpretación jurisprudencial. Y, de entre ellas, es la más restrictiva (la que limita el ámbito del tipo al caso de ciertos grupos sociales especialmente vulnerables) la que, en mi opinión, debería ser preferida (aun cuando algunas de las otras también posean sentido desde el punto de vista político-criminal, lo que difícilmente puede decirse en el caso de la interpretación sostenida por la jurisprudencia).

NOTAS

El presente trabajo ha sido escrito en homenaje a Tomás S. Vives Antón y estaba pensado para formar parte del volumen colectivo que se publica en su honor. Y, aun cuando mi inexcusable retraso en terminarlo haya hecho imposible su inclusión en aquel volumen, no quiero dejar por ello de hacer explícito aquí mi homenaje a su persona y a su labor, así como desearle todas las venturas de aquí en adelante.

A lo largo de este trabajo, el término *delito* se emplea en su sentido genérico de acción típicamente antijurídica (incluyendo, pues, tanto las infracciones penales graves y menos graves como las faltas del CP español).

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., Espasa, Madrid, 2001, p. 136.

Las ulteriores distinciones entre amenazas condicionales y no condicionales, así como, de entre aquellas, entre las que obtienen su propósito –el cumplimiento de la condición- y las que no lo obtienen, resultan en

⁸⁴ Vid. las STS 6-3-2006 (Westlaw, RJ 2006/1810) y 26-2-2007 (Westlaw, RJ 2007/948), así como la STSJ-País Vasco 17-4-2004 (Westlaw, ARP 2004/244).

⁸⁵ Lo pone de manifiesto con acierto Perfecto Andrés Ibáñez en su Voto Particular a la STS 26-2-2007, aun cuando no apunte directamente a la verdadera razón (dogmática... ya que, como es obvio, hay otras de naturaleza puramente política) de dicha inseguridad.

todo caso secundarias, puesto que exigen, previamente, que se haya delimitado suficientemente que existe una acción típica de amenazas.

En el mismo sentido, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis: *El injusto de las amenazas condicionales con mal no delictivo (criterios de delimitación)*, en CPC 44 (1991), pp. 421-422.

SEARLE, John R.: *Actos de habla*, trad. L. M. Valdés Villanueva, 4ª ed., Cátedra, Madrid, 1994, pp. 25-31. Vid., en el mismo sentido, RUIZ ANTÓN, Luis Felipe: *La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras*, en ADPCP 1998, pp. 5 ss., passim.

Para la explicación de estos conceptos, cfr. AUSTIN, John L.: *Cómo hacer cosas con palabras*, trad. G. R. Carrió/ E. A. Rabossi, Paidós, Barcelona, 1971 (reimpr. 1996), pp. 138-146.

Empleo el término “desvalor del hecho” para sustituir al tradicional de “desvalor del resultado” que, en mi opinión, y a pesar de estar ya acuñado, resulta equívoco, al conllevar casi inevitablemente la connotación de que dicho desvalor va unido al resultado (elemento típico de los delitos resultativos), cuando ello, evidentemente, no es cierto (ni siempre que hay resultado subsumible en la descripción legal hay desvalor del hecho ni, desde luego, para que exista desvalor del hecho tiene que haber ningún resultado). Así pues, el desvalor del hecho es el desvalor que se deriva del evento que tiene lugar y que consiste en el cambio (en el estado del bien jurídico, o –en el caso de los delitos de peligro– en sus expectativas) producido a resultas de la acción típica; y dicho desvalor tiene que ver con la lesión del bien jurídico (no, por lo tanto, con el desvalor, objetivo y subjetivo, de la acción: infracción del deber de conducta + estado mental relativo a dicha infracción).

RUIZ ANTÓN, ADPCP 1998, pp. 26-28; BLANCO SALGUEIRO, Antonio: *Cómo hacer cosas malas con palabras: actos ilocucionarios hostiles y los fundamentos de la teoría de los actos de habla*, en Crítica 118 (2008), pp. 12-18.

Según AUSTIN, *Palabras*, 1971, pp. 136-137, la acción locutiva puede, a su vez, ser descompuesta en tres acciones diferentes: acción fonética (emitir sonidos), acción fática (pronunciar palabras y frases de una lengua) y acción rética (proferir enunciados significativos). Obviamente, a nosotros nos interesa sobre todo esta última.

Vid. KNAPP, Mark L.: *La comunicación no verbal*, trad. M. A. Galmarini, Paidós, Barcelona, 2001, passim; el mismo/ HALL, Judith: *Nonverbal Communication in Human Interaction*, 6ª ed., Thomson/ Wadsworth, Melbourne, 2005, passim.

ANSCOMBE, G. E. M.: *Intención*, trad. A. I. Stellino, Paidós, Barcelona, 1991, pp. 47-49, 152-157.

Por supuesto, el recurso a dicho análisis y a dicha fenomenología permite extraer más consecuencias interpretativas para el tipo penal de amenazas que las que en el texto se exponen, pero ninguna de ellas tiene que ver con la cuestión central, que aquí nos ocupa, de la naturaleza y umbral mínimo de la lesividad que ha de poseer una acción amenazante para resultar penalmente típica. Me limito, por ello, a enumerarlas: a) la acción futura comprometida puede ser cualesquiera con eficacia causal para ocasionar “un mal”; b) el compromiso de acción futura debe ir dirigido a causar “un mal” a alguien determinado; c) el compromiso de acción futura puede referirse al propio sujeto amenazante o a terceros; pero d) tiene que existir, pese a todo, alguna conexión entre el sujeto amenazante y aquél a quien se compromete para el futuro (no necesariamente de identidad, pero sí, al menos, de sucesión).

VOSENKUHL, Wilhelm: *Mal*, en HÖFFE, Otfried (ed.): *Diccionario de Ética*, trad. J. Vigil, Crítica, Barcelona, 1994, pp. 180-181.

Las distintas interpretaciones en esta línea varían en cuanto a los límites de este concepto: si se refiere sólo a eventos ocasionados por acciones que constituyan infracciones (de mandatos o de prohibiciones), si también se refiere a eventos disvaliosos imputables a acciones no disvaliosas; si en la valoración del evento influyen o no consideraciones de orden moral (valores), principios generales del Derecho, etc.;...

Carece de importancia “casi por completo”, y no por completo, ya que, como es obvio, en casos extremos, de absoluta inverosimilitud presente de la acción comprometida, puede cambiar la interpretación misma de la acción locutiva realizada, privándola de su sentido amenazante.

Cfr. LORENZO SALGADO, José Manuel: *El delito de amenazas: consideraciones sobre el bien jurídico protegido*, en SEMINARIO DE DERECHO PENAL/ INSTITUTO DE CRIMINOLOGÍA (coords.): *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, pp. 443, 456, 466-467; BARQUÍN SANZ, Jesús, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dtor.): *Comentarios al Código Penal*, VI, Edersa, Madrid, 1999, pp. 112-121.

Por ello, parece haber cierta contradicción cuando MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 158-159, defiende al mismo tiempo que el bien jurídico protegido en las amenazas no condicionales es el sentimiento de seguridad y que, no obstante, no es necesario que las amenazas lleguen a intimidar efectivamente a nadie.

Naturalmente, ello no es óbice para que la causación de algunos de dichos miedos pueda estar justificada: el policía que amenaza a un delincuente armado, por ejemplo, realiza una acción que es amenazante (en

los términos exigidos por el tenor literal del tipo) y también lesiva, aunque resulte justificada por el ejercicio legítimo del cargo.

Pues, desde luego, cabría también, desde esta perspectiva, concebir el delito de amenazas como un delito de aptitud –delito de peligro abstracto- y conformarse, para la consumación, con la idoneidad de la acción amenazante para causar miedo. Sin embargo, ello volvería a suscitar las objeciones de irracionalidad político-criminal más arriba apuntadas, tanto desde el punto de vista del principio de fragmentariedad de la tipicidad penal como desde el del principio de proporcionalidad de las sanciones.

No, desde luego, *contra legem*, pues ya hemos visto que la descripción legal es extremadamente vaga. Pero sí, como intentaré argumentar, sin un fundamento valorativo adecuado para ello.

FERNÁNDEZ-ABASCAL, Enrique G.: *Psicología de la motivación y de la emoción*, en el mismo: *Psicología general: motivación y emoción*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997 (reimpr. 1999), p. 35.

Vid. GOLDIE, Peter: *The Emotions*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 12-28, 37-47, con ulteriores referencias. En todo caso, no es preciso –aunque pueda ocurrir- que ese conjunto de estados mentales que agrupamos bajo el término “*sentimiento*” posea una estructura que resulte susceptible de reconstrucción en términos lógicos, de racionalidad práctica: por el contrario, muchas veces los “*sentimientos*” pueden resultar “*irracionales*”, de tal manera que los distintos estados mentales intencionales que los conforman no resulten bien coordinados entre sí (RORTY, Amélie Oksenberg: *Explaining emotions*, en la misma (ed.), *Explaining emotions*, University of California Press, Berkeley/ Los Ángeles/ Londres, 1980, pp. 103 ss.

FERNÁNDEZ-ABASCAL: *Las emociones*, en el mismo: *Motivación*, 1997, pp. 174-177.

JAREÑO LEAL, Ángeles: *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 20-21.

Obviamente, esta afirmación presupone una determinada concepción de la moral, que aquí no es posible desarrollar. Bastará, de cualquier forma, con que se acepte que una característica necesaria de la misma es siempre la posibilidad de universalizar sus normas (vid., por todos, BRANDT, Richard B.: *Teoría Ética*, trad. E. Guisán, Alianza Editorial, Madrid, 1982 (reimpr. 1998), pp. 35-43). Pues, conforme a esta característica, incluso el autor estándar de abusos sexuales a menores acepta que los mismos son moralmente reprobables y que su evitación no lo es.

Ya en PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal*, en Eguzkilore 20 (2006), pp. 132-134, he distinguido entre la inseguridad real y el sentimiento de inseguridad como conceptos distintos y con funciones político-criminales completamente diferentes. Lo que en el texto se apunta no es sino un desarrollo y una aplicación específica de lo allí explicado.

JAREÑO LEAL, *Amenazas*, 1997, pp. 20-21.

El desvalor del hecho, por supuesto (que se derivaría del sentimiento de miedo ocasionado). Pero también el desvalor de la acción: tanto el objetivo (el deber de conducta de los sujetos actuantes estaría determinado por la peligrosidad previsible de sus posibles acciones para los sentimientos de aquellas personas con quienes interactúan y se comunican), como el subjetivo (el dolo del autor consistiría en el conocimiento y aceptación del carácter emocionalmente perturbador de su acto de habla).

GRZIB, Gabriela/ BRIALES, Cristian: *Psicología general*, 2ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 462.

Como apuntan FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Dolores: *El chantaje*, PPU, Barcelona, 1995, p. 77; REBOLLO VARGAS, Rafael, en CÓRDOBA RODA, Juan/ GARCÍA ARÁN, Mercedes (dtor.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 199, n. 35, es esto, precisamente, lo que ocurre en el caso del sentimiento de miedo o intranquilidad que puede producir la acción amenazante: que es un efecto reflejo de la lesión del bien jurídico, pero que no forma parte, en sentido estricto, de dicha lesión.

En síntesis, en mi concepción (que, sin duda, está necesitada tanto de un desarrollo más detallado como, sobre todo, de una fundamentación suficiente, retos ambos que intento abordar en un trabajo actualmente en preparación), el principio (político-criminal) de exclusiva protección de bienes jurídicos debe ser definido –estipulativamente- a través del “principio del daño” (*harm principle*: vid., por todos, FEINBERG, Joel: *The Moral Limits of the Criminal Law, I: Harm to Others*, Oxford University Press, New York, 1984, *passim*, esp. pp. 31 ss., con ulteriores referencias); y, en términos generales (a salvo de alguna excepción, irrelevante a nuestros efectos), sólo a través de él. Eso sí, asumiendo un concepto de daño que sea lo suficientemente amplio como para incluir también ciertas formas de daño no material. Pero no cualesquiera. Así, en todo caso, cuando lo que existe es exclusivamente –por ejemplo- una ofensa, esto es, un efecto emocionalmente desagradable (y moralmente reprobable), pero sin impacto causal duradero sobre las posibilidades de acción futuras del sujeto (daño auténtico, en el sentido –igualmente, por estipulación- aquí relevante), en mi opinión, ello no podría justificar una intervención jurídica coactiva sobre la libertad individual, mediante prohibiciones y sanciones (menos aún mediante prohibiciones bajo

amenaza de pena),... aunque sí, desde luego, otras formas de intervención menos agresivas (como, por ejemplo, la obligación de compensar los “daños morales” o psíquicos, o la sujeción de la realización de la actividad ofensiva a ciertos controles o restricciones).

Vid. DWECK, Carol S.: *Implicit theories as organizers of goals and behavior*, en GOLLWITZER, Peter M./ BARGH, John A. (eds.): *The Psychology of Action*, Nueva York/ Londres, Guilford Press, 1996, pp. 69 ss.

CANO-VINDEL, Antonio: *Modelos explicativos de la emoción*, en FERNÁNDEZ-ABASCAL, *Motivación*, 1997, pp. 148-154; GRZIB/ BRIALES, *Psicología*, 1999, pp. 462-465.

En efecto, el momento decisivo para la lesión del bien jurídico es el momento de la percepción del mensaje amenazante por parte del receptor: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Chantaje*, 1995, p. 185; POLAINO NAVARRETE, Miguel, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dtor.): *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial*, I, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 241, 242; JAREÑO LEAL, *Amenazas*, 1997, p. 41; JORGE BARREIRO, Agustín, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dtor.): *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 486; DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo: *El delito de amenazas (En el nuevo Código Penal)*, Editorial General de Derecho, Madrid, 1997, p. 45; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (dtor.): *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, pp. 61, 63; REBOLLO VARGAS, en CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN (dtor.), *PE*, 2004, pp. 200-201; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dtor.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 92; MUÑOZ CONDE, *PE*, 2007, pp. 158, 159; PRATS CANUT. José Miguel/ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, en QUINTERO OLIVARES (dtor.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 7ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 226; SERRANO GÓMEZ, Alfonso/ SERRANO MAÍLLO, Alfonso: *Derecho Penal. Parte Especial*, 13ª ed., Dykinson, Madrid, 2008, p. 178. En este sentido, es cierto que los delitos de amenazas son en realidad delitos de resultado, y no (como pretenden muchas interpretaciones: POLAINO NAVARRETE, loc. cit., p. 240; JAREÑO LEAL, op. cit., pp. 40-43; JORGE BARREIRO, loc. cit., pp. 485, 486; COLINA OQUENDO, Pedro, en RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (coord.): *Código Penal*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2007, p. 407; PRATS CANUT/ QUINTERO OLIVARES, op. cit., pp. 225-226; SERRANO GÓMEZ/ SERRANO MAÍLLO, op. cit., p. 179; y la jurisprudencia de forma prácticamente unánime –vid., por todas, la STS 18-4-2002 (Westlaw, RJ 2002/5562)-) de mera actividad. Puesto que, en principio, es posible –aunque resultará infrecuente- que la acción amenazante vaya seguida, no obstante, de una ausencia de resultado, que dé lugar a que el bien jurídico libertad quede puesto en concreto peligro, mas no efectivamente lesionado (y, por consiguiente, en fase de tentativa): sí, por ejemplo, la amenaza no es oída por el destinatario de la misma, o no es entendida: vid., en el mismo sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 89; CARBONELL MATEU, Juan Carlos/ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en VIVES ANTÓN, Tomás S./ ORTS BERENGUER, Enrique/ CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC/ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 183 (de otra opinión, sin embargo, DEL RÍO FERNÁNDEZ, op. cit., p. 46; PRATS CANUT/ QUINTERO OLIVARES, ibíd.; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J.: *Derecho Penal español. Parte Especial*, 5ª ed., Atelier, Barcelona, 2008, p. 151). No es necesario, sin embargo, que se pruebe que la amenaza percibida tuvo alguna influencia relevante en el proceso de toma de decisiones del sujeto amenazado (ello resulta relevante para la distinción entre la tentativa acabada y el momento de la consumación), ya que, como se apunta en el texto, existirá en todo caso una incidencia en el sistema de las motivaciones (y, consiguientemente, lesión del bien jurídico), aun si la misma resulta finalmente irrelevante en términos prácticos (de decisión y de acción). De otra opinión, sin embargo, Díez Ripollés, José Luis, en el mismo/ GRACIA MARTÍN, Luis (coords.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 782, 804, 808; RAGUÉS I VALLÈS, ibíd.

DÍEZ RIPOLLÉS, en el mismo/ GRACIA MARTÍN (coords.), *PE*, I, 1997, p. 781.

Dos razones más –bien que secundarias- pueden, me parece, coadyuvar a la misma conclusión. Primero, la naturaleza ineludiblemente individual de los sentimientos, cuya configuración depende no sólo de los estímulos externos derivados de una determinada causa, sino también, y muy destacadamente, de una inextricable combinación entre la personalidad de cada individuo y el contexto social en el que vive. Ello, desde el punto de vista de la teoría de la tipicidad penal, conlleva relevantes (aunque, es cierto, no insalvables) dificultades para la imputación del sentimiento de miedo al acto de habla amenazante; y, por consiguiente, para la determinación cierta de los contornos del concepto de “mal”. Además, en segundo lugar, la concepción de las amenazas como un delito contra el sentimiento individual de seguridad (sobre la base, como hemos visto, de un concepto psicologista de “mal”) se compadece peor –de nuevo, la objeción no es definitiva- con los criterios de graduación penológica de las diversas modalidades típicas de amenazas del CP: en particular, con la mayor gravedad atribuida por el legislador a las amenazas condicionales (¿por qué, en efecto, deberían valorarse éstas como más lesivas para el sentimiento de seguridad que las no condicionales?).

Hablando en sentido estricto (en Psicología de la motivación), un motivo es una variable en el conjunto de estados mentales del individuo que está relacionada causalmente con un cambio en la preferencia de

un determinado comportamiento: BECK, Robert C.: *Motivation*, 4ª ed., Prentice Hall, Upper Saddle River, 2000, pp. 26-31.

Precisamente por ello, me parece harto discutible la interpretación, habitual, sin embargo, en la doctrina (POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *PE*, I, 1996, p. 242; JAREÑO LEAL, *Amenazas*, 1997, pp. 23-25; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.), *CP*, 1997, p. 485; DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Amenazas*, 1997, pp. 22-23; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en BAJO FERNÁNDEZ (dtor.), *PE*, II, 1998, p. 60; REBOLLO VARGAS, en CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN (dtor.), *PE*, 2004, pp. 200-202; PRATS CANUT/ QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), *PE*, 2008, p. 221; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 2008, p. 150) y en la jurisprudencia españolas (vid., por todas, la STS 18-4-2002 (Westlaw, RJ 2002/5562)), de las amenazas como mero delito de peligro (contra la libertad), interpretación que se compadece mal, además de con la verdadera esencia –la que en el texto se señala– de la lesividad contra el bien jurídico libertad, también con la pena, bastante elevada, que reciben en el Derecho positivo los delitos de amenazas: así, las infracciones penales graves de amenazas tienen casi siempre en nuestro CP una pena que resulta superior a la de las coacciones (solamente las amenazas condicionales de mal no constitutivo de delito que no resulten subsumibles en el delito de chantaje –las amenazas del art. 171.1 CP– tienen una pena ligeramente inferior), lo que no se comprendería si aquellas fuesen meras puestas en peligro y éstas auténticas lesiones del bien jurídico; y, en el caso de las amenazas leves, la pena que prevé para ellas el art. 620.2º CP es exactamente la misma que la de las coacciones leves, lo que, si se tratase verdaderamente de un mero delito de peligro, parecería también incompatible con el principio de proporcionalidad de las sanciones.

Cfr., sin embargo, POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *PE*, I, 1996, p. 238.

BERGMANN, Alfred: *Das Unrecht der Nötigung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1982, pp. 45-46; KÖHLER, Michael: *Nötigung als Freiheitsdelikt*, en KERNER, Hans-Jürgen/ GÖPPINGER, Hans/ STRENG, Franz (eds.): *Kriminologie – Psychiatrie – Strafrecht. Festschrift für Heinz Lefferenz*, C. F. Müller, Heidelberg, 1983, pp. 516 ss.; SCHROEDER, Friedrich-Christian: *Die Bedrohung mit Verbrechen*, en KÜPER, Wilfried (ed.): *Festschrift für Karl Lackner*, Walter de Gruyter, Berlin/ New York, 1987, p. 671; TRÖNDLE, Herbert: *Ein Plädoyer für die Verfassungsmaßigkeit des §240 StGB*, en KÜPER (ed.), *FS-Lackner*, 1987, pp. 628-629; LORENZO SALGADO, *LH-Fernández-Albor*, 1989, p. 446; TIMPE, Gerhard: *Die Nötigung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, pp. 19 ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Chantaje*, 1995, pp. 47-52, 78; POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *PE*, I, 1996, pp. 238, 239; DÍEZ RIPOLLÉS, en el mismo/ GRACIA MARTÍN (coords.), *PE*, I, 1997, p. 780; JAKOBS, Günther: *Coacciones por medio de violencia*, trad. C. J. Suárez González, en el mismo: *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 445-455; el mismo: *Las coacciones por medio de amenazas como delito contra la libertad*, trad. C. J. Suárez González, en el mismo, op. cit., pp. 461 ss.; DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Amenazas*, 1997, pp. 16-18; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en BAJO FERNÁNDEZ (dtor.), *PE*, II, 1998, p. 60; TRÄGER, Ernst/ ALTVATER, Gerhard, en JÄHNKE, Burkhard/ LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/ ODERSKY, Walter (eds.): *StGB. Leipziger Kommentar* (cit. como *LK*), 11ª ed., Walter de Gruyter, Berlin/ New York, 2002, §240, nmm. 1-3; GROPP, Walter/ SINN, Arndt, en JOECKS, Wolfgang/ MIEBACH, Klaus (eds.): *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (cit. como *MK*), III, C. H. Beck, München, 2003, §240, nmm. 2-12; MAURACH, Reinhart/ SCHROEDER, Friedrich-Christian/ MAIWALD, Manfred: *Strafrecht. Besonderer Teil*, I, 9ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2003, p. 141; LACKNER, Karl/ KÜHL, Kristian: *Strafgesetzbuch*, 25ª ed., C. H. Beck, München, 2004, §240, nm. 1; REBOLLO VARGAS, en CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN (dtor.), *PE*, 2004, pp. 169-171, 199; KINDHÄUSER, Urs: *Strafgesetzbuch*, 3ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2006, §240, nmm. 2-6; el mismo, *Strafrecht. Besonderer Teil*, I, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2005, pp. 112-113; TOEPEL, Friedrich, en KINDHÄUSER/ NEUMANN, Ulfrid/ PAEFFGEN, Hans-Ulrich (eds.): *Strafgesetzbuch*, II, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden (cit. como *NK*), 2005, §240, nmm. 13, 19-20; WOLTER, Jürgen/ HORN, Eckhard, en RUDOLPHI, Hans-Joachim et alt.: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (cit. como *SK*), II, 7ª/8ª ed., Luchterland, München, 2005, §240, nmm. 2-3; ESER, Albin, en SCHÖNKE, Adolf/ SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch*, 27ª ed., C. H. Beck, München, 2006, §240, nmm. 1-1a; PRATS CANUT/ QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), *PE*, 2008, p. 176-177, 220, 232; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 2008, p. 148; SERRANO GÓMEZ/ SERRANO MAÍLLO, *PE*, 2008, p. 176; FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 56ª ed., C. H. Beck, München, 2009, §240, nm. 2. Que la libertad de individual de decisión posea un indudable valor moral no quiere decir, sin embargo, que resulte convincente la idea de poner en conexión los delitos contra la libertad con objetos de protección tan vagos como el libre desarrollo de la personalidad (así, sin embargo, BERGMANN, *ibíd.*) o la dignidad humana (cfr., sin embargo, SCHULTZ, Hans: *Gewaltdelikte als Schutz der Menschenwürde im Strafrecht*, en KAUFMANN, Arthur/ MESTMÄCKER, Ernst J./ ZACHER, Hans F. (eds.): *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer*, Vittorio Klostermann, Frankfurt, 1988, pp. 517 ss., *passim.*), que carecen de un contenido material suficientemente determinado.

Por encima, está la más intensa forma de ataque constituida por la violencia física ejercida contra la decisión individual: coacción.

En efecto, fuera de los casos de coacción física y de los de amenazas, únicamente es posible hallar supuestos de ataque a la libertad que resultan relevantes tan sólo en alguna situación específica, pero no en cualquiera: las ofertas coactivas, por ejemplo, que sólo pueden ser consideradas ataque a la libertad en condiciones muy particulares (de explotación, de opresión estructural, etc.). Vid., al respecto, WERTHEIMER, Alan: *Coercion*, Princeton University Press, Princeton, 1987, pp. 202 ss., con ulteriores referencias.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, CPC 44 (1991), pp. 436-438; el mismo: *El nuevo sistema de las amenazas condicionales. Especial consideración del delito de chantaje*, en CPC 67 (1999), pp. 120-122; POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *PE*, I, 1996, p. 238; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.), *CP*, 1997, p. 491-492; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en BAJO FERNÁNDEZ (dtor.), *PE*, II, 1998, pp. 61, 63, 65-66, 67-68; BARQUÍN SANZ, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *Comentarios*, VI, 1999, pp. 191-194; REBOLLO VARGAS, en CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN (dtor.), *PE*, 2004, p. 213; MUÑOZ CONDE, *PE*, 2007, p. 161. De otra opinión, sin embargo, Díez Ripollés, en el mismo/ GRACIA MARTÍN (coords.), *PE*, I, 1997, pp. 795-796; JAREÑO LEAL, *Amenazas*, 1997, pp. 66-85; PRATS CANUT. / QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), *PE*, 2008, pp. 236-237.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario*, 2001, p. 1524.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *El delito de amenazas*, en DE LA CUESTA, José Luis/ DENDALUZE, Iñaki/ ECHEBURÚA, Enrique (comp.): *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, p. 656; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en BAJO FERNÁNDEZ (dtor.), *PE*, II, 1998, pp. 64, 67, 70. Aun sin una fundamentación *in extenso*, la jurisprudencia es también prácticamente unánime en este sentido: vid., por todas, las STS 24-1-1999 (Westlaw, RJ 2000/721), 5-5-2003 (Westlaw, RJ 2003/3877), 31-10-2005 (Westlaw, RJ 2006/383) y 21-6-2007 (Westlaw, RJ 2007/3950). Existe un argumento sistemático (aunque complementado también con otro teleológico) adicional, que es la necesidad de interpretar de forma armónica lo dispuesto en el art. 620,2º CP y lo previsto en el último párrafo del precepto, relativo a la violencia familiar; unido a la conveniencia político-criminal de que, en este último género de amenazas leves, también se incriminen las conductas de amenazas no condicionales.

Que, en mi opinión, haya que incluir también en el art. 620,2º CP las amenazas (de mal no constitutivo de delito) leves condicionales –y no, por lo tanto, en el art. 171.1 CP- se deriva más bien (no sólo de razones de lesividad como, ante todo) de razones de proporcionalidad de la sanción, ya que, de lo contrario, quedarían equiparados en pena actos de habla (amenazantes) cuyo efecto sobre la estructura de los motivos del destinatario han de ser, previsiblemente, muy diferente: resultaría, en efecto, igualmente grave, por ejemplo, el hecho de que un superior dentro de la empresa hiciese saber a su subordinado que “*si no votas a favor, te voy a hacer la vida imposible*” (conducta amenazante grave, que debe castigarse conforme al art. 171.1 CP) y el de que un amigo le diga a otro “*como salgas hoy con ellos y no conmigo, voy a contarles a todos que el otro día tuviste un gatillazo*”. Equiparación que creo que, desde el punto de vista de la protección del bien jurídico libertad, carecería de sentido. De otra opinión, sin embargo (cierto que aún con el código ya derogado), MAQUEDA ABREU, María Luisa: *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Universidad de Granada, Granada, 1988, p. 29.

Cfr., sin embargo, QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 2008, p. 152.

La justificación de la mayor gravedad, y mayor merecimiento de pena, de las amenazas condicionales en comparación con las no condicionales estriba en la mayor intensidad del ataque a la libertad que implican, en la medida en que no sólo –como en cualquier amenaza- se incide con un motivo ilegítimo en el sistema de las motivaciones del sujeto amenazado, sino que, además, dicho motivo pretende revestir un contenido extremadamente específico (el de cumplir con la condición impuesta), de manera que las alternativas de acción del sujeto queden mucho más limitadas: LORENZO SALGADO, *LH-Fernández-Albor*, 1989, pp. 446-447; POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *PE*, I, 1996, p. 248; Díez Ripollés, en el mismo/ GRACIA MARTÍN (coords.), *PE*, I, 1997, pp. 780-781. Pese a todo, la diferencia entre ambas formas de amenazas es sólo de cantidad (de intensidad de la lesión), no de cualidad, puesto que, como hemos visto, ya en las amenazas no condicionales el efecto causal sobre el sistema de motivaciones del individuo es completo. Así pues, no hay razones para un tratamiento excesivamente distinto entre una y otra. O, en todo caso, no las hay desde el punto de vista del merecimiento de pena. Por el contrario, en términos de necesidad de pena, ciertas formas de amenazas condicionales (pero, desde luego, no todas) pueden poseer una relevancia específica, al obedecer a dinámicas criminológicas peculiares, en las que el análisis coste/eficacia de la intervención penal puede dar lugar a resultados distintivos: tal es el caso del chantaje, de la extorsión organizada, etc. Ello puede justificar niveles de intervención jurídico-penal (relativamente) diferenciados para dichos grupos de casos. Pero no cambia el hecho de que, en esencia, la mayoría de las amenazas condicionales sean casos solamente algo más graves –pero no sustancialmente

distintos- que los de amenazas no condicionales de similar entidad, por lo que se refiere a la lesión que producen en el bien jurídico libertad.

Vid. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, Universitas, Madrid, 1996, pp. 565-566.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Amenazas*, 1997, p. 76; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 2008, p. 153.

Que son las que sustentan las causas de atipicidad penal y las diferencian, desde el punto de vista material, de las causas de justificación: LUZÓN PEÑA, *PG*, I, 1996, pp. 563-564.

Vid. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *Riesgo y Política Criminal: la selección de bienes jurídico-penalmente protegibles a través del concepto de riesgo sistémico*, en DA AGRA, C./ DOMÍNGUEZ, J. L./ GARCÍA AMADO, J. A./ HEBBERECHT, P./ RECASENS, A. (eds.): *La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 105-107.

Entiendo que no procede aquí la denominación de “amenazas terroristas”, ya que, aun cuando su origen histórico (la Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo y, luego, la última modificación de su texto, a través de la Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuya Exposición de Motivos se vincula explícitamente la reforma del precepto a la “*violencia callejera*” de finalidad “terrorista”), y su campo de (escasa) aplicación en la práctica haya venido siendo hasta ahora prácticamente siempre (una excepción: la SAP-Almería 20-10-1999 (Westlaw, ARP 1999/5717)) el de las conductas conectadas –real o pretendidamente- con la actuación de grupos armados de finalidad política, “terroristas”, ello no aparece exigido de ningún modo en el tenor literal del tipo (sí, por el contrario, en el caso del art. 170.2 CP), por lo que en principio el mismo resulta perfectamente aplicable a situaciones diferentes (de hecho, cuando en 1995 se discutió en el Congreso de los Diputados acerca de la redacción inicial del precepto, se habló también de otros fenómenos, como el de las agresiones racistas). Por lo demás, es sabido que existen también en nuestro Código específicos tipos penales de amenazas terroristas, en los arts. 572.1,3º y 577 CP (vid. infra n. 57). En todo caso, lo importante, claro está, no es tanto la denominación cuanto la justificación político-criminal que, consiguientemente, se proponga para este tipo penal: así, creo que es erróneo intentar justificarlo (como, sin embargo, hace MUÑOZ CONDE, *PE*, 2007, pp. 160-161) sobre la base de una pretendida “finalidad terrorista”, que, si la entendemos en un sentido estricto (sea acogiendo una definición jurídico-positiva, de acuerdo con la dispuesto en el art. 571 CP, sea profundizando en el sustrato material del concepto de “terrorismo”, que –cualesquiera que sea la interpretación que defendamos del mismo- no puede abarcar desde luego todas las actuaciones intimidatoria contra grupos social de cualquier índole y por parte de cualquiera), ni es exigida por el tenor literal, ni –como se intentará argumentar a continuación- tampoco tiene sentido exigir, desde el punto de vista político-criminal.

En el mismo sentido, POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *PE*, I, 1996, p. 253; Díez RIPOLLÉS, en el mismo/ GRACIA MARTÍN (coords.), *PE*, I, 1997, p. 806.

Éste, por cierto, debería ser el criterio para interpretar la vaga expresión legal “*colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas*”, que aparece a continuación de las más precisas de “*población, grupo étnico, cultural o religioso*”: de acuerdo con el mismo, hay que entender que no cualquier pluralidad de personas, por muy numeroso cuantitativamente que sea el total de ellas, constituyen un conjunto de sujetos pasivos idóneos del tipo cualificado; por el contrario, parece necesario en todo caso que –independientemente del número de personas- exista una cierta homogeneidad cualitativa y un cierto grado de integración social entre las personas atacadas, que habrá de poseer una identidad colectiva común. Así, por ejemplo, pueden ser objeto de las amenazas colectivas del art. 170.1 CP los únicos cinco miembros de la sección sindical en una empresa de un determinado sindicato. Pero no pueden serlo, sin embargo, los cinco únicos ocupantes de un autobús urbano (en este caso, existirá un concurso ideal de amenazas del tipo básico del art. 169 CP). Vid., en este sentido, PRATS CANUT. / QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), *PE*, 2008, pp. 234. De otra opinión, sin embargo, REBOLLO VARGAS, en CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN (dtor.), *PE*, 2004, p. 210; CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN et alt., *PE*, 2008, p. 184.

Y, por cierto, también las amenazas del art. 577 CP, en su segunda modalidad: el que “*con la finalidad de contribuir a estos fines* (scil. la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública) *atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, cometiere (...) amenazas*”. Aunque es posible que en estas últimas –depende de cómo sean interpretadas- pueda apreciarse, además, un plus diferenciado de lesividad, derivado de la finalidad perseguida (o, más bien, de la peligrosidad potencial de la acción de amenazas realizada). Se podría, así, intentar sistematizar la regulación jurídico-positiva de las amenazas en el Derecho Penal español desde el punto de vista de la graduación de su lesividad (según la concepción que el legislador posee de la misma, no necesariamente defendible), de este modo: 1º) las amenazas individuales (de mal no constitutivo de delito/ de mal constitutivo de delito, no condicionales/ condicionales), en las que se

ataca, de modo progresivamente más intenso (en los arts. 620,2º, 171 y 169 CP), a la libertad individual de decisión únicamente; 2º) las amenazas colectivas (art. 170.1 CP), ya de naturaleza pluriofensiva, en las que se ataca, además de a la libertad, a la seguridad de un grupo social; 3º) las amenazas terroristas individuales no organizadas (amenazas del art. 577 CP, en su primera modalidad), en las que la finalidad “terrorista” (tal y como es definida por el legislador español) o –en una interpretación alternativa más plausible- la peligrosidad “terrorista” de la acción amenazante añaden un plus de lesividad; 4º) las amenazas terroristas colectivas no organizadas (amenazas del art. 577 CP, en su segunda modalidad), en las que existe ataque a la libertad, ataque a la seguridad de un grupo social y peligrosidad “terrorista”; 5º) y, por fin, las amenazas terroristas organizadas (en las que, según la regulación legal, resulta irrelevante que la amenaza sea individual o colectiva), reguladas en el art. 572.1,3º CP.

En sentido similar (aunque sin desarrollarlo), Díez RIPOLLÉS, en el mismo/ GRACIA MARTÍN (coords.), *PE*, I, 1997, p. 781.

Como sí que lo es, por el contrario, la seguridad de los bienes jurídicos individuales –la salud pública, por ejemplo- cuando merece reconocimiento como objeto autónomo de protección, como he argumentado en PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *Los delitos de peligro como técnica de incriminación en Derecho Penal económico: bases político-criminales*, en RDPC 11 (2003), pp. 134-142; el mismo, Eguzkilore 20 (2006), pp. 146-147. Debe observarse, a este respecto, que, aun cuando el término “seguridad” sea el mismo en las definiciones de ambas clases de bienes jurídicos, el complemento nominal que especifica al sustantivo difiere, sin embargo, sustancialmente en cuanto a su sentido en cada una de ellas, dado que en un caso se trata de sustantivos que tienen por referencia entes abstractos, conceptos (la vida, la salud,..., conceptos que, en mi opinión, habrá que materializar, a los efectos de la concreción del contenido de los bienes jurídicos, mediante su definición por referencia a patrones sociales de interacción), mientras que en el otro se trata de sustantivos colectivos, cuya referencia es un conjunto de individuos humanos. Y esta diferencia semántica ha de poseer necesariamente importantes implicaciones valorativas: como se verá, la seguridad de los individuos puede producir razones autónomas para la intervención jurídica coactiva (y, en el límite, para la intervención penal), cosa que no puede ocurrir si se trata tan sólo de prevenir anticipadamente la probabilidad de lesión de los patrones sociales de interacción (supuesto en el que la justificación de la intervención jurídica coactiva depende del valor de dichos patrones sociales más ciertas razones adicionales –no autónomas, en todo caso- para anticipar la intervención).

Ejemplos evidentes de la primera clase de bienes jurídicos supraindividuales son los definidos a partir del orden político o de los derechos fundamentales. Ejemplos de lo segundo lo son los derechos de los trabajadores o los intereses de los menores, entendidos ambos grupos sociales en sentido colectivo.

Art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 5.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Explícitamente, a través de lo dispuesto en el art. 17.1 CE, que en todo caso ha de ser completado, a tenor del art. 10.2 CE, por el Derecho Internacional de los derechos humanos acabado de citar.

Cfr. ADAM REHOF, Lars: *Article 3*, en EIDE, Asbjørn/ ALFREDSSON, Gudmundur/ MELANDER, Göran/ ADAM REHOF, Lars/ ROSAS, Allan: *The Universal Declaration of Human Rights. A Commentary*, Scandinavian University Press, Oslo, 1992, pp. 71, 77; CONTE, Alex: *Security of the Person*, en CONTE/ BURCHILL, Richard: *Defining Civil and Political Rights*, 2ª ed., Ashgate, Farnham, 2009, pp. 116-117.

Por su parte, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional español vienen entendiendo, con una interpretación más restrictiva, que el derecho a la seguridad ha de ser concebido principalmente como derecho a la “interdicción de medidas privativas o restrictivas de la libertad sin las garantías adecuadas” (cfr. GÁLVEZ, Javier: *Artículo 17: Seguridad personal*, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dtor.): *Comentarios a la Constitución española*, II, Edersa, Madrid, 1997, pp. 346-347): vid., por todas, la STEDH 13-1-2009 (*Giorgi Nikolaishvili v. Georgia*) y la STC 12-12-1994 (Westlaw, RTC 1994/325). Aunque, en los respectivos contextos procesales de que se trata (queja individual, recurso de amparo), resulte comprensible que ambos tribunales hayan optado por emplear tal interpretación, no creo que pueda decirse que con ello se haya agotado ya el contenido del derecho, que, como en el texto se argumenta, debe entenderse que posee un alcance bastante mayor.

Art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Acerca del alcance de esta disposición, vid. el Comentario General núm. 31 del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13. (General Comments), 26 de mayo de 2004). Vid. también AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Derechos humanos para la dignidad humana. Una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales*, Editorial Amnistía Internacional, Madrid, 2005, pp. 40-43; CONTE / BURCHILL: *Introduction*, en los mismos: *Civil and Political Rights*, 2009, p. 6, ambos con ulteriores referencias.

Vulnerabilidad (de un individuo o de un grupo de individuos) significa, aquí, probabilidad de lesión especialmente (comparativamente) alta de los bienes jurídicos individuales de ciertos sujetos, a causa de

su ubicación en la estructura social (de la cantidad de recursos y de poder de que disponen dentro de la misma, para lograr evitar y/o perseguir la lesión).

En efecto, como se acaba de indicar, la obligación de los estados para con el derecho humano a la seguridad incluye también su obligación de hacerlo efectivo. Y ésta, a su vez, incluye, entre otras, la de no discriminar en el acceso al derecho y la de hacerlo efectivamente accesible a todos los sujetos (AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Dignidad*, 2005, pp. 42-45). Precisamente, la necesidad de dar cumplimiento a tales obligaciones en un contexto de desigualdad social es lo que puede justificar el reconocimiento del nuevo bien jurídico.

Esta argumentación puede, por supuesto, resultar relevante también para justificar otras tipificaciones separadas, o puciones más elevadas, de otros ataques contra bienes jurídicos individuales de miembros de grupos sociales vulnerables, cuando a través de los mismos se esté atacando también a la seguridad del grupo social mismo... y sin que, precisamente por ello, la tipificación separada o la pución más elevada tengan por qué poner en cuestión necesariamente –como frecuentemente se argumenta– el principio de igualdad ante la ley. Tal es, precisamente, el caso de la violencia de género: que, cuando la misma tiene lugar, se produce en una situación de desigualdad y de vulnerabilidad estructurales (sobre la base de una estructura social sexista y patriarcal), no cabe dudarlo; y tampoco creo que quepa hacerlo de que, precisamente por ello, en muchas ocasiones (aunque no necesariamente siempre), la seguridad del grupo social (de las mujeres como género) puede estar en cuestión, ante ciertas formas de dicha violencia, por lo que puede resultar justificada, en estos términos, una intervención jurídico-penal diferenciada (vid., en sentido similar, recientemente, LARRAURI PIJOAN, Elena: *Igualdad y violencia de género*, en *InDret* 1/2009). Cuestión diferente es que el legislador español haya acertado en la plasmación de esta idea en el art. 153 CP (y que, más en general, pueda convencer su política criminal en la materia): en mi opinión, no lo ha hecho, desde luego, aunque no –como se suele pensar– por discriminar al varón, sino más bien, de una parte, por ser extremadamente tímido en la toma en consideración del componente de pluriofensividad existente en estas conductas (al hacerlo exclusivamente, mediante una modestísima elevación de la pena de prisión... que es alternativa a una pena de trabajos en beneficio de la comunidad exactamente con la misma extensión en los arts. 153.1 y 153.2 CP y que, además, puede ser rebajada, a tenor del art. 153.4 CP), cuando debería haberlo tenido más en cuenta; y, de otra, por no haber sabido expresar adecuadamente las condiciones en las que dicho ataque adicional a la seguridad del grupo social puede existir (condiciones que, sin duda, habría que estudiar específicamente para el caso del ataque a la integridad física y a la salud, aunque intuyo que no deberían ser muy diferentes de las que en el texto se indican para el caso de las amenazas).

A esto parece apuntar la idea de REBOLLO VARGAS, en CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN (dtor.), *PE*, 2004, p. 210, de que el art. 170.1 CP protege la “libertad colectiva”. Concepto que no parece tener cabida en la escala axiológica de nuestro Ordenamiento jurídico, entre la libertad (siempre individual) y la seguridad (que, como hemos visto, puede ser efectivamente concebida como colectiva). Parece ir también en esta dirección la interpretación de JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.), *CP*, 1997, p. 490.

Vid., al respecto, por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *El nuevo modelo de seguridad ciudadana*, en *Jueces para la Democracia. Información y debate* 49 (2004), pp. 45 ss.; el mismo: *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/ JORGE BARREIRO, Agustín/ SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos (coords.): *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 267 ss., ambos con ulteriores referencias.

En sentido similar, BAJO FERNÁNDEZ, en DE LA CUESTA/ DENDALUZE/ ECHEBURÚA (comp.), *LH-Beristain*, 1989, pp. 651-652; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Chantaje*, 1995, pp. 77-81; MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD, *BT*, I, 2003, p. 169; PRATS CANUT/ QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), *PE*, 2008, p. 220. De otra opinión, sin embargo, LARRAURI, Elena: *Libertad y amenazas*, PPU, Barcelona, 1987, pp. 191-202, 233-238; LORENZO SALGADO, *LH-Fernández Albor*, 1989, pp. 443, 456, 466-467; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *CPC* 44 (1991), pp. 426-427; BENÉYTEZ MERINO, Luis: *Libertad protegida*, Colex, Madrid, 1994, pp. 93-94; POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *PE*, I, 1996, pp. 238, 239; JAREÑO LEAL, *Amenazas*, 1997, pp. 23-25; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.), *CP*, 1997, pp. 485, 486; BARQUÍN SANZ, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *Comentarios*, VI, 1999, pp. 112, 115; TRÄGER/ SCHLUCKEBIER, Wilhelm, en JÄHNKE/ LAUFHÜTTE/ ODERSKY (eds.), *LK*, 2002, §241, nmm. 1-2; GROPP/ SINN, en JOECKS/ MIEBACH (eds.), *MK*, III, 2003, §241, nm. 2; GÖSSEL, Karl Heinz/ DÖLLING, Dieter: *Strafrecht. Besonderer Teil*, I, 2ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2004, p. 246; WOLTER/ HORN, en RUDOLPHI et alt., *SK*, II, 2003, §241, nm. 2; LACKNER/ KÜHL, *StGB*, 2004, §241, nm. 1; HAFT, Fritjof: *Strafrecht. Besonderer Teil*, II, 8ª ed., C. H. Beck, München, 2005, p. 182; JOECKS, Wolfgang, *StGB. Studienkommentar*, 6ª ed., C. H. Beck, München, 2005, §241, nm. 1; KINDHÄUSER, *StGB*, 2005, §241, nm. 1; el mismo, *BT*, I, 2005, p. 121; TOEPEL, en KINDHÄUSER/ NEUMANN/ PAEFFGEN (eds.), *NK*, II, 2005, §241, nmm. 4-5; ESER, en SCHÖNKE/

SCHRÖDER, *StGB*, 2006, §241, nm. 2; MUÑOZ CONDE, *PE*, 2007, p. 158; COLINA OQUENDO, en RODRÍGUEZ RAMOS (coord.), *CP*, 2007, p. 406; CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN et al., *PE*, 2008, p. 179; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 2008, p. 142; FISCHER, *StGB*, 2009, §241, nm. 2. En la doctrina penal española, esta opinión contraria se viene apoyando en alguna medida –al menos, implícitamente- en la tradición histórica, ya que, como es sabido, los anteriores códigos penales españoles hacían alusión a la “seguridad” y a la “tranquilidad” (cfr. BARQUÍN SANZ, loc. cit., pp. 84 ss.). Sin embargo, además de que el argumento podría ser, ahora, vuelto del revés (dado que el CP vigente habla exclusivamente de “delitos contra la libertad”), en todo caso, nunca puede ser decisiva la rúbrica legislativa para resolver la cuestión de por qué razones –y en qué medida- se puede justificar, desde el punto de vista político-criminal, la existencia de una determinada prohibición penal. A estos efectos, la rúbrica puede, en el mejor de los casos, darnos indicaciones más o menos precisas acerca de cuál era la intención de legislador. Pero nunca podrá resolver la cuestión (fundamental, para quien, como es mi caso, crea profundamente en la inevitabilidad de una profunda interpretación valorativa y teleológica de cualquier tipo penal) de si dicha intención resulta o no político-criminalmente justificable.

Entiéndaseme: de lo que se trata, cuando identificamos y definimos bienes jurídicos (esto es, pretendidas justificaciones morales de las intervenciones jurídicas coactivas), no es de constatar si, de hecho, la protección jurídica de un determinado interés es eficaz en términos empíricos. Pues, aunque se comprobase que efectivamente no lo es (que, dada la situación social –el Nápoles de la *Camorra*, por ejemplo- en la que las normas jurídicas coactivas están operando, la prohibición de, digamos, las detenciones ilegales no funciona adecuadamente), ello no justificaría extender la intervención jurídica coactiva a nuevas áreas de la vida social, a nuevos intereses (restringiendo aún más la libertad personal), sino tan sólo mejorar, desde el punto de vista instrumental, la protección ya existente y previamente justificada. Es decir, cualquier nueva regulación, más restrictiva de libertad, deberá ser justificada por referencia al mismo objeto de protección que las antiguas, no mediante la invención –ilegítima en principio- de otro nuevo. Así, cuando afirmo que, salvo algunas veces en el caso de los grupos sociales vulnerables, la seguridad de los individuos no puede justificar autónomamente una intervención jurídica coactiva, lo que estoy queriendo decir es que todos aquellos intereses, derivados del derecho subjetivo a la seguridad, que merecen ser protegido en tales casos lo están ya (sea con eficacia o sin ella).

Y, por supuesto, en tercer lugar, porque, aunque la interesada propaganda de los estados pretenda confundirnos y hacernos creer otra cosa, lo único que constituye el objeto de un derecho subjetivo es la seguridad de los individuos, por lo que aquellas intervenciones jurídicas coactivas que no van dirigidas directamente a preservarla (por ejemplo: buena parte de las regulaciones penales “antiterroristas”, que atienden más bien a la preservación del sistema político) deberán buscar su eventual justificación en otra parte.

Es ésta, pues, la razón de que (casi) no sean necesarios delitos contra la seguridad de las personas. No, por lo tanto, que no exista un derecho humano (y, en nuestro Ordenamiento jurídico, también uno fundamental) a la seguridad. En este sentido, creo que el debate sobre la existencia de dicho derecho, que se viene produciendo (por razones eminentemente políticas) en los últimos años en la doctrina jurídico-constitucional de los países occidentales (cfr. ISENSEE, Josef: *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Walter de Gruyter, Berlin, 1983; ROBBERS, Gerhard: *Sicherheit als Menschenrecht*, Nomos, Baden-Baden, 1987; GUSY, Christoph: *Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe – Verfassungsfragen der, Saatsaufgabe Sicherheit*, en *Die Öffentliche Verwaltung* 1996, pp. 573 ss.; HASSEMER, Winfried: *Zum Spannungsverhältnis von Freiheit und Sicherheit. Drei Thesen*, en *Vorgänge* 159 (2002), pp. 10 ss.; BIELEFELDT, Heiner: *Freiheit und Sicherheit im demokratischen Rechtsstaat*, Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin, 2004; BRUGGER, Winfried: *Freiheit und Sicherheit*, Nomos, Baden-Baden, 2004; DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: *Los derechos fundamentales a la protección penal*, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 78 (2006), pp. 333 ss.), está fundamentalmente desenfocado, puesto que la clave del mismo estriba más bien, en mi opinión, en que de la legitimidad moral –difícilmente cuestionable, a mi entender- del derecho a la seguridad no se deducen necesariamente las consecuencias normativas que sus sostenedores más conservadores han querido extraer, sino más bien otras muy diferentes.

Además, incluso cuando se trata de la protección de la seguridad de los grupos sociales más vulnerables (en los términos vistos), resulta difícil hallar alguna hipótesis en la que dicha seguridad justifique por sí sola una intervención penal. De hecho, lo normal será lo contrario: que –como ocurre en el caso de las amenazas colectivas- el ataque a la seguridad del grupo social signifique únicamente un plus de lesividad en la acción, sobre la que la misma conlleva siempre, respecto de otro bien jurídico (generalmente individual, aunque no necesariamente). Y ello, porque, como he señalado, lo normal es que el derecho subjetivo a la seguridad sea protegido, indirectamente, mediante la preservación de otros bienes jurídicos. Aunque, desde luego, no es posible descartar por completo la posibilidad de que en algún caso, infrecuente, la intervención jurídica coactiva –incluso la jurídico-penal- puedan llegar a justificarse específicamente para proteger principalmente dicha seguridad del grupo social (vulnerable): estoy

pensando en aquellas situaciones que pueden justificar la creación de un *Klimadelikte* (una actuación que en sí misma no resulta lesiva ni peligrosa para ningún bien jurídico, pero que, sin embargo, debido al medio social en el que la misma es llevada a cabo, contribuye causalmente a crear un ambiente psicosocial –“pernicioso”- en el que resulta más probable que, en un futuro más o menos cercano, determinadas clases de lesiones de bienes jurídicos tengan lugar). Situaciones que, como he intentado argumentar con detenimiento en PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: “*Efecto social*” del hecho y merecimiento de pena: para una crítica de la política criminal de la seguridad, en PEGORARO, Juan/ MUÑAGORRI, Ignacio (eds.): *Órdenes normativos y control social en Europa y en América Latina*, Dykinson, Madrid, en prensa, sólo pueden darse muy excepcionalmente.

Vid. PAREDES CASTAÑÓN, en PEGORARO / MUÑAGORRI (eds.), *Órdenes normativos*.

Vid., en este sentido, las STS 6-3-2006 (Westlaw, RJ 2006/1810) y 26-2-2007 (Westlaw, RJ 2007/948).

En este sentido, no creo que (contra lo que sostiene DÍEZ RIPOLLÉS, en el mismo/ GRACIA MARTÍN (coords.), *PE*, I, 1997, p. 806) el pretendido desvalor subjetivo adicional de la acción (derivado del elemento subjetivo del injusto que se interpreta que es necesario exigir) pueda proporcionar una justificación suficiente a la elevación de la pena... especialmente, si es que nos hallamos ante un mero delito de peligro, respecto a la pena del delito de lesión (las amenazas individuales del art. 169 CP).

Y determinar, además, cuál es la solución que ha de darse al concurso entre los unos y el otro: ¿debería consumirse el delito de amenazas colectivas el desvalor de todas las amenazas individuales producidas mediante la misma acción? ¿o debería apreciarse un concurso de delitos (generalmente ideal), aplicándose la pena del delito de amenazas colectivas (que, como es sabido, en el caso del art. 170.1 CP, es ya la pena superior en grado a la de las amenazas individuales de mal constitutivo de delito) en su mitad superior? Por supuesto, la cuestión cobraría todavía mayor relevancia práctica si, en algún supuesto concreto (improbable, pero no imposible), no existiera unidad de acción –ni relación medial- entre la pluralidad de amenazas individuales y las amenazas colectivas (por ejemplo, porque el curso de la actuación amenazante se hubiese prolongado en el tiempo, consistiendo de acciones de amenaza genérica a todo el grupo social y, además, de acciones específicas de amenaza a un número respetable de sus miembros), ya que, dado que en este grupo de delitos el art. 74.3 CP prohíbe aplicar la figura del delito continuado, habría que optar entre la consunción y la acumulación de penas. En mi opinión, hay que inclinarse en todos los casos por la solución del concurso de delitos. Ello es fácil de justificar cuando, como yo, se parte de la base de que el delito de amenazas colectivas es un delito pluriofensivo. Pero no lo es tanto desde otros puntos de partida, los que en el texto se critican. Así, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, en el mismo/ GRACIA MARTÍN (coords.), *PE*, I, 1997, p. 807, sostiene que, en el caso de que se amenace efectivamente a varios miembros del grupo social, debería apreciarse un concurso (que, no lo olvidemos, muchas veces será un concurso real) entre varios delitos *del art. 170.1 CP* (hay que entender que sobre la base de la concurrencia de la finalidad –elemento subjetivo adicional del injusto- de intimidación colectiva en cada uno de ellos). Pero dicha solución concursal parece comportar –en el marco de la interpretación desde la que se formula- un *bis in idem*, ilegítimo y generador de una desproporción injustificada en la respuesta punitiva, en la medida en que la pena de cada una de las conductas de amenazas individuales (que, según se propone, habría que entender que coincide completamente, por lo que hace a su entidad objetiva, con la descrita en art. 169 CP) se vería agravada exclusivamente sobre la base de que se pudiera probar en cada una de ellas la existencia de la intención adicional de afectar no sólo al directamente amenazado, sino también a terceros. De manera que en esta interpretación se produciría, de hecho, un “entrecruzamiento (de de las justificaciones) de las agravaciones” de las amenazas individuales: cada conducta de amenazas individuales serviría para fundamentar la concurrencia de la conducta descrita en el tipo básico (el del art. 169 CP) y, además, para justificar la aplicación, a otras muchas –e indeterminadas en número- conductas de amenazas individuales el tipo cualificado (conductas que, a su vez, justificarían la aplicación del tipo cualificado también a aquella primera). Dicho “entrecruzamiento” es, me parece, notoriamente contrario al principio *ne bis in idem*, por existir una superposición entre la significación, desde el punto de vista de la lesividad, de la conducta objetiva y la de la intención adicional (ya que no es posible olvidar que ambas tienen como punto de referencia los mismos bienes jurídicos libertad... cuyos titulares son, además, exactamente los mismos individuos, los miembros del grupo social).

De otra opinión, sin embargo, DÍEZ RIPOLLÉS, en el mismo/ GRACIA MARTÍN (coords.), *PE*, I, 1997, p. 807; CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN et al., *PE*, 2008, p. 184.

BARQUÍN SANZ, en COBO DEL ROSAL (dctor.), *Comentarios*, VI, 1999, p. 175. En contra, DÍEZ RIPOLLÉS, en el mismo/ GRACIA MARTÍN (coords.), *PE*, I, 1997, p. 806, n. 147. Obsérvese que, en todo caso, también esa forma de interpretar el tipo penal del art. 170.1 CP –más extensiva que la que yo propongo- conllevaría importantes restricciones en el alcance de su ámbito de aplicación, en comparación con aquella extensión que el tenor literal potencialmente permite: quedarían fuera de dicho ámbito los casos en los que se amenaza genéricamente a un grupo social sin llevar a cabo al tiempo, de ningún modo

objetivamente idóneo, una amenaza contra individuos; y, más todavía, también los casos en los que se amenaza a un pequeño número de los miembros de un mismo grupo social, pero no a la mayoría.

Vid. supra n. 53. En el trabajo que se cita allí he defendido, por ejemplo, que buena parte de las insolencias punibles deberían ser despenalizadas (o, en defecto de ello, interpretadas de manera extremadamente restrictiva), por faltar en ellas dicho componente de relevancia social (desestabilizadora).

⁸⁶ Esta argumentación, por cierto, resulta también de aplicación a otros tipos cualificados que aparecen a lo largo del CP, especialmente en materia de delitos patrimoniales: así, hay que interpretar que las agravaciones contenidas en los arts. 235,3º, 250,6º, 271,b) y 276.b) CP, cuyo supuesto de hecho es que el hecho (respectivamente: el hurto, la estafa, el delito contra la propiedad intelectual o el delito contra la propiedad industrial) “*revista especial gravedad*”, se aplican únicamente a aquellos casos en los que el sujeto pasivo del delito es único (y cuando, además, sea posible preservar la unidad de delito). Por el contrario, cuando exista una pluralidad de sujetos pasivos, habrá que recurrir al concurso de delitos (o, en su caso, a esa regla concursal excepcional que es el delito masa del art. 74.2 CP). Vid., en este sentido, ya PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *La protección penal de las patentes e innovaciones tecnológicas*, McGraw-Hill, Madrid, 2001, p. 239.

⁸⁷ De otra opinión, POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *PE*, I, 1996, pp. 239-240, 252-253; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en BAJO FERNÁNDEZ (dtor.), *PE*, II, 1998, p. 70.

⁸⁸ Vid. las STS 6-3-2006 (Westlaw, RJ 2006/1810) y 26-2-2007 (Westlaw, RJ 2007/948), así como la STSJ-País Vasco 17-4-2004 (Westlaw, ARP 2004/244).

⁸⁹ Lo pone de manifiesto con acierto Perfecto Andrés Ibáñez en su Voto Particular a la STS 26-2-2007, aun cuando no apunte directamente a la verdadera razón (dogmática... ya que, como es obvio, hay otras de naturaleza puramente política) de dicha inseguridad.

⁸⁶ TIEDEMANN, en *Lecciones de Derecho*, 1993, 35 ss., al analizar el delito de estafa informática afirmó que se trataba de un delito de naturaleza compleja que protegía tanto el patrimonio individual como el colectivo de la seguridad en el tráfico realizado mediante los sistemas informáticos. Este concepto puede ser acogido para explicar el del bien jurídico en el delito de hurto por medios informáticos y semejantes.

⁸⁷ *Lecciones de Derecho*, 1993, 34 ss.

⁸⁸ LUZÓN PEÑA, *Curso I*, 1996, 314, afirma que junto a los tipos sólo de peligro, a veces se configuran “delitos de lesión y peligro”, que implican lesión de un bien jurídico y peligro para otro, como el incendio, por ejemplo.

⁸⁹ MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios*, 1997, 58.

EL HURTO POR MEDIOS INFORMÁTICOS Y SEMEJANTES A TRAVÉS DE LA UTILIZACIÓN DE TARJETA MAGNÉTICA FALSA O AJENA EN CAJERO AUTOMÁTICO

PROF. DR. ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ

Profesor de Derecho penal de la Universidad Externado de Colombia

Resumen: El delito de hurto por medios informáticos y semejantes protege tanto el patrimonio económico como la seguridad y confianza en los sistemas informáticos, las redes de sistemas electrónicos, telemáticos y otros medios. Antes de la expedición de la Ley 1273 de 2009, el apoderamiento de dinero circulante a través de manipulación de cajeros automáticos, por la utilización de tarjeta falsa o auténtica obtenida ilícitamente o extraviada, daba lugar a la causal de calificación del hurto contenida en el art. 204.4 CP, por tratarse de un hurto cometido mediante la superación de seguridades semejantes a las electrónicas, dado que se consideraban como éstas: las informáticas, las electromagnéticas, etc. Expedida a Ley 1273 de 2009 la conducta de apoderamiento de una cosa ajena, como lo es el dinero efectivo, a través de la manipulación de un sistema informático o una red de sistema electrónico, telemático u otro semejante da lugar a tipificar esta modalidad especial de hurto.

Palabras claves: Delito informático, hurto por medios informáticos y semejantes, falsificación de tarjetas, seguridad y confianza en los sistemas informáticos como bien jurídico tutelado.

THE THEFT FOR INFORMATIC TECHNIQUES (IT) AND SIMILAR MEANS ACROSS THE UTILIZATION OF MAGNETIC FALSE OR FOREIGN CARD IN CASH DISPENSER.

Abstract: The crime of theft through computer means and similar, protects the economic patrimony as the security and trust in computer systems, nets of electronic systems, telematics and other means. Prior to the expedition of the Law 1273 of 2009, seizure of money in circulation through manipulation of cash points or ATM's, through the use of false card or authentic obtained illegally or lost, giving rise to the

causal qualification contained in art 204.4 CPof the gColombian Penal Code, because it is a theft committed by overcoming similar to electronic securities because they were considered: the computer, the electromagnetic, etc.. Issued to Law 1273 of 2009, the conduct of foreign seizure of one thing, such as cash, through the manipulation of a computer system or network of electronic, telematic or other similar results typify this special form of theft.

Key Words: Computer crime, theft by computer and the like, card fraud, security and trust in computer systems as legally protected right.

I. EL BIEN JURIDICO

El estudio del bien jurídico del delito de hurto por medios informáticos y semejantes ha de iniciarse con la precisión de si se trata de uno de naturaleza sólo individual o de índole compleja (individual y colectiva) que tendría no sólo la misión de proteger el patrimonio individual de un determinado sujeto, sino también la de tutelar otro bien jurídico de característica supraindividual o colectiva, demarcado por el interés social que se tiene en la seguridad de los datos y la información¹.

En el delito de hurto por medios informáticos y semejantes, además del patrimonio económico se protege otro bien de naturaleza colectiva o supraindividual, dado que la ejecución de tal hecho punible no sólo produciría efectos sobre el patrimonio individual sino también sobre los fundamentos del propio sistema informático. Esta interpretación dual (individual y colectiva) del bien jurídico conduce a admitir que la comisión de un delito de hurto por medios informáticos y semejantes produce, además de la pérdida patrimonial para un individuo, la lesión de la seguridad y la confianza que los ciudadanos deben tener en los sistemas informáticos, las redes de sistemas electrónicos, telemáticos y otros medios semejantes.

Conforme a esta construcción del delito, para la consumación del desvalor total del injusto típico del hurto por medios informáticos y semejantes no basta la sola lesión o la puesta en peligro del bien jurídico individual, o sea el patrimonio, sino que se exige también que el resultado cause al menos peligro para un bien jurídico de carácter colectivo, que en este caso lo es el señalado por la seguridad en los medios informáticos.

¹ GALÁN MUÑOZ, El fraude, 2005, 198.

Se trata, entonces, de los denominados bienes jurídicos intermedios, como lo entendía TIEDEMANN, quien señalaba como ejemplo de tales intereses el tutelado en el delito de estafa informática, que estaría constituido por el correcto procesamiento de los datos electrónicos, que es tenido como un instrumento imprescindible de la vida económica moderna, y el patrimonio económico¹.

La aceptación de este bien jurídico intermedio¹ tiene una gran incidencia en la delimitación e interpretación del injusto típico del delito de hurto por medios informáticos y semejantes. Esto porque si los delitos protectores de un bien jurídico intermedio se caracterizan frente a los simples delitos pluriofensivos de peligro por el hecho de que para su consumación se exige la efectiva lesión de uno de los dos valores que lo conformen, el colectivo o el individual¹, para poder calificar a aquel delito de hurto como protector de un bien jurídico intermedio hay que aceptar que la conducta típica se dirige a lesionar de manera inmediata un bien jurídico individual, al mismo tiempo que provoca dicha lesión la mediata puesta en peligro de otro valor de índole diversa a la del primero, de carácter colectivo¹.

En el delito de hurto por medios informáticos y semejantes el bien jurídico intermedio está configurado, de un lado, por el interés en la protección del patrimonio económico, que sería el referente individual, cuya lesión permite, del otro lado, apreciar la puesta en peligro del interés general en la seguridad del tráfico de la información y los datos. Esto debido a que la lesión del patrimonio económico como bien jurídico individual está regulada de manera

² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Penal General, 2007, 191 ss., afirma que no obstante que en los delitos socio-económicos el bien jurídico mediato será siempre supraindividual, el objeto jurídico mediato puede ser individual o supraindividual, del mismo modo que pueden darse delitos en los cuales si bien en primera línea se afectará a un bien jurídico de naturaleza patrimonial individual (ej. propiedad industrial, secretos industriales, delito societario de administración fraudulenta), pueden proyectarse mediatamente sobre un interés de índole supraindividual.

³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Penal General, 2007, 174, dice: “la ‘abstracta peligrosidad’ de la conducta típica para este bien mediato reside en la lesión (o puesta en concreto peligro) reiterada y generalizada del bien intermedio con función representativa”.

⁴ ROMEO CASABONA, en Poder Judicial núm. Especial IX, 1988, 119, dice: “Frente a esta exigencia legal, la utilización de una tarjeta magnética implica una naturaleza mixta de su configuración como llave: una material, constituida por la propia tarjeta al ser introducida en el cajero; sin ella es imposible la realización de cualquier operación posterior; en este sentido se adapta, como decía, a la amplia concepción funcional de llave de que parte el Código penal; pero, por otro lado, una espiritual, representada por el código secreto numerado o número de identificación personal, que se introduce a continuación en el cajero mediante las pulsaciones correspondientes de su teclado”.

⁵ NUÑEZ CASTAÑO, Estafa de crédito, 1998, 191.

expresa como una exigencia típica del delito de hurto en el Código penal colombiano; lo cual conduce a la conclusión de que el patrimonio económico sería el referente individual del bien jurídico intermedio.

Al tenerse al delito de hurto por medios informáticos y semejantes como un delito protector de valores supraindividuales, su estructura ha de consistir en que la conducta se encamina a causar la inmediata lesión de un bien jurídico de naturaleza individual (el patrimonio), y ocasiona, además, la mediata y abstracta puesta en peligro de otro bien jurídico de naturaleza colectiva (el correcto funcionamiento de los sistemas de información y datos)¹.

Conforme a esta interpretación ha de afirmarse que el delito de hurto por medios informáticos y semejantes tiene el compromiso de proteger el correcto funcionamiento de los sistemas informáticos con trascendencia patrimonial, sin que para su efectiva lesión se exija la repetición generalizada de comportamientos desconocedores de las reglas que respeten tales sistemas y su funcionamiento. Esto porque al dársele tutela al bien jurídico de la información y los datos, basta que cada uno de los comportamientos típicos individuales constituyan la superación de las medidas de seguridad informática para que se los tenga como una verdadera puesta en peligro abstracto de aquel bien jurídico supraindividual.

Al ser el hurto por medios informáticos y semejantes un delito de peligro-lesión, bastar probar el daño del bien jurídico del patrimonio individual (“el objeto jurídico representante”) para concretar el momento en que ha de apreciarse la existencia de la afección o puesta en peligro abstracto del bien jurídico colectivo de los datos y la información (“el objeto jurídico representado”)¹.

II. LA UTILIZACIÓN DE TARJETA FALSA EN CAJERO AUTOMÁTICO.

En esta modalidad se dan dos conductas diversas: i) la confección de tarjeta fraudulenta y ii) la utilización posterior de la tarjeta manipulada, que se analizan por separado.

⁶ SUÁREZ SÁNCHEZ, *La estafa informática*, 2009, pp. 379-380.

⁷ Con razón señala RUIZ VADILLO, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995-XI, 187: “por documento, a efectos de falsedad o falsificación, es decir, a efectos penales debe entenderse cualquier entidad capaz de contener datos y exteriorizarlos, sea de la misma manera que los capta o bien llevando a cabo determinados procesos de selección como sucede con determinados programas de ordenador”, para concluir que “las alteraciones (adiciones, supresiones, cambios en un disquete, soporte magnético o compact-disc) son delitos de falsedad documental pública o privada”.

A. LA CONFECCIÓN DE TARJETA FALSA.

Las tarjetas manipuladas previamente en los datos de identificación de su titular y/o los códigos electrónicos de sus bandas magnéticas, a fin de que sean aceptadas por el lector o el terminal de punto de venta (TPV), suelen ser utilizadas para realizar defraudaciones. Para la manipulación de tales tarjetas se acude a diversas técnicas cada días más perfeccionadas por quienes ponen su ingenio al servicio del mal, como alterar los datos de su titular y/o el número de cuenta en una tarjeta genuina, sustraída o extraviada, o incorporar en un soporte plástico y/o magnético los datos personales de quien va a utilizarla junto con otros obtenidos de tarjetas auténticas, con procedimientos como el de colocar un segundo lector en el cajero automático de una sucursal bancaria que grabará los datos de sus clientes, por ejemplo.

La tarjeta magnética (de crédito o débito) consta de dos partes: i) el soporte material (el plástico), en el que se incorporan datos como el nombre del tarjeta-habiente, el número de la tarjeta, la fecha de vencimiento e información de la entidad emisora, cuya lectura la puede hacer cualquier persona que lo tenga a su alcance; y ii) la banda magnética que contiene datos que no pueden ser visualizados sino mediante la utilización de sistemas informáticos muy sofisticados¹.

1. LA FALSIFICACIÓN DE LA PARTE PLÁSTICA.

Al definir el artículo 294 del Código Penal colombiano como documento para efectos de la ley penal “toda expresión de persona conocida o conocida recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, soporte material que exprese o incorpore datos o hechos, que tengan capacidad probatoria”, describe como documento la declaración de voluntad de una persona materializada en datos, hechos o narraciones que tenga eficacia probatoria o cualquier tipo de relevancia jurídica.

En tales condiciones no hay duda de que la parte plástica impresa de la tarjeta de crédito o débito es un documento, pues se trata de una expresión de persona conocida o conocida recogida por un soporte material que incorpora datos que tienen capacidad probatoria; es

⁸ BACIGALUPO ZAPATER, en Poder Judicial núm. especial IX, 1988, 90; ROMEO CASABONA, en Poder Judicial núm. especial IX, 1988.

decir, se cumple la triple función asignada al documento: la probatoria, la de perpetuación y la de garantía¹. Por tanto, la falsificación de los datos contenidos en el soporte plástico de la tarjeta, cuya lectura es fácil, da lugar a tipificar el delito de falsedad en documento privado.

2. LA FALSIFICACIÓN DE LA BANDA MAGNÉTICA.

No hay duda de que los datos plasmados en la banda magnética de la tarjeta de crédito o débito pueden ser visualizados con cierta duración, a pesar de no estar estampados en un medio mecánico o técnicamente impreso ni en soporte material, porque la percepción de ciertos datos es factible cuando el receptor de la tarjeta pretenda elaborar el correspondiente documento de crédito, especialmente cuando el cupo de crédito asignado al titular de la tarjeta se ha agotado o se ha producido la cancelación de la misma por parte de su emisor, casos en los que se produce el rechazo de la tarjeta; esto sin perjuicio de que la total percepción de dichos datos sea posible por parte de quien expide la tarjeta en la pantalla de su ordenador, que constituye un soporte duradero¹. Se sabe que determinada entidad bancaria o crediticia es la autora de la tarjeta, de modo que dicho documento es expresión de una persona conocida o conocible. Además, los datos consignados en la banda magnética cumplen una función probatoria no sólo ante la entidad emisora de la respectiva tarjeta sino también ante la sociedad en general, dado que la misma se expide para que sea usada por su titular ante cualquier persona física o jurídica que la acepte¹.

En tales condiciones la falsificación de los datos incorporados en la banda magnética de la tarjeta es típica del delito de falsedad documental. Esta conclusión se facilita si se adapta la interpretación legal del concepto de documento al progreso técnico.

B. LA UTILIZACIÓN DE LA TARJETA FALSIFICADA EN CAJERO AUTOMÁTICO.

⁹ Por todos, DE LA MATA BARRANCO, en Poder Judicial núm. especial IX, 1988, 170 ss.

¹⁰ FERNÁNDEZ GARCÍA/LÓPEZ MORENO, en Poder Judicial núm. 46, 1997(II), 185.

¹¹ CHOCLÁN MONTALVO, Estafa, 2000, 309 ss, dice que para castigar estas conductas como estafas informáticas, calificación que no le parece del todo acertada, habría de ser tenidas como artificios semejantes, sin perjuicio de ser calificadas como robo con fuerza en las cosas conforme a lo establecido por el artículo 239 CP español; del mismo autor en Cuadernos de Derecho Judicial 2001-X, 345.

La utilización de la tarjeta falsificada en cajero automático ha de ser analizada a la luz de los tipos de los delitos de estafa, transferencia no consentida de activos y hurto por medios informáticos y semejantes.

1. DE LA ESTAFA.

Ha de descartarse la comisión del delito de estafa en los casos de utilización de tarjeta de débito o crédito falsa en cajero automático para retirar dinero, porque el autor no induce a error a una persona, sino que manipula una máquina¹, ni obtiene de la víctima la disposición patrimonial perjudicial como consecuencia del error; salvo opinión hoy minoritaria que asimila la manipulación de la máquina a la acción de engaño¹ y considera que el acto de disposición es hecho por la víctima con antelación a la realización de tal manipulación.

2. DE LA TRANSFERENCIA NO CONSENTIDA DE ACTIVOS (ART. 269J CP)

Dispone el artículo 269J:

TRANSFERENCIA NO CONSENTIDA DE ACTIVOS. El que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consiga la transferencia no consentida de cualquier activo en perjuicio de un tercero, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena más grave, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento veinte (120) meses y en multa de 200 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La misma sanción se le impondrá a quien fabrique, introduzca, posea o facilite programa de computador destinado a la comisión del delito descrito en el inciso anterior, o de una estafa.

¹² GALÁN MUÑOZ, El fraude, 2005, 748, dice que la amplitud del concepto de manipulación permitiría la inclusión en su seno de los denominados usos no autorizados del sistema.

¹³ HERRERA MORENO, en Actualidad Penal núm. 39, 2001, 956, dice: “En el fraude informático, aún el operado mediante un artificio semejante a la manipulación, la traslación típica atañe a un elemento contable como son los activos, y en cualquier caso, el delito se consumaría sin necesidad de que el autor llegue al apoderamiento”.

Si la conducta descrita en los dos incisos anteriores tuviere una cuantía superior a 200 salarios mínimos legales mensuales, la sanción allí señalada se incrementará en la mitad.

De cara a esta modalidad pueden darse cuatro situaciones:

a. Que a la conducta consistente en introducir la tarjeta magnética falsa en el sistema informático del cajero automático y pulsar el PIN no se la considere como manipulación informática, porque el sujeto no realiza ninguna maniobra encaminada a manipular los datos contenidos en el sistema, pues el comportamiento del sujeto consiste sólo en entrar al sistema y dar la orden de que le sea entregada una suma de dinero, a lo cual procede el cajero automático si existe disponibilidad de fondos.

Que tampoco se la tenga a tal conducta como artificio semejante, porque el artificio ha de ser semejante a la manipulación informática en lo informático y no sólo en lo manipulable, motivo por el cual ha de concluirse que el concepto de artificio semejante es subsumido por el de manipulación informática.

De acuerdo con esta posición habría de afirmarse que quien emplea tarjeta magnética falsa para ingresar al sistema informático de un cajero mediante la utilización de la clave secreta realiza la siguiente actividad: entra al lugar donde está el aparato, introduce la tarjeta magnética y la clave secreta que le exige el cajero, se introduce en el sistema, solicita la suma deseada y queda en espera de que el cajero se la entregue o no, pero no realiza manipulación informática ni artificio semejante alguno.

Conforme a esta posición no hay duda de que debe descartarse la existencia del delito de transferencia no consentida de activos (art. 269J CP) porque no se da uno de los elementos del tipo objetivo de dicho delito, que consiste en valerse de manipulación informática o artificio semejante para conseguir la transferencia no consentida¹⁴.

b. Que a la entrada al software del cajero automático y la modificación de los datos contenidos en el mismo a través del registro del retiro de una suma de dinero sí se las tenga como una manipulación informática.

¹⁴ SUÁREZ SÁNCHEZ, La estafa informática, 2009, pp. 267 y ss.

Esta posición plantea dos problemas: i. si el ingreso en el software y el registro del retiro de una suma de dinero es una manipulación; y ii. si el retiro de dinero es una transferencia patrimonial. A continuación se analizarán estas hipótesis.

b.1. Con relación a la solución del primer problema planteado hay que recordar que no es pacífica la doctrina al considerar la utilización de la tarjeta magnética para ingresar en el sistema informático del cajero automático como manipulación informática, al entenderse que no se produce la alteración o intervención en el correcto funcionamiento del proceso, lo que ha motivado que para calificar como estafa informática (delito al cual se refieren la doctrina española al plantear esta tesis, cuyo texto es idéntico al artículo 269J) a tal uso se le tenga no como manipulación informática sino como “artificio semejante”¹.

Así se parte de un concepto amplio de manipulación informática que entienda como tal toda conducta que incida en el comportamiento del software o sobre los datos consignados en el sistema (que en tal caso se da por realizada a partir del momento en que se logra la anotación contable perjudicial para el titular de la tarjeta magnética), ha de admitirse que cuando el autor mediante la utilización de tarjeta magnética falsa logra entrar al sistema informático del cajero automático y retirar el dinero sólo concurre uno de los elementos del tipo objetivo del delito de transferencia no consentida de activos porque el sujeto se vale de una manipulación informática¹, pero esto no sería suficiente para declarar que la conducta es típica de tal delito porque se echaría de menos el elemento de la transferencia no consentida del activo patrimonial¹.

Si el delito de transferencia no consentida de activos se perfecciona por la realización de una transferencia de activos patrimoniales, sin que se exija para su consumación que el autor obtenga la utilidad ilícita codiciada mediante la misma, no es suficiente el registro de una anotación que disminuya el activo, que se da cuando el sujeto agente luego de entrar al sistema informático mediante la utilización de la tarjeta falsa y la pulsación de la clave secreta solicita la entrega de una suma de dinero, que el cajero entrega o no lo hace por cualquier

¹⁵ VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES, Penal Especial, Dir. QUINTERO OLIVARES, 2007, 647, dicen con razón: “No se trata, por tanto, de transferencias de activos patrimoniales, sino de sustracción de dinero mediante el uso por un tercero del medio específico adecuado para acceder al mismo”.

¹⁶ SUÁREZ SÁNCHEZ, Delitos contra el patrimonio, 2000, 323.

¹⁷ SUÁREZ SÁNCHEZ, Manipulaciones de tarjetas, 2007, 132.

circunstancia. Así se realice tal registro y se obtenga el apoderamiento del dinero exigido al cajero, la transferencia de un activo patrimonial, entendida como el registro de una operación contable en perjuicio de la víctima con el correlativo registro en beneficio del autor, en este caso no concurre, porque si bien es cierto que se produce el traslado de un dinero del patrimonio del sujeto pasivo al del sujeto activo, también lo es que no se da un traslado contable, que sólo se realiza mediante la anotación de un activo con la creación de un correlativo pasivo¹.

Aplicado esto al supuesto de utilización de tarjeta magnética falsa para la extracción de dinero ajeno de cajero automático, de un lado podría darse la posición de que así se tenga tal uso como manipulación informática o artificio semejante, no serían suficientes el mismo y la citada extracción para configurar el delito de transferencia no consentida de activos, porque en tal caso el comportamiento propuesto y cumplido por el autor es no sólo el de la modificación de unos datos a través de la citada manipulación sino también el del adueñarse de una suma de dinero que le entregue el cajero; es decir, el agente no buscaría la realización de una defraudación mediante la transferencia de un activo (dinero contable o escritural) sino el apoderamiento de una cosa mueble ajena. De acuerdo con esta postura, no hay la transferencia de activos patrimoniales porque sólo se lleva a cabo la anotación contable en los datos informáticos del verdadero titular de la tarjeta magnética, sin que se produzca la correlativa anotación que cause la obtención de un activo o la cancelación de un pasivo; la no concurrencia del elemento típico de la transferencia de activos patrimoniales no consentida obligaría a descartar en tal caso la existencia del delito descrito en el artículo 269J.

Se reafirma que lo que da lugar a calificar una conducta como transferencia no consentida de activos es el empleo de una manipulación que produce dicha transferencia patrimonial nociva, que no se da cuando el sujeto mediante el uso de una tarjeta magnética falsa logra que el cajero automático le haga entrega de cierta suma de dinero, porque en tal caso se cumple una conducta de apoderamiento y no de defraudación¹.

b.2. Al plantearse el segundo de los problemas mencionados relativo a si la extracción de dinero de un cajero automático es una transferencia patrimonial, hay que dar una

¹⁸ SUÁREZ SÁNCHEZ, Delitos contra el patrimonio, 2000, p. 75.

¹⁹ MATA Y MARTÍN, en Poder Judicial núm. 49, 1998(I), 354.

respuesta negativa, pues en tal caso se produce un apoderamiento y no la defraudación propia de la transferencia no consentida de activos.

Si el delito de transferencia no consentida de activos se perfecciona por la realización de una transferencia patrimonial perjudicial para un tercero, sin que se exija para su consumación que el autor obtenga la utilidad ilícita codiciada mediante la misma, no es suficiente el registro de una anotación que disminuya el activo, como ocurre en el caso de que el sujeto agente luego de entrar al sistema informático mediante la utilización de la tarjeta falsa y la pulsación del PIN solicite la entrega de una suma de dinero que el cajero automático no autoriza por cualquier circunstancia, puesto que se requiere la transferencia de un activo que en este caso no se da. Si transferir, entre otras acepciones, según el Diccionario de la Lengua Española, es “remitir fondos bancarios de una cuenta a otra”, para que se realice la conducta de la transferencia no consentida de activos no basta el registro de una operación en determinado banco de datos y el apoderamiento de una suma de dinero, sino que se exige, como se ha repetido, la correlativa anotación en la cuenta a la que se remite el activo patrimonial. Así, por ejemplo, realiza la mencionada transferencia de activos quien entra a un sistema informático y de la cuenta de B traslada a la de C una suma de dinero, porque en este caso se da la anotación de un pasivo (en la cuenta de B) con un correlativo activo (en la cuenta de C)

Si se registra el retiro del dinero en el sistema y en ese momento se presenta una falla en el mismo que impida la entrega del metálico no puede decirse que se ha consumado el delito de transferencia no consentida de activos, a pesar de haberse registrado la operación que afecta el patrimonio del titular de la respectiva cuenta, porque no obstante que se ha dado el registro de un crédito, mediante la anulación de un activo en el patrimonio de la víctima, se echa de menos la transferencia patrimonial, que se materializa cuando aquel registro tiene una correlación en otra operación contable.

El sujeto activo en los casos de utilización de tarjeta magnética falsa en cajero automático no busca una transferencia sino el apoderamiento de un dinero, porque su deseo no es el de defraudar sino el de adueñarse de una cosa mueble ajena.

Si el cajero automático registra la anotación y entrega la suma pedida por el operador, de parte de éste se da el delito de hurto pero no la defraudación propia de la transferencia no consentida de activos que se realiza mediante la transferencia patrimonial perjudicial, porque

el aumento del activo del victimario o de un tercero y la correlativa disminución del de la víctima se da por el apoderamiento de una suma de dinero.

3. DEL HURTO POR MEDIOS INFORMÁTICOS Y SEMEJANTES.

3.1. LA SITUACIÓN ANTES DE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 1273 DE 2009.

En el supuesto analizado se dan los elementos típicos del delito de hurto calificado por la superación de seguridades semejantes a las electrónicas (art. 240.4 CP), dado que el fundamento de esta modalidad de hurto es el quebrantamiento por el autor de las barreras de protección colocadas por el titular del bien jurídico.

Innegable es que el legislador penal colombiano de 2000 considera más lesivas del bien jurídico del patrimonio económico las conductas realizadas por el sujeto agente mediante la superación de ciertas seguridades privadas colocadas por la víctima para evitar el latrocinio, como las seguridades electrónicas y otras semejantes (art. 240.4 CP). Al legislador le interesa sancionar de manera más drástica las conductas de apoderamiento realizadas mediante el vencimiento de los obstáculos que el titular del derecho patrimonial ha colocado para una mejor preservación de los bienes.

Son seguridades electrónicas aquellos mecanismos que de manera automática funcionan ante la presencia de cualquier estímulo, como, por ejemplo, las alarmas. Se superan las seguridades electrónicas cuando se vencen aquellos sofisticados medios privados de defensa que han sido colocados por el titular de la relación posesoria para dificultar o evitar el apoderamiento de las cosas¹.

Ante los novedosos y avanzados sistemas de seguridad pueden ser consideradas seguridades semejantes a las electrónicas: las informáticas, las electromagnéticas, las elaboradas con fundamento en datos personales de identidad, como el análisis del iris del ojo, la huella dactilar, la identificación de voz humana, etc.

En tales condiciones el apoderamiento de dinero efectivo a través de manipulaciones de cajeros automáticos por la utilización de tarjeta magnética falsa no era atípico de cara al

²⁰ SUÁREZ SÁNCHEZ, La estafa informática, 2009, p. 254.

Código Penal de 2000, dado que dicha conducta bien podía ser reconducida a la comentada causal de calificación del hurto (art. 204.4 CP)¹.

Aun en el supuesto caso de que no hubiese existido dicha causal de calificación del hurto la conducta tampoco sería atípica, porque el sujeto activo se apoderaba de una cosa mueble (pues así se considera al dinero circulante) ajena, con el propósito de obtener un provecho para sí o para otro, razón por la cual el comportamiento sería cobijado por el tipo básico del hurto (art. 239 CP). No hay duda de que la conducta del sujeto activo se concreta en el acto de desplazamiento de la cosa de la esfera de dominio del sujeto pasivo a la del activo, lo que constituye la conducta de dicho delito patrimonial.

Lo dicho reafirma que la circunstancia de que tal conducta no hubiera sido posible adecuarla en el tipo penal del delito de estafa, por no inducirse a error a una persona (dado que sólo se engaña a una máquina) ni realizar el sujeto engañado el acto de disposición patrimonial, no tornaba atípica a la misma.

El legislador penal colombiano acertó al redactar la mencionada causal de calificación del hurto, porque a pesar de que tal vez no previó en ese momento que el hurto podría realizarse mediante la superación de seguridades informáticas, creó una fórmula abierta que permitiría reconducir a dicha causal el apoderamiento mediante superación de aquéllas, que, sin duda, son semejantes a las electrónicas.

Como el Código Penal colombiano no considera llaves falsas a las tarjetas magnéticas o perforadas, como lo hace, por ejemplo, el español (art. 239 CP), la utilización de las mismas para ingresar al receptáculo que resguarda el cajero no configura por sí sola la causal de calificación descrita en el artículo 240.4, que también señala como forma de calificación del hurto la utilización de llave sustraída o falsa.

3.2. LA SITUACIÓN EN VIGENCIA DE LA LEY 1273 DE 2009

A pesar de que el apoderamiento de una suma de dinero mediante la manipulación de un cajero automático a través de la utilización de tarjeta magnética falsa no era una conducta atípica, conforme a lo antes analizado, el legislador aprovechó la expedición de la ley que

²¹ SUÁREZ SÁNCHEZ, Manipulaciones de tarjetas, 2007, 133-134.

habrá de proteger la información y los datos para reafirmar la ya existente tutela penal, al crear una forma especial de hurto que ha de realizarse mediante la superación de medidas de seguridad informáticas y la manipulación de un sistema informático, una red de sistema electrónico, telemático u otro medio semejante.

Dispone el artículo 269I del Código Penal:

HURTO POR MEDIOS INFORMÁTICOS Y SEMEJANTES: El que, superando medidas de seguridad informáticas, realice la conducta señalada en el artículo 239 manipulando un sistema informático, una red de sistema electrónico, telemático u otro medio semejante, o suplantando a un usuario ante los sistemas de autenticación y de autorización establecidos, incurrirá en las penas señaladas en el artículo 240 de este Código.

Se trata de una forma especial de hurto que remite a la estructura del tipo básico del hurto (art. 239 CP).

Se dijo antes que en el delito de hurto por medios informáticos y semejantes el bien jurídico es de los denominados intermedios, en el que el referente individual lo constituye la protección del patrimonio económico, definido como “el conjunto de relaciones posesorias legítimas”¹.

- Son elementos del tipo objetivo del hurto cuya modalidad es materia de estudio, los siguientes:

a. El sujeto activo es indeterminado y lo es la persona que manipula el cajero automático mediante la tarjeta falsificada;

b. El sujeto pasivo lo es el titular de la relación posesoria económica legítima, es decir el poseedor del dinero sustraído;

c. El objeto material lo constituye la cosa mueble: el dinero que se retira del cajero automático;

²² SUÁREZ SÁNCHEZ, Manipulaciones de tarjetas, 2007, 134.

d. La conducta en el hurto por medios informáticos y semejantes a través de la utilización de tarjeta falsa o ajena en cajero automático consiste en superar las seguridades informáticas mediante la manipulación del sistema informático, la red de sistema electrónico, telemático u otro semejante del cajero; y

e. Los elementos normativos de esta concreta modalidad delictiva son los conceptos de mueble y ajena en el tipo básico, y los de seguridades informáticas, sistema informático, red de sistema electrónico y telemático, en el tipo especial, porque se requiere de una especial valoración por parte del intérprete para entender el alcance de estas expresiones.

- Los elementos del tipo subjetivo son:

a. El propósito de aprovechamiento, señalado por el tipo básico; y

b. El dolo, que puede ser directo o eventual, dado que el hurto no admite la modalidad culposa.

Como el tema de este artículo es el hurto por medios informáticos y semejantes a través de la utilización de tarjeta magnética falsa o ajena en cajero automático, centraré el análisis de la conducta típica en esta especial modalidad, tan utilizada en la actualidad para atentar contra el patrimonio económico ajeno.

La forma especial de hurto analizada ha de llevarse a cabo mediante la realización de dos comportamientos: i) la superación de medidas de seguridad y ii) la manipulación de un sistema informático, una red de sistema electrónico, telemático u otro semejante, o la suplantación de un usuario ante los sistemas de autenticación y de autorización establecidos.

De aquellas modalidades comisivas mediante la utilización de tarjeta falsa en cajero automático se analizarán las de superación de medidas de seguridad y manipulación del un sistema informático.

a. La superación de medidas de seguridad informática

Las seguridades privadas colocadas por los bancos y demás entidades financieras para proteger los dineros depositados en los cajeros automáticos consisten en la cerradura de

acceso al lugar donde se encuentren los aparatos y el bloqueo del sistema al que se tiene acceso mediante la introducción de la tarjeta magnética y la pulsación de la clave secreta.

Se superan las medidas de seguridad informática de los cajeros automáticos mediante la introducción de la tarjeta magnética y la pulsación de la clave secreta. Para consumir esta conducta típica no es suficiente penetrar al habitáculo donde está el cajero, pues si no introduce la tarjeta ni pulsa la clave secreta respectiva el agente no logra el ingreso al sistema informático y menos la superación de las medidas de seguridad informática. La utilización de la tarjeta falsa sólo le facilitará al sujeto acceder al teclado del cajero pero no entrar al sistema; por tanto, tal uso no implica la superación total de las defensas privadas instaladas por el titular del bien jurídico.

Esto quiere decir que la introducción de la tarjeta magnética en el cajero y la posterior pulsación de la clave secreta son en últimas los medios eficaces que utiliza el autor para superar la defensa particular, dado que la introducción al lugar donde está el aparato no constituye aún el peligro para el bien jurídico; tan es así que en algunos sitios públicos existen cajeros a los que se accede sin necesidad de abrir alguna cerradura.

La barrera de protección que se supera en los casos mencionados no es el habitáculo en el que se encuentra el cajero sino el cajero mismo, en concreto, el dispositivo automático que entrega el dinero; de modo que para la tipicidad de la conducta no interesa el lugar donde se encuentre el cajero, pues bien puede estar en el interior de un receptáculo o en un espacio de fácil acceso para el público.

Si la tarjeta magnética se utiliza para obtener la entrada al lugar donde se encuentra instalado el cajero automático y además se emplea para acceder al sistema y obtener el apoderamiento del dinero luego de la pulsación de la respectiva clave secreta, la conducta del autor no queda reducida a la de entrar al habitáculo que resguarda al cajero e iniciar el acceso al sistema de protección impuesto por la entidad bancaria mediante la inserción de la tarjeta en el cajero, dado que logra entrar de manera definitiva al sistema informático a través de la pulsación de la clave secreta y “el cajero automático, al constatar la pulsación del número personal correspondiente al titular de la tarjeta, es cuando admite la operación y no antes”¹.

Quien penetra al recinto donde se encuentra instalado el cajero automático y no inserta en él la tarjeta ni pulsa el número personal respectivo no puede superar la totalidad de las defensas privadas instaladas por el titular de la relación posesoria ni apoderarse de suma de dinero alguna, pues, se repite, las seguridades colocadas por los bancos y las demás entidades financieras para proteger los dineros depositados en los cajeros automáticos consisten en la cerradura de la puerta de acceso al lugar donde se encuentren los aparatos y el bloqueo del sistema al que sólo se tiene acceso mediante la introducción de la tarjeta magnética y la pulsación de la clave secreta. Si la utilización de la tarjeta magnética va acompañada de la pulsación del número secreto, no hay duda de que se superan las medidas de seguridad informática impuestas por la institución bancaria o financiera.

b. La manipulación del sistema informático.

El legislador empleó una fórmula descriptiva amplia que alberga tanto las formas de manipulación que hoy emplea el hombre para lograr el apoderamiento de las cosas muebles ajenas, como las que llegare a inventar en el futuro con la ayuda de los avances de la técnica, que hoy no pueden ser imaginados. Esta fórmula descriptiva logra cubrir todos los posibles procedimientos de utilización irregular de un sistema informático, una red de sistema electrónico, telemático o medio semejante, para lograr el resultado buscado por el autor del hecho, consistente, como ya se dijo, en el apoderamiento de lo ajeno.

Por manipulación informática ha de entenderse la “modificación no autorizada de datos o programas contenidos en un sistema informático, en cualquier fase de su incorporación o procesamiento”¹.

La manipulación del sistema informático que da lugar a la realización del delito de hurto por medios informáticos y semejantes consiste en el incorrecto uso de un sistema informático,

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sent. 25 de mayo de 2006, Rad. 20326.

* Abreviaturas utilizadas: ADP: Anuario de Derecho Penal (citada por año); AFDUAM: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma (citada por número y año); AJA: Actualidad Jurídica Aranzadi (citada por número y año); AP: Actualidad Penal (citada por año y tomo); Art: artículo; CC: Código Civil; CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial (citada por año y tomo); CE: Constitución Española; Comp.: compilador; Coord./s: coordinador/es; CP: Código Penal; CPC: Cuadernos de Política Criminal (citada por número y año); Dir/s: director/es; DP: Derecho Penal; Ed./s.: editor/es; EDJ: Estudios de Derecho Judicial (citada por año y número); EM-Casabó: Estudios Jurídicos en memoria del Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, dos volúmenes, Universidad de Valencia, 1997; EP-Díaz Pita: Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Pilar Díaz Pita, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; EPC: Estudios Penales y Criminológicos (citada por número

siempre y cuando sea idónea para producir el perjuicio patrimonial no consentido por el titular del bien jurídico. El uso incorrecto del sistema informático en esta modalidad delictiva se refiere a la no concordancia que se da entre la utilización del cajero automático y la voluntad de quienes pueden realizar los actos de disposición de los dineros depositado en el mismo (el banco o la entidad crediticia y el titular de la respectiva cuenta), que se concreta cuando el sujeto que ha logrado entrar al sistema, mediante la introducción de la tarjeta y la pulsación de la clave secreta, realiza además las acciones relacionadas con el tratamiento de los datos registrados de acuerdo a las instrucciones del programa informático, es decir, mediante la selección de la operación a realizar, que en este caso es la de retiro de dinero, el señalamiento de la cuantía deseada, la orden de que la entregue y la recepción y el apoderamiento del dinero.

III. UTILIZACIÓN DE TARJETA OBTENIDA ILÍCITAMENTE O EXTRAVIADA POR SU TITULAR.

Si el sujeto obtiene la tarjeta ajena por medios ilícitos como el hurto, la estafa o la extorsión, por ejemplo, o por haber hallado la extraviada por su legítimo titular, y la utiliza para retirar dinero de cajero automático, se plantean las mismas hipótesis y posibles soluciones dadas a la utilización de tarjeta magnética falsa en cajero.

y año); H-Barbero: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. *In memoriam*, dos volúmenes, Universidades de Castilla-La Mancha y Salamanca, 2001; H-Del Rosal: Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, Edersa, Madrid, 1993; JD: Jueces para la Democracia (citada por número y año); La Ley: La Ley. Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía (citada por año y tomo); LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal; LH-Beristain: Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro homenaje al Profesor Antonio Beristain, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989; LH-Cerezo: La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002; LH-Landrove: Un Derecho Penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; LO: Ley Orgánica; LORRPM: Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor; MFC del CGPJ: Manuales de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial (citada por número y año); N., nn.: nota/s; Op. cit.: Obra citada; P., pp.: página/s; PANCP: Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal; PCP: Proyecto de Código Penal; PG: Parte General; RDPC: Revista de Derecho Penal y Criminología (citada por época, en su caso, número y año); RDPP: Revista de Derecho y Proceso Penal (citada por número y año); ReAIDP/e-RIAPL: Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal (citada por año y número de artículo); RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (citada por número de artículo y año); REIC: Revista Española de Investigación Criminológica (citada por número y año); RFDUC: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (citada por número y año); RJCAt: Revista Jurídica de Cataluña (citada por tomo, número y año); RJUAM: Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (citada por número y año); RP: Revista Penal (citada por número y año); S., ss.: siguiente/s; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; V.: véase. Este artículo se enmarca en los Proyectos de Investigación DER2010-16558, del Ministerio de Ciencia e Innovación (financiado con fondos FEDER) y LE066A11-1, de la Junta de Castilla y León; en ambos Proyectos el investigador principal es el Prof. Dr. D. Miguel Díaz y García Conlledo.

En tal supuesto ha de descartarse la existencia del delito de estafa porque el autor no induce a error a una persona sino que manipula una máquina y el acto de disposición patrimonial no lo realiza una persona sino la misma máquina manipulada. Tampoco es viable calificar el hecho de retirar el dinero de un cajero automático mediante una tarjeta ajena y sin consentimiento de su titular como transferencia no consentida de activos, porque la conducta no constituye dicha transferencia, como ya se explicó.

La utilización de la tarjeta magnética auténtica obtenida por medios ilícitos para la extracción de dinero de cajero automático da lugar a la consumación del delito de hurto por medios informáticos y semejantes (art. 269I). Me remito a los mismos argumentos expuestos antes con relación a la utilización de tarjeta de crédito o débito falsa para la obtención de dinero en cajero automático.

Con todo, vale la pena analizar algunos casos en los que dicha modalidad de hurto puede concurrir de manera real con otros hechos punibles. Tales supuestos son:

a. Si para la consecución de la tarjeta magnética se emplea violencia sobre las cosas, como romper el mueble donde la tiene guardada su titular, se daría el delito de hurto calificado por la violencia (art. 240.1 CP) respecto del apoderamiento de dicha tarjeta, cuya cuantía se determinaría por el valor del plástico impreso. Si luego el autor de tal apoderamiento utiliza la tarjeta para la extracción de dinero de cajero automático se dan dos delitos diferentes: i) el de hurto calificado por la violencia, respecto del apoderamiento de la tarjeta magnética y ii) el de hurto por medios informáticos y semejantes, respecto del apoderamiento del dinero¹. No puede decirse que se trata de un solo hecho, que el delito posterior subsuma al anterior y que se esté ante un concurso aparente de tipos penales, pues

²⁵ Sobre el tratamiento de la minoría de edad en los CP históricos, y el modelo que se seguía en la regulación de la exención de responsabilidad basada en la edad (si el modelo del discernimiento y/o el modelo biológico), v., entre otros, CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil*, 1988, 92 ss.; RÍOS MARTÍN, *Menor infractor*, 1994, 113 ss.; DEL ROSAL BLASCO, en: *CPC 54* (1994), 1039 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal*, 1998, 76 ss.; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Enjuiciamiento de menores*, 1999, 119 ss.; VENTAS SASTRE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP, II*, 1999, 72 ss.; *Minoría de edad*, 2002, 19 ss., 23 ss., 31, 39 ss.; *Minoría de edad penal*, 2003, 29 ss., 32 ss., 39, 40 ss., ocupándose del tratamiento de la minoría de edad en el PCP 1980 y en la PNACP 1983; CERVELLÓ DONDERIS, en: CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *Responsabilidad penal del menor*, 2002, 104 ss., quien se ha ocupado también de los distintos Proyectos y Anteproyectos sobre la responsabilidad penal del menor desde 1995; COLÁS TURÉGANO, en: CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *Responsabilidad penal del menor*, 2002, 35 s.; *DP de menores*, 2011, 56 ss., 123 s.; CRUZ BLANCA, *DP de menores*, 2002, 215 ss., 218 ss., 226 ss., ocupándose también del tratamiento de la edad penal en los distintos Proyectos y Anteproyectos CP desde el de 1980; GUALLART DE VIALA, en: BOLDOVA PASAMAR (ed.), *Nuevo DP juvenil*, 2002, 13 ss.,

se trata de dos comportamientos cuya pena se dosifica conforme a las reglas del concurso efectivo (art. 31 CP), que en este caso sería un concurso real. Este concurso en otras legislaciones, como la española (art. 77 CP), por ejemplo, se denomina medial, que se da cuando un delito sea el medio necesario para la comisión de otro, pues en este evento el apoderamiento previo de la tarjeta magnética es indispensable para la ulterior sustracción de dinero del cajero automático.

b. Si el apoderamiento de la tarjeta de crédito o débito se obtiene mediante el empleo de violencia sobre las personas se daría la modalidad del hurto calificado descrita en el artículo 240, inciso 2 del Código Penal. Si el autor luego de apoderarse con violencia sobre las personas de la tarjeta ejecuta el retiro de dinero en el cajero automático, lo mismo que en el caso inmediatamente anterior, realiza también el delito de hurto por medios informáticos (art. 269I CP) que concurre con el anterior.

c. Si el sujeto mediante violencia obtiene del titular de la tarjeta de crédito o débito la clave personal de acceso al cajero automático incurre en el delito de constreñimiento ilegal (art. 182 CP), porque mediante coacción logra que otro haga algo, que se concreta en la comunicación de tal clave; en este caso no se da el delito de hurto calificado por la violencia sobre las personas porque el autor no se apodera de cosa mueble ajena, calidad que no tiene dicha clave secreta¹. Este delito concurre con el de hurto por medios informáticos y semejantes si luego el mismo autor obtiene el retiro de dinero de cajero automático, por las razones antes expuestas.

19 ss., 22 ss., 33 ss.; HERNÁNDEZ GALILEA, en: VVAA, *El sistema español de justicia juvenil*, 2002, 41 ss.; HIGUERA GUIMERÁ, *DP juvenil*, 2003, 106 ss.; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 223 ss., 228 ss.; NAVARRO FRÍAS, en: SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), *DP y psicología del menor*, 2007, 100 ss.; SERRANO TÁRRAGA, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *DP juvenil*, 2ª, 2007, 275 ss.; MONTERO HERNANZ, *Justicia juvenil*, 2009, 40 ss. Y para el Derecho histórico, tanto desde la perspectiva del Derecho material como del "Derecho procesal", con la creación de los tribunales para niños, algunos retrocediendo a la época romana hasta la aparición de los distintos Convenios internacionales sobre la justicia de menores (desde el Convenio de la ONU sobre los derechos del niño hasta las Recomendaciones del Consejo de Europa), v., entre otros, CANTARERO BANDRÉS, *Op. cit.*, 42 ss., 52 ss., 90 ss.; RIOS MARTÍN, *Op. cit.*, 90 ss., 93 ss., 99 ss., 110 ss.; DEL ROSAL BLASCO, *Op. cit.*, 1042 ss.; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Op. cit.*, 42 ss., 45 ss., 47 ss., 55 ss., 122 ss.; CRUZ BLANCA, *Op. cit.*, 213 ss., 245 ss., 258 ss.; PÉREZ MARTELL, *El proceso del menor*, 2002, 28 ss., 33 ss., 91 ss.; HIGUERA GUIMERÁ, *Op. cit.*, 121 ss., 172 ss.; LANDROVE DÍAZ, *Introducción al DP de menores*, 2003, 22, 23 ss.; SERRANO TÁRRAGA, *Op. cit.*, 271 ss., 285 ss.; COLÁS TURÉGANO, *DP de menores*, 2011, 55 s., 59 ss.

²⁶ Sobre el fundamento de la atenuación de la pena en el art. 65 CP anterior, v., por todos, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal*, 1998, 81; en: AP 2000-3, 703, para quien se basaba en la imputabilidad disminuida del sujeto entre 16 y 18 años, siguiéndose para ello el criterio biológico puro y la presunción *iuris et de iure* de menor imputabilidad. En parecidos términos VENTAS SASTRE,

d. Si el sujeto agente mediante violencia sobre el titular de la tarjeta de crédito o débito le conduce al cajero automático donde le obliga a pulsar la clave personal luego de introducir la tarjeta en el mismo, se daría el delito de hurto calificado por la violencia sobre las personas. En este caso no se da el hurto por medios informáticos, porque la superación de las medidas de seguridad informáticas es la concreción de la violencia física o moral que se ejerce sobre la víctima, la que es subsumida por el hurto calificado por la violencia sobre las personas; el concurso es sólo aparente.

e. Si el autor retiene, arrebatada, oculta o sustrae a la persona titular de la tarjeta magnética para conducirla a varios cajeros en los que le obliga, a cambio de su libertad, a usar la tarjeta, pulsar la clave secreta y retirar el dinero, se daría la modalidad conocida en nuestro medio como “el paseo millonario”, en la que se perfeccionaría el delito de secuestro extorsivo (art. 169 CP, modificado por el art. 2 de la Ley 1200 de 2008) porque el autor realiza la conducta contra la libertad individual con el fin de obligar al secuestrado a “hacer algo” que consiste en entregar unas sumas de dinero¹; secuestro que se agrava conforme al artículo 170.8 *ibídem* porque en tal caso el autor logra la utilidad perseguida.

Minoría de edad, 2002, 44 s.; *Minoría de edad penal*, 2003, 99 s. La regulación del art. 65 CP 1944/1973 se completaba con la posibilidad de que el Juez decidiera sustituir la pena (con la correspondiente atenuación) por el internamiento en una institución especial de reforma por un tiempo indeterminado, hasta conseguir su corrección. Este precepto fue objeto de duras críticas por la indeterminación en cuanto a su duración, por la posible vulneración del principio de seguridad jurídica [v., por todos, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Op. cit.*, 82 s. y n. 22; VENTAS SASTRE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP, II*, 1999, 83 s.], y con la entrada en vigor del CP 1995 se dudaba de si aquel precepto estaba o no en vigor (porque hasta que no se aprobó la LORRPM, los preceptos penales del CP 1944/1973 relacionados con la minoría de edad siguieron vigentes –es decir, los arts. 8.2, 9.3 y 65 CP 1944/1973-), por la incompatibilidad con varios preceptos reguladores del principio de proporcionalidad en la duración de las medidas de seguridad, defendiéndose su vigencia siempre y cuando se interpretara en consonancia con las garantías constitucionales y el nuevo modelo de medidas de seguridad reconocido en el CP 1995 [v., en este sentido, ARROYO DE LAS HERAS, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), *Atenuantes*, 1997, 184 s.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Op. cit.*, 84; *Op. cit.*, 703 y n. 20; SILVA SÁNCHEZ, en: *Política criminal moderna*, 1998, 127; GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, en: *EDJ 1999-18*, 120; GARCÍA PÉREZ, en: *AP 2000-3*, 678 n. 21; CRUZ BLANCA, *DP de menores*, 2002, 225 s.; MARTÍN CRUZ, *Capacidad de culpabilidad*, 2004, 129 s.].

²⁷ El cambio en la normativa reguladora de la minoría de edad ha llevado a la doctrina a cuestionarse si, efectivamente, se ha elevado la edad penal a los 18 años o si, por el contrario, y a diferencia de la regulación anterior, lo que ha hecho el legislador ha sido rebajar la edad penal a los 14 años, aunque esta responsabilidad penal se exija a través de una ley especial, con un procedimiento especial y aplicando un sistema sancionatorio especial, con funciones también específicas y diferentes del régimen punitivo general. Sobre este particular, v., entre otros, CARMONA SALGADO, en: *Protección jurídica del menor*, 1997, 137; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP, II*, 1999, 23, 28; en: *RECPC 04-03* (2002), 1 s., 4, quien afirma que el art. 19 CP establece que el menor de 18 años puede no ser responsable criminal conforme a este texto punitivo, pero sí con arreglo a la ley de responsabilidad del menor; APARICIO BLANCO, en: *CDJ 1999-IV*, 163, quien afirma que, refiriéndose al proyecto de ley de responsabilidad penal de los menores, se ha procedido a rebajar la edad penal, de 16 a 13 años; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en: *AP 2000-3*, 705; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*,

f. La obtención ilícita de la tarjeta de crédito o débito puede realizarse a través de comportamiento que constituya delito patrimonial diferente al del hurto (en los casos ya vistos), como el de extorsión, si se constriñe al titular a entregar la tarjeta, o el de estafa, si se obtiene mediante maquinación fraudulenta, por ejemplo. En todo caso se da un concurso real con el posterior delito de hurto por medios informáticos y semejantes.

La obtención de la tarjeta ajena por un medio que constituya delito (hurto, extorsión, estafa, etc.) no puede ser considerada como indicativa del momento consumativo del delito cometido por la efectiva sustracción del dinero, pues si, por ejemplo, una persona se apodera de una tarjeta y la utiliza para retirar dinero de un cajero automático, el delito de hurto por medios informáticos y semejantes se entiende cometido en el momento en que aquélla obtiene el dinero y no cuando sustrae la tarjeta.

IV. TENTATIVA

Este delito es de resultado porque debe causarse el perjuicio patrimonial, que se concreta cuando el sujeto activo logra el apoderamiento del dinero depositado en el cajero automático.

2003, 308, quien se hace eco del pensamiento de un importante sector de la doctrina que afirma que la LORRPM, reconociendo la responsabilidad penal del menor, fundada en principios preventivo especiales, con sanciones y medidas diferentes a las de los adultos, ha supuesto no una elevación de la mayoría de edad penal a los 18 años, sino una rebaja de la mayoría de edad penal a los 14 años; MARTÍN CRUZ, en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo DP juvenil*, 2007, 124, quien descarta que se haya elevado la minoría de edad a los 18 años, sólo se ha excluido a los menores de esta edad del ámbito del CP, atribuyendo a la LORRPM la determinación de la minoría de edad penal; JIMÉNEZ DÍAZ, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, 150. De otra opinión, BUENO ARUS, *CDJ 2005-XXV*, 310 s., para quien no se ha rebajado la edad límite de la imputabilidad de los 16, o los 18, a los 14 años, si bien en: *Prólogo a DÍEZ RIAZA* (coord.), *Cuestiones relevantes*, 2004, 15 s., sí acaba reconociendo que la responsabilidad que se exige a través de la LORRPM es de naturaleza penal, simplemente por la razón de que el legislador ha dicho que es una responsabilidad penal (no porque según la naturaleza de las cosas lo sea). Por su parte, VENTAS SASTRE, *Minoría de edad penal*, 2003, 79, considera que más que un problema de elevación del límite de la edad penal, nos encontramos ante un problema del tratamiento específico que ha de recibir el menor y el joven infractor, lo que requiere un previo y profundo estudio del tema. Por su parte, CUELLO CONTRERAS, *El nuevo DP de menores*, 2000, 19 s.; en: BENÍTEZ ORTÚZAR (coord.), *Reforma del CP*, 2008, 23, sí afirma que en la anterior regulación de la Ley de Tribunales Tutelares de menores de 1948, que establecía la intervención con menores que no han alcanzado la edad de 16 años, no tenían naturaleza penal las medidas en ella previstas, sino que se trataban de medidas de orden civil o, simplemente, asistencial, si bien reconoce que con la STC 36/1991, de 14 de febrero, declarando inconstitucional el antiguo art. 15 de esta Ley y reconociendo las garantías procesales en el procedimiento que había de seguirse por los jueces de menores para la adopción de aquellas medidas, “nació el Derecho Penal de menores”.

Por tanto, nada impide la apreciación de este delito en el grado de tentativa si el autor de la manipulación de la tarjeta falsificada u obtenida ilícitamente ejecuta una acción idónea para apoderarse de una suma de dinero de la cuenta de otro y no logra disponer del metálico por motivo ajeno a su voluntad, como cuando es descubierto en el instante en que se dispone a retirar el numerario luego de haber introducido la tarjeta, pulsado el número secreto y solicitado la suma respectiva.

Si a pesar de haber intentado obtener el dinero, la operación no se lleva a cabo por circunstancias como la no disponibilidad de saldo en la cuenta o la utilización de una clave personal errada, por ejemplo, se está ante una tentativa imposible impune, dado que la acción no tiene la capacidad de producir el resultado prohibido.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO ZAPATER, E. Utilización abusiva de cajeros automáticos por terceros no autorizados, en "Nuevas formas de delincuencia", Poder Judicial núm. especial IX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1988, pp. 85 ss.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A. El delito de **estafa**, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.

- Fraude informático y estafa por computación, en Internet y Derecho penal, en Cuadernos de Derecho Judicial 2001-X, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 305 ss.

DE LA MATA BARRANCO, N. J. Utilización abusiva de cajeros automáticos: apropiación de dinero mediante tarjeta sustraída a su titular, en "Nuevas formas de delincuencia", Poder Judicial núm. especial IX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1988, pp. 151 ss.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M./LÓPEZ MORENO, J. La utilización indebida de tarjetas de crédito en el Código Penal de 1995, en Poder Judicial núm. 46, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997 (II).

GALAN MUÑOZ, A. **El Fraude** y la estafa informática mediante sistemas informáticos. Análisis del artículo 248.2 C. P., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

HERRERA MORENO, M. El Fraude informático en el Derecho Penal Español, en Actualidad Penal núm. 39, 2001.

LUZÓN PEÑA, D-M. **Curso** de Derecho Penal. Parte General I, Ed. Universitas S. A., Madrid, 1996.

MATA Y MARTÍN, R. M. **Bienes jurídicos intermedios** y delitos de peligro -aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios-, Comares, Granada, 1997.

- Los modernos sistemas de seguridad en el apoderamiento patrimonial, en Poder Judicial núm. 49, Consejo General del Poder Judicial, 1998 (I), pp. 321 ss.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Derecho Penal económico y de la empresa, **Penal General**, 2ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

NÚÑEZ CASTAÑO, E. La **estafa de crédito**, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

ROMEO CASABONA, C. M. Delitos cometidos con la utilización de tarjetas de crédito, en especial en cajeros automáticos, en "Nuevas formas de delincuencia", Poder Judicial núm. especial IX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1988, pp. 109 ss.

RUIZ VADILLO, E. Falsedad y defraudaciones por abuso informático, en "Falsedades y defraudaciones", Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XI, Consejo General del Poder Judicial., Madrid, 1995, pp. 169 ss.

SUÁREZ SÁNCHEZ, A. **Delitos contra el patrimonio** económico, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

- **Manipulaciones de tarjetas** magnéticas en el Derecho penal colombiano, Derecho Penal y Criminología, núm. 84, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 119 ss.

- La estafa informática, Unab-Grupo editorial Ibáñez, Bogotá, 2009.

TIEDEMANN, K. **Lecciones de Derecho** penal económico (comunitario, español, alemán), Ed. PPU, Barcelona, 1993.

VALLE MUÑIZ, J. M./QUINTERO OLIVARES, G. Comentarios a la **Parte Especial** del Derecho Penal, Dir. QUINTERO OLIVARES, G., 6ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2007.

EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LORRPM: LA FIJACIÓN DEL LÍMITE MÍNIMO, UN DEBATE PELIGROSAMENTE ABIERTO

PROF. DRA. MARÍA A. TRAPERO BARREALES
Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de León

Resumen: Sigue siendo una preocupación, de teóricos y operadores jurídicos, la fijación del límite mínimo para la intervención penal frente al menor infractor, un debate que se ha centrado principalmente en las propuestas de reducción de tal límite a los 12 o 13 años (o a una edad aún más baja). Las razones de tipo criminológico sobre el inicio de la actividad delictiva, y los datos cuantitativos y cualitativos, no parecen ser muy concluyentes, sobre todo cuando las investigaciones realizadas son tan escasas. Tampoco los argumentos relacionados con la falta de respuesta adecuada desde el sistema de protección justifican una decisión a favor de la rebaja del límite mínimo. En la época dominada por el Derecho penal de la seguridad y el populismo punitivo, cuando las reformas penales tienen como justificación una demanda social generada desde una aparente inseguridad, donde los medios de comunicación actúan como plataformas potenciadoras de ese estado de alarmismo, se hace más necesaria la búsqueda de una fundamentación del límite mínimo de la intervención penal basada en la responsabilidad: la regulación civil sobre la emancipación permite mantener este límite mínimo en 14 años.

Abstract: The establishment of the threshold for criminal intervention against the minor offender remains a concern of theorists and legal practitioners, a debate which has focused primarily on the proposals for reduction of this threshold to 12 or 13 years old (or even a lower age). Criminological reasons on the beginning of criminal activity, and quantitative and qualitative data, do not seem to be very conclusive, especially when researches are so scarce. Neither the arguments related to the lack of an appropriate response from the protection system justify a decision in favour of reducing the minimum threshold. This is a time dominated by criminal law based on security and punitive populism, in which criminal reforms take as their justification a social demand generated from an apparent insecurity, and the mass media act as platforms for enhancing the state of alarmism. Therefore, becomes more

necessary to find a justification of the threshold of criminal intervention based on liability: the civil regulation on the emancipation allows to keep this minimum threshold at the age of 14.

Palabras clave: adolescencia, alarma-tolerancia social, características criminológicas de la delincuencia de menores, criterio biológico, edad, educación obligatoria, emancipación, finalidad educativa, madurez, mayoría de edad, menor de edad, modelo de seguridad y tolerancia cero, política criminal, proceso evolutivo, responsabilidad, sistema asistencial y de protección.

Keywords: adolescence, social alarm, social tolerance, criminological characteristics of juvenile delinquency, biological criterion, age, compulsory education, emancipation, educational purpose, maturity, age of majority, minor, security and zero-tolerance model, criminal policy, evolutionary process, liability, assistance and protection system.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. El criterio biológico puro, ¿criterio acertado?.- 3. La fijación del límite en 14 años: ¿implicaciones dogmáticas?.- 4. El límite de 18 años.- 5. Los tramos de edad a efectos de la aplicación de la LORRPM: razones para su establecimiento.- 6. El límite mínimo para la aplicación de la LORRPM.- 6.1. Razones para su establecimiento en 14 años.- 5.2. Propuestas de modificación, a la baja y al alza, del límite mínimo.- 6. Valoración final

*1. Introducción**

Comúnmente se afirma que, por primera vez, con la aprobación del CP 1995 se ha equiparado la edad de la plena capacidad de obrar en el ámbito civil y político y la mayoría de edad penal. En efecto, el art. 19 CP dispone expresamente, *a sensu contrario*, que las normas de este cuerpo legal serán aplicables al sujeto que haya cometido un delito y sea mayor de 18 años.

Se abandona, pues, la tradición histórica española en la que se ha previsto la aplicación del CP a los menores de esta edad, en un principio estableciendo una presunción *iuris et de iure* de irresponsabilidad penal por inimputabilidad en los niños menores de una determinada edad (menor de 7 años en el CP 1822) y recurriendo al criterio del discernimiento para establecer la responsabilidad penal, atenuada, a los sujetos que, superando esa edad, siguen siendo menores (en el CP 1822 entre 7 y 17 años) hasta llegar al sistema del CP anterior en el que el límite de edad para exigir la responsabilidad penal se fijaba en 16 años (art. 8.2.º CP 1944/1973), optando en el establecimiento de este límite por el criterio biológico (este criterio, y el límite de 16 años, habían aparecido por primera vez en el CP 1928)¹, una responsabilidad penal que imperativamente había de atenuarse (con la rebaja de la pena obligatoriamente en un grado, facultativamente en dos grados) si el sujeto tenía una edad comprendida entre 16 y 18 años (arts. 9.3.ª y 65 CP 1944/1973)¹. Esta regulación del CP anterior se completaba, en la última fase de su vigencia (vigencia que se prolongó hasta la aprobación y entrada en vigor de la LORRPM, esto es, hasta el 13 de enero de 2001), con la LO 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y procedimiento de los juzgados de menores, en la que se establecía la competencia de los juzgados de menores para conocer de los delitos y faltas cometidos por menores con edades comprendidas entre los 12 a los 16 años (art. 9 LO 4/1992).

Es decir, la situación inmediatamente anterior a la aprobación del CP 1995, y que se prolongó hasta la entrada en vigor de la LORRPM en enero de 2001, era la siguiente:

¹ Si se acepta que, al menos desde la aprobación de la LO 4/1992, también se exigía responsabilidad penal al menor de 16 años, entonces, con la normativa ahora en vigor, por un lado se ha elevado el límite mínimo para exigir responsabilidad penal al menor de edad, del límite mínimo de 12 años se ha pasado al límite mínimo de 14 años, y, por otro lado, también se ha elevado el límite máximo de aplicación de la legislación de menores, del límite máximo de hasta 16 años se ha pasado al límite máximo de hasta 18 años, y desde esta perspectiva sí es cierto que se ha equiparado la mayoría de edad penal con la civil y política, ya que el CP (denominado de adultos, por contraposición a la LORRPM) se va a aplicar a partir de la mayoría de edad.

² La pretensión inicial del legislador fue aprobar a la vez el nuevo CP 1995 y la LORRPM, para que entraran en vigor al mismo tiempo, pretensión que finalmente no se logró, como sabemos. Durante la tramitación del que finalmente fue CP 1995 se presentaron ya varias propuestas legislativas en torno a la regulación de la responsabilidad de los menores. Para más detalles sobre los distintos Borradores, Proposiciones, Anteproyectos y Proyectos de regulación de la responsabilidad penal del menor, v., ampliamente, CHOCLÁN MONTALVO, en: *AJA* 214 (1995), 1 ss.; CARMONA SALGADO, en: *Protección jurídica del menor*, 1997, 139 ss.; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP, II*, 1999, 23, 24 s., 39 ss., 47, 48 ss., 59 ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI/GIMÉNEZ-SALINAS, en: *EM-Casabó I*, 1997, 553 ss., 562 s.; SILVA SÁNCHEZ, en: *Política criminal moderna*, 1998, 132 ss., 137 ss.; VENTAS SASTRE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP, II*, 1999, 92 ss.; *Minoría de edad penal*, 2003, 219 ss., 223 ss.; CRUZ BLANCA, *DP de menores*, 2002, 290 ss.; VIANA BALLESTER, en: *RP* 13 (2004), 157 s., 166 ss.

- menores de 12 años: estaban excluidos del ámbito de actuación de los juzgados de menores; si el menor de 12 años comete un hecho delictivo, en caso necesario será entregado a las instituciones de protección de menores.

- menores entre 12 y 16 años: los hechos delictivos cometidos por ellos eran juzgados por los tribunales de menores y sancionados con medidas, similares a las contenidas en la LORRPM.

- menores entre 16 y 18 años: los hechos delictivos cometidos por ellos eran juzgados por los tribunales ordinarios con aplicación del CP, si bien obligatoriamente había de atenuarse la responsabilidad penal.

- a partir de los 18 años: aplicación del CP sin atenuación de la responsabilidad penal por razón de la edad.

Como se ha indicado con anterioridad, en virtud de lo dispuesto en el art. CP 1995, las previsiones contenidas en este texto legal se han reservado para los sujetos mayores de 18 años que hayan cometido un delito. Pero en el art. 19 párrafo segundo CP se prevé que el menor de 18 años que “cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor”. Un precepto que pone en entredicho la afirmación destacada al inicio de este comentario¹, pues supone reconocer que la edad penal sí sigue estando por debajo de los 18 años, si entendemos, por un lado, que la

³ Desde la consideración de la importancia y trascendencia de esta cuestión, se apunta que quizás hubiera sido conveniente que el legislador hubiera modificado el art. 19 CP para fijar en este texto legal el límite mínimo de la responsabilidad penal, junto a la mayoría de edad penal. V., en este sentido, entre otros, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, en: *La Ley 1996-1*, 1610; CUELLO CONTRERAS/MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, en: *La Ley 1997-6*, 1583, proponiendo que este límite mínimo se estableciera en el art. 20 CP, por tanto, en el catálogo de las eximentes; CUELLO CONTRERAS, *PG*, 3ª, 2002, 968; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal*, 1998, 89; GARCÍA PÉREZ, en: *RDPC 2ª época 3* (1999), 65 n. 134; MACHADO RUIZ, en: *AP 2003-1*, 127; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 234; en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *DP juvenil*, 2ª, 2007, 335; NÁQUIRA/NÚÑEZ/VIAL/VIDAL/ROSENBLUT, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, 123, quienes afirman que en el CP no se ha mencionado la minoría de edad en el catálogo de las eximentes, y si se hubiera estimado que el menor de 14 años es inimputable, esto se debería haber declarado así expresamente en el CP, lo que les lleva a concluir que la razón de la exclusión del menor de 14 de la LORRPM no se basa en esta razón o fundamento, aparentemente al menos; JIMÉNEZ DÍAZ, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, 162 s.; en: MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *Menor víctima y victimario*, 2010, 63 s. Ya con anterioridad GONZÁLEZ ZORRILLA, en: *DJ 37/40*, 1983, 177, proponía esta declaración de exención de responsabilidad criminal de los menores de trece años (o de doce o de catorce) en el propio CP en su comentario a la PANCP de 1983, para adecuar así la fundamentación del precepto regulador de la minoría de edad a las nuevas tendencias doctrinales y político criminales.

edad penal es aquella a partir de la que se puede exigir responsabilidad penal a una persona y, por otro lado, que la ley reguladora de la responsabilidad penal del menor efectivamente establece y reconoce que el menor de 18 años sí es responsable penalmente de los hechos delictivos que cometa, aunque su responsabilidad se exija a través de una ley especial, recurriendo a unas sanciones especiales y a través de un procedimiento especial, supuestamente porque los fines que se persiguen son al menos parcialmente diferentes a los fines de las penas previstas para las personas mayores de 18 años¹.

La previsión contenida en el art. 19 segundo párrafo CP 1995 se ha desarrollado con la LORRPM, aprobada en el año 2000⁴. Esta ley ha descrito el ámbito subjetivo de aplicación, una cuestión que el legislador de 1995 había dejado abierta, lo que no ha escapado a las críticas de

⁴ A las preguntas formuladas en el texto aún se podrían añadir otras cuestiones relacionadas con la decisión de si procede o no la aplicación automática del CP a todo sujeto que haya cumplido los 18 años; todas ellas tendrían como denominador común la pertinencia o no de la creación del denominado DP juvenil, aplicable al joven entre 18 a 21 años (o edades ligeramente superiores) que haya cometido un delito, y, decidida la procedencia para su creación, las condiciones o requisitos para su aplicación, su extensión, medidas aplicables, etc.

⁵ La discusión sobre la in/imputabilidad del menor de 18 años está influenciada por un presupuesto previo, la fundamentación de la culpabilidad, un tema de amplio debate doctrinal y sobre el que no hay un mínimo acuerdo, ni siquiera en la propia aceptación de la culpabilidad como categoría autónoma de la teoría jurídica del delito. Prescindiendo de esta cuestión previa, un sector de la doctrina sí afirma que el sujeto que ha alcanzado la edad de 14 años es penalmente imputable y responsable, si bien dicha responsabilidad penal se establece a través de una ley especial. De esta opinión, SILVA SÁNCHEZ, en: *Política criminal moderna*, 1998, 105, 123; MATALLÍN EVANGELIO, en: *EPC XXII* (2000), 72 ss., 82 ss., 90 ss.; CEZÓN GONZÁLEZ, *La nueva LORRPM*, 2001, 44; ARROM LOSCOS, *Proceso penal con menores*, 2002, 26 ss., 43 s.; CÓRDOBA RODA, en: *RJCat 101*, 2 (2002), 370 s.; GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA (coords. penal), *Justicia penal de menores*, 2002, 97; HIGUERA GUIMERÁ, *DP juvenil*, 2003, 40 ss., 232 ss., 276, 285 ss.; LANDROVE DÍAZ, *Introducción al DP de menores*, 2003, 61; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 216 s., 234 y n. 15, 302, 308; AYO FERNÁNDEZ, *Garantías del menor infractor*, 2004, 81 ss.; VIANA BALLESTER, en: *RP 13* (2004), 162, 173, 183; RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Responsabilidad penal de los menores*, 2005, 43; BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS, en: *RDPC 2ª época 18* (2006), 47, 51; en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, 26, 30 s., para quienes se deduce esta conclusión del propio art. 19 CP, al afirmar de modo explícito la responsabilidad penal de los menores de 18 años, por lo que la regla general es que el menor de esta edad es imputable y con ello responsable penalmente, eso sí con arreglo a la LORRPM; BOLDOVA PASAMAR, en: GRACIA MARTÍN (coord.), *Tratado consecuencias*, 2006, 509, se trata de una imputabilidad *sui generis*; en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo DP juvenil*, 2007, 102; CANO PAÑOS, *DP juvenil europeo*, 2006, 189 s., 191, 194 s.; COLÁS TURÉGANO, en: GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU (coords.), *Responsabilidad penal del menor*, 2006, 101 ss.; LACRUZ LÓPEZ, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *DP juvenil*, 2ª, 2007, 254 s., para quien se trata de una imputabilidad plena dotada de características específicas derivadas de la propia naturaleza de los menores; ORNOSA FERNÁNDEZ, *DP de menores*, 4ª, 2007, 38 s., parece defender esta interpretación; PÉREZ MACHÍO, *Tratamiento jurídico-penal de los menores*, 2007, 34 s., 70 s.; DE LA ROSA CORTINA, en: *La Ley Penal 36* (2007), 50, si bien añade que las consecuencias jurídicas aplicables a los menores se basan, entre otros factores, en la menor culpabilidad de éstos; ARIAS GINER, en: ASENCIO MELLADO/FUENTES OSORIO (coords.), *Nuevos retos de la justicia penal*, 2008, 386, si bien inicialmente afirma que la ley del menor asocia a la culpabilidad específica de los menores un sistema de consecuencias singular que se basa en la menor culpabilidad (imputabilidad disminuida por razón de la edad, p. 384); JIMÉNEZ DÍAZ, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, 158, 164 s.; en: MORILLAS CUEVA

la doctrina¹: las prescripciones contenidas en la ley se aplicarán a los sujetos entre 14 y 18 años que hayan cometido un delito o falta tipificados en el CP o en las leyes penales especiales.

(dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *Menor víctima y victimario*, 2010, 60, 65; GÓMEZ RIVERO, en: ANARTE BORRALLA (dir.), *Justicia penal de menores*, 2010, 105, quien advierte que se ha de manejar un concepto “sui generis” de culpabilidad; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 365, reconociendo que se trata de una culpabilidad con algunas peculiaridades, MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 597, quien afirma que la ley está reconociendo cierta imputabilidad al menor a partir de los 14 años para hacerles capaces de una forma especial de responsabilidad penal; PANTOJA GARCÍA, en: *AFDUAM 15* (2011), 308, 309 s., 313, quien reconoce que se trata de una imputabilidad distinta. COLÁS TURÉGANO, en: CERVELLO DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *Responsabilidad penal del menor*, 2002, 48 ss., 54 s., sí reconoce que el menor entre 14 y 18 años es una persona imputable, responsable por tanto, pero no se trata de una capacidad exactamente igual a la del adulto formado, pues se trata de una personalidad en evolución, donde variables como la madurez y el peso de las influencias ajenas son relevantes; por tanto, se trata de una persona imputable pero es específica y matizada por estos elementos. Por su parte, MORA ALARCÓN, *DP y procesal de menores*, 2002, 38 s., 68, afirma que la ley ha entendido que a partir de 14 años el sujeto está dotado de plena imputabilidad y voluntad de querer, se le presupone por tanto imputable, si bien cabe la prueba en contrario. Ahora bien, este autor considera que en edades tempranas la imputabilidad debería estar siempre subordinada a la prueba de que el menor tiene la capacidad de entender o querer y no a una presunción de capacidad, calificando a la ley española como durísima por partir de la presunción de imputabilidad. Añade que el criterio que debería utilizarse para la valoración de la capacidad de entender y querer debería ser el de la madurez, y no atender a si el sujeto presenta o no alguna enfermedad o anomalía psíquica.

⁶ Otro sector de la doctrina pone en duda que el menor que ha cumplido los 14 años sea plenamente culpable/imputable; se ha afirmado que por encima de esta edad cabe hablar de una imputabilidad disminuida, ya que los sujetos con una edad entre 14-18 años no son motivables en los mismos términos que los adultos, se trata de personas que se encuentran en la fase de la adolescencia, psicológicamente su personalidad se ve sometida a un proceso de formación complejo e influido por diversos factores, una etapa que tiene una duración mayor en las sociedades cada vez más complejas. V., más ampliamente, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal*, 1998, 156 s., 159; en: *AP 2000-3*, 709 s., 715, 716; en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo DP juvenil*, 2007, 70; GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, en: *EDJ 1999-18*, 132; en: *Responsabilidad penal de los menores*, 2001, 45; CUELLO CONTRERAS, *El nuevo DP de menores*, 2000, 51, quien afirma que la ley ha acotado la responsabilidad penal en base a la edad, presumiendo, *iuris et de iure*, la menor culpabilidad de todos cuantos se encuentran entre los 14 a 18 años; y más claramente en: *RECPC 12-10* (2010), 3; en: BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA (dirs.), *DP de menores a debate*, 2010, 125, reconoce que la minoría de edad penal no constituye un supuesto de inimputabilidad, pues a los 14 años el menor ha aprendido “a diferenciar los contenidos vivenciales que habilitan para controlar la realidad”; GARCÍA PÉREZ, en: *AP 2000-3*, 683 s., 686; en: *MFC del CGPJ 9* (2000), 51 ss., quien añade que en la propia ley del menor se encuentra un argumento para concluir que el menor entre 14 y 18 años tiene una imputabilidad disminuida: en el art. 5 LORRPM se establece que el menor será responsable conforme a esta ley cuando haya cometido un hecho delictivo y no concurra una de las eximentes previstas en el art. 20 CP; a continuación se establece una regulación específica sólo para el caso de que concurra una de las causas de inimputabilidad del art. 20.1 a 3 CP, pero no para las causas de semiimputabilidad. “Ello es coherente con el hecho de que, aunque los consideremos semiimputables, la presencia de un supuesto que excluye por completo la capacidad de culpabilidad supone un salto cualitativo en las condiciones personales de tales sujetos. De ahí que para su tratamiento no se puedan aplicar sin más unas medidas que responden a un fundamento diverso, la semiimputabilidad. Por el contrario, cuando se trata de la eximente incompleta nos seguimos moviendo en el mismo fundamento del que parte la ley: supuestos en los que la motivabilidad del sujeto está disminuida, por lo que no hace falta una norma especial sobre las consecuencias a aplicar en caso de darse estas, pues las medidas de la ley están pensadas para semiimputables”. Por tanto, si la ley contempla de manera específica las consecuencias de las causas de inimputabilidad, pero no las de semiimputabilidad, es porque la regulación está pensada para personas con capacidad disminuida, y por eso no es necesario ocuparse de las segundas. Este autor llega a proponer que se considere como inimputable al menor de 16 años, debido a las características de estos menores y la sociedad actual (p. 51 n. 10). Críticamente sobre la postura de GARCÍA PÉREZ, NAVARRO FRÍAS, en: SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), *DP y*

Comparando la nueva situación generada con la LORRPM y el CP, procede hacer la siguiente exposición esquemática:

- menores de 14 años: están excluidos del ámbito de aplicación de la LORRPM; si un menor de 14 años comete un hecho delictivo, en caso necesario, será entregado a las autoridades de protección de menores
- menores entre 14 a 18 años: la responsabilidad penal por el hecho delictivo cometido se establecerá de acuerdo con lo dispuesto en la LORRPM
- a partir de los 18 años: la responsabilidad penal por el hecho delictivo cometido se establecerá con la aplicación del CP

A la vista de los cambios producidos en el CP y en la LORRPM en relación con sus respectivos ámbitos subjetivos de aplicación, cabe formular los siguientes interrogantes: ¿cuál es la razón para la elevación del límite mínimo de la edad penalmente relevante, de 12 a 14 años?; este límite de 14 años, ¿es el más acertado?; ¿tiene alguna implicación dogmática la fijación del límite mínimo para la exigencia de la responsabilidad penal?; ¿es correcto que sin

psicología del menor, 2007, 117 s. Aceptan la interpretación de GARCÍA PÉREZ, CERESO MIR, *PG III/2*, 2001, 95 n. 48; y MACHADO RUIZ, en: *AP 2003-I*, 121, 127 ss., 136, añadiendo como argumento la posibilidad (hoy desaparecida de manera definitiva) de que se aplique la ley del menor al joven de 18 a 21 años, lo que demuestra que en ocasiones este joven no es totalmente imputable, por lo que con más razón ha de afirmarse la imputabilidad disminuida en el menor de 18 años; CRUZ BLANCA, en: *CPC 75* (2001), 492 s., para quien el menor en esta franja de edad entre 14 y 18 años tiene una culpabilidad menor, fundamentando esta menor culpabilidad en consideraciones de carácter psicosocial y criminológico, si bien en *DP de menores*, 2002, 173 ss., 202 s., reconoce que el menor a partir de una determinada edad (14 años) sí es plenamente imputable/culpable, a no ser que incurra en una de las causas de inimputabilidad previstas en el CP, razón por la que propone que se prevean tanto penas como medidas de seguridad en la ley penal del menor, y esta tesis es la que se ha reflejado en el art. 19 CP (pp. 229 ss.), y, finalmente, expresamente afirma que el menor entre 14 a 18 años tiene una menor culpabilidad (p. 304); TAMARIT SUMALLA, en: *RP 8* (2001), 76 s.; en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA (coords. penal), *Justicia penal de menores*, 2002, 25 s.; AYO FERNÁNDEZ, *Garantías del menor infractor*, 2004, 201, para quien el menor entre 14 y 18 años tiene una menor culpabilidad que se presume al acotar la responsabilidad penal en base a la edad; MARTÍN CRUZ, *Capacidad de culpabilidad*, 2004, 145, 229 ss., 273, 321 ss., 334 ss., 339, en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo DP juvenil*, 2007, 122, 127 s., 134 ss., 155 s., quien afirma que el semiimputable está al margen del CP. Añade este autor que la capacidad de culpabilidad del sujeto entre 14 a 18 años no es plena, pues si fuese así habría de aplicarse el DP de los adultos y sobraría la ley de menores, concluyendo que los menores tienen una capacidad de culpabilidad disminuida y la ley del menor establece una presunción *iuris et de iure* en este sentido. Para este autor, las aportaciones de la moderna psicología evolutiva han demostrado que el adolescente (sujeto entre 12 o 13 años a los 18-20) tiene una capacidad de culpabilidad disminuida; CERVELLO DONDERIS, en: GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU (coords.), *Responsabilidad penal del menor*, 2006, 124; CRUZ MÁRQUEZ, *Educación en DP de menores*, 2006, 76 ss., 71 s.; en: *AFDUAM 15* (2011), 257 ss.; LLORIA GARCÍA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios Ley penal del menor*, 2007, 88; CASTELLÓ NICÁS, en: MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *Menor víctima y victimario*, 2010, 161 ss., 164 s.; GONZÁLEZ RUS, en: MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *Menor víctima y victimario*, 2010, 107 ss., 112 ss., 116 s.; en: *LH-Landrove* 2011, 511 ss., 514 ss., 518 ss.

excepción los menores de 18 años estén fuera del CP?; ¿qué razón explica y justifica que se haya elevado el límite mínimo para la aplicación del CP, de 16 a 18 años?; ¿es correcto el recurso al criterio biológico puro para el establecimiento de los límites relevantes, tanto para la aplicación de la LORRPM como del CP?¹

Otras cuestiones, sobre las que también se ocupa de manera principal la doctrina, no serán objeto de análisis en este comentario, porque en la práctica no tienen mayor relevancia desde el momento en que se ha optado por un sistema *sui generis* o propio (en el sentido de diferente al establecido en el CP) de responsabilidad para el menor de 18 años: se trata de la discusión de si el menor en la franja de edad entre 14 y 18 años es o no imputable¹, o semiimputable¹, o inimputable¹, y la naturaleza jurídica de las medidas aplicables a estos menores. Sobre este particular se va a partir de los siguientes presupuestos. Atendiendo a las

⁷ V., en este sentido, RÍOS MARTÍN, *Menor infractor*, 1994, 129, 144 s., 151, 198 ss., para quien el menor de 18 años carece de la madurez necesaria como pilar de la inimputabilidad; en: *ICADE 53* (2001), 213; CUELLO CONTRERAS/MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, en: *La Ley 1997-6*, 1586, 1587; FEIJOO SÁNCHEZ, en: *RJUAM 4* (2001), 23 ss., para quien el nuevo DP de menores es un sistema normativo para inimputables peligrosos a los que se imponen medidas de seguridad. Añade este autor que, desde el punto de vista del CP, el menor de 18 años es inimputable; expresamente se eximen de responsabilidad criminal a los menores, es decir, de la culpabilidad como presupuesto de la pena, dándoles un tratamiento distinto al de los mayores con independencia de sus capacidades individuales; BUENO ARUS, *Prólogo a DÍEZ RIAZA* (coord.), *Cuestiones relevantes*, 2004, 15; en: *CDJ 2005-XXV*, 303, 305, 306, 308, 310, 326 s.; en: *EDJ 2006-110*, 343 ss., 346 ss., 351 ss.; en: *RDPP 16* (2006), 51 ss., 55, 71, quien ha defendido que el menor de 18 años es un sujeto inimputable, que la imputabilidad penal comienza a los 18 años, de lo que deriva que en edades inferiores no hay responsabilidad penal, aunque haya algún tipo de responsabilidad, y se trata de un derecho y de una responsabilidad correccional; ALONSO DE ESCAMILLA, en: *La Ley Penal 18* (2005), 5 s.

⁸ V., en este sentido, por todos, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 234 s., haciendo suya la justificación de la Exposición de Motivos de la LO 5/2000.

⁹ Es el caso del Partido Popular (reciente ganador, y con mayoría absoluta, de las elecciones celebradas en noviembre de 2011), partidario de rebajar el límite mínimo de la LORRPM a los 12 años, proponiendo igualmente la posibilidad de que se aplique a menores de esta edad, en determinados supuestos, el internamiento en centros públicos. Esta propuesta ha aparecido como noticia en los medios de comunicación en el mes de marzo de 2010 (puede consultarse en www.20minutos.es/noticia/643917/30/rajoy/reformatorios/rafita y en www.elpais.com/articulo/espana/Rajoy/plantea/crear/reformatorios/ninos/anos).

¹⁰ Sobre los distintos modelos para el establecimiento del límite mínimo de la edad penalmente relevante, el del discernimiento (y una variante del mismo, el de la madurez), el cronológico o biológico puro y el mixto, v., por todos, CRUZ BLANCA, *DP de menores*, 2002, 120 ss., 133 ss., 138 ss. Son partidarios del criterio o modelo biológico o cronológico para fijar el límite mínimo de edad a partir del cual se puede exigir responsabilidad (penal) al menor de edad, entre otros, BARBERO SANTOS, en: *Marginación social*, 1980, 117; RÍOS MARTÍN, *Menor infractor*, 1994, 136; CUELLO CONTRERAS/MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, en: *La Ley 1997-6*, 1583; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal*, 1998, 157; en: *AP 2000-3*, 706, 711 (por razones de seguridad jurídica); SILVA SÁNCHEZ, en: *Política criminal moderna*, 1998, 134, quien, desde el planteamiento que él propone sobre el DP de menores y juvenil, es partidario de plantear una presunción absoluta de falta de discernimiento hasta cierta edad (14 años) y con este límite de edad fundamentar la aplicación de las consecuencias jurídicas de este sector del ordenamiento: medidas de seguridad para la franja entre 12 a 14, penas juveniles de 14 a 18; DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios LORRPM*, 2001, 56; DE URBANO CASTRILLO, en: DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA, *Responsabilidad penal de los*

características personales del menor de 18 años, esto es, se trata de una persona que aún se encuentra en un proceso de formación y educación, que puede ser receptiva a la intervención educativa para corregir posibles comportamientos incorrectos, por razones de política criminal se considera más acertado el recurso a una ley penal especial para establecer su responsabilidad penal, en la que se dé prioridad a la prevención especial positiva en la elección y cumplimiento de las medidas aplicables a los infractores¹. Esto significa que las medidas previstas en la LORRPM son auténticas sanciones penales, porque se aplican al menor como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo, y porque para su imposición resulta *conditio sine qua non* declarar previamente su responsabilidad.

A los 10 años de la entrada en vigor de la LORRPM, la cuestión relativa al límite mínimo a partir del cual procede su aplicación sigue siendo objeto de debate, como veremos más adelante, tanto por los teóricos como, sobre todo, por los aplicadores del DP de menores y del Derecho asistencial y de protección de menores, preocupación que ha sido recogida en la agenda de algunos partidos políticos¹, por lo que no sería extraño que si de repente los medios

menores, 2007, 41; VENTAS SASTRE, *Minoría de edad*, 2002, 40 ss., 43 s., 47, 94, para quien es preferible este criterio por regirse por un elemento objetivo, la edad, más acorde además con el mandato de taxatividad; para esta autora, la certeza, seguridad y simplicidad de la norma debe prevalecer sobre las estrictas consideraciones de equidad, que exigirían para cada caso concreto la determinación de la capacidad psíquica del menor de forma individualizada, lo que en ocasiones podría conllevar errores inevitables; MARTÍN CRUZ, *Capacidad de culpabilidad*, 2004, 273, si bien él establece el límite de hasta 20 años para la aplicación de la ley del menor, aceptando que el límite mínimo sea el de 14 años; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en: RUIZ-GALLARDÓN (ed.), *Los menores ante el Derecho*, 2005, 121 ss., quien defiende el modelo biológico por razones de previsibilidad, seguridad jurídica, certeza, igualdad y prevención general; HALL GARCÍA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios ley penal del menor*, 2007, 76; POLO RODRÍGUEZ/HUÉLAMO BUENDÍA, *Ley penal del menor*, 3ª, 2007, 21. La LORRPM ha seguido este modelo para la fijación del límite mínimo a partir del cual el menor de edad puede responder penalmente del hecho delictivo cometido por él. Así lo reconocen, por todos, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 305, añadiendo que el criterio adoptado por la ley tiene el inconveniente de que resulta ficticio pensar que un menor de 13 años y 10 meses es inimputable, sin responsabilidad penal, y otro menor de 14 años cumplidos sí se le puede exigir responsabilidad penal. La madurez es un proceso evolutivo que requiere un determinado lapso de tiempo y la conjunción de factores sociales, familiares y educativos. Reconoce que la adopción de este criterio se ha basado en garantizar una mayor seguridad jurídica y un tratamiento igualitario a todas las personas comprendidas en una determinada franja de edad (pp. 305 s.); BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, 31, deduciendo que se ha adoptado el modelo biológico puro de lo dispuesto en el art. 5.1 en relación con el art. 1.1 LORRPM. De otra opinión, AYO FERNÁNDEZ, *Garantías del menor infractor*, 2004, 2000, quien, en relación con el tramo de edad de 14 a 18 años, considera que se ha utilizado un criterio mixto biológico y psicológico, y llega a esta conclusión desde el art. 5 LORRPM.

¹¹ Defienden el modelo de discernimiento o, más propiamente en el momento actual, el basado en la madurez del menor, entre otros, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los derechos humanos*, 1985, 163; en: *Eguzkilore 2* (1988), 62 s., 68, quien defiende un criterio flexible de edad para la responsabilidad de menores y jóvenes; en: *RECPC 10-09* (2008), 32 s., señala que el límite mínimo no puede regirse exclusivamente por el criterio biológico, ha de acomodarse también al grado de madurez y discernimiento del menor; GARCÍA-ANDRADE, en: *H-Del Rosal* 1993, 505; CARMONA SALGADO, en: *Protección jurídica del menor*, 1997, 146; en: *RECPC 04-03* (2002), 5; APARICIO BLANCO, en: *CDJ 1999-IV*, 164 s.; CANO PAÑOS, *DP juvenil europeo*, 2006, 196 s.

de comunicación alertasen de que un menor de 12 o 13 años, o una edad aun inferior, ha cometido uno de los delitos que generan alarma social, a continuación y de manera inmediata se propusiera la reforma de esta ley para proceder a la rebaja de su límite mínimo. Adelantándonos a los acontecimientos, a través de este comentario se pretende llevar a cabo un análisis sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la LORRPM, a los efectos de poder llegar a una conclusión sobre la pertinencia o no de una modificación de esta índole.

2. El criterio biológico puro, ¿criterio acertado?

La aplicación de la LORRPM y del CP se han hecho depender de la fijación de un límite de edad que opera de manera automática, en el primer caso haber cumplido 14 años y no superar los 18 años, en el segundo caso haber cumplido los 18 años, sin necesidad de entrar en la valoración de circunstancias relacionadas con la personalidad, grado de madurez y desarrollo psicosocial del sujeto. Se ha recurrido, por tanto, a un criterio biológico puro¹, en detrimento de otros criterios alternativos como podrían haber sido el del discernimiento¹ o uno mixto¹.

¹² Defienden un criterio mixto, aunando el criterio cronológico y la capacidad de comprensión del alcance del hecho cometido, entre otros, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en: *CDJ 1996-XV*, 271 s., cuando al referirse a la determinación de la edad que sirve de frontera a la “mayoría”, es partidario de su relativización, porque la madurez es evolutiva, una realidad compleja y pluridimensional, que resulta difícil de captar con criterios exclusivamente biológicos rígidos y mecánicos en su interpretación [aunque en: RUIZ-GALLARDÓN (ed.), *Los menores ante el Derecho*, 2005, 121 ss., ha optado por el modelo biológico]; MANZANARES SAMANIEGO, en: *CDJ 1996-XV*, 88; HIGUERA GUIMERÁ, en: BOLDOVA PASAMAR (ed.), *Nuevo DP juvenil*, 2002, 79, 88 s.; *DP juvenil*, 2003, 276, 285 s., 316 s.; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 235; RODRÍGUEZ MESA, en: RUIZ RODRÍGUEZ/NAVARRO GUZMÁN (coords.), *Menores*, 2004, 249; LACRUZ LÓPEZ, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *DP juvenil*, 2ª, 2007, 259 s.; NAVARRO FRÍAS, en: SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), *DP y psicología del menor*, 2007, 108, 129, para el caso de que se adopte el sistema de responsabilidad y las sanciones que se prevean tengan auténtica naturaleza penal; PÉREZ MACHÍO, *Tratamiento jurídico-penal de los menores*, 2007, 52 ss., con los siguientes argumentos: primero, en el Derecho comparado se ha utilizado este criterio mixto (Alemania, Italia); segundo, el criterio cronológico consagrado en los Convenios Internacionales se debe conjugar con el del discernimiento como consecuencia directa del criterio de prevención especial que debe imperar en esta normativa; tercero, el art. 5 LO 5/2000 reconoce la responsabilidad penal de los menores salvo que concurra alguna eximente, de lo que debería deducirse que en el momento de determinar el grado de responsabilidad habría que fijar en idéntico nivel con el que se dota al criterio cronológico al del discernimiento. Concluye afirmando que un DP de menores con fines de reeducación y reinserción social sólo puede conformarse a través de la conjunción de los criterios biológico y del discernimiento que responden a la doble exigencia de precisar los límites temporales de capacidad de culpabilidad de los jóvenes simultaneándola con las exigencias derivadas de la prevención especial (pp. 55, 64 s.).

¹³ V., por todos, ALASTUEY DOBÓN, en: *LH-Cerezo* 2002, 1546; GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA (coords. penal), *Justicia penal de menores*,

Desde la perspectiva de la fijación del límite mínimo en la LORRPM, fundamentalmente son razones de seguridad jurídica las que pueden explicar esta decisión a favor del criterio biológico puro¹, pero no puede obviarse el hecho de que, al tratarse de una presunción sobre el grado de madurez que permite atribuir responsabilidad penal a un menor de edad, tal

2002, 88 s., quienes añaden que, en relación con el límite de 14 años, estamos ante una presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad/irresponsabilidad que no admite prueba en contrario valorando y explorando al menor sobre sus capacidades intelectuales y volitivas, grado de madurez, desarrollo de la personalidad, periodo de formación o cualquier otro criterio de orden biológico que pudiera destruir aquella presunción; de la misma opinión, PÉREZ MACHÍO, *Tratamiento jurídico-penal de los menores*, 2007, 45 ss.; JIMÉNEZ DÍAZ, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, 151; en: MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *Menor víctima y victimario*, 2010, 46, 49.

¹⁴ V., en este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en: RUIZ-GALLARDÓN (ed.), *Los menores ante el Derecho*, 2005, 121 s. n. 125, para quien se trata de una presunción *iuris tantum* de que a partir de los 14 años el menor es responsable; CRUZ MÁRQUEZ, *Educación en DP de menores*, 2006, 84, afirma que resulta conveniente la fijación de un límite mínimo por debajo del cual no se responde penalmente, en razón del principio de legalidad y del mantenimiento de la seguridad jurídica, pero esto no significa que se esté afirmando la imputabilidad *iuris et de iure* de los casos comprendidos en la franja cronológica prevista legalmente; NAVARRO FRÍAS, en: SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), *DP y psicología del menor*, 2007, 124 ss., 129, tras advertir que el legislador ha optado por presumir la existencia de uno de los elementos del delito en unas edades en las que se discute su concurrencia (desde estudios de psicología evolutiva), lo que puede suponer una vulneración de los principios de culpabilidad y presunción de inocencia, propone por razones de seguridad jurídica recurrir a un criterio cronológico puro, desde la psicología evolutiva fijar los tramos de edad en los que en *general* se podrá exigir responsabilidad penal al menor, pero combinando este criterio con el de discernimiento para permitir que el juez pueda apreciar la insuficiente madurez del menor en el caso concreto y no someterlo al régimen de la LO 5/2000. Esta autora añade que el criterio biológico puro no sería problemático si las consecuencias aplicables fueran medidas, pero si se trata de penas entonces hay que respetar el principio de culpabilidad y, por tanto, este criterio no es acertado (p. 116); JIMÉNEZ DÍAZ, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, 153; en: MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *Menor víctima y victimario*, 2010, 49, quien afirma que no se debe renunciar a la seguridad jurídica que ofrece la fijación de un límite mínimo de edad, si bien en la práctica pueden existir supuestos en los que el menor de 14 años carezca realmente de la formación necesaria, utilizándose en este caso las instituciones que proporciona el CP para corregir este supuesto, citando para ello la eximente de la alteración de la percepción y la regulación del error de prohibición. De otra opinión, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 235, para quien el legislador ha optado por presuponer la imputabilidad en todos los casos de mayores de 14 años, primando el principio de seguridad jurídica sobre otros aspectos, cerrando la puerta a las posibles excepciones por la inmadurez del menor.

¹⁵ En el art. 5.2 LORRPM sí se ha previsto la posibilidad de que se impongan las medidas terapéuticas del art. 7.1 d) y e) en el caso de que se aprecie la concurrencia de la eximente de trastorno mental transitorio, pero no sucede lo mismo en el segundo de los artículos mencionados: en efecto en las letras d) y e) del art. 7.1 se menciona la imposición de una de estas medidas al sujeto que padezca anomalías psíquicas o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción.

¹⁶ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 235, propone modificar el art. 18 LORRPM para que se pueda desistir de la incoación del expediente, además de en el supuesto mencionado en este precepto, cuando las circunstancias personales del menor y su grado de madurez así lo aconsejen. Por su parte, NAVARRO FRÍAS, en: SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), *DP y psicología del menor*, 2007, 132 s., si bien inicialmente plantea la posibilidad de que los problemas de imputabilidad del menor que ha cumplido 14 años se puedan resolver a través de los mecanismos de desjudicialización previstos en la LORRPM, a continuación considera que no puede relegarse al DProcesal penal la solución de un problema material, y la cuestión de si el menor entre 14 y 15 años es o no imputable es un problema material. Por otro lado, la desjudicialización no puede suponer una quiebra de los principios de culpabilidad y de presunción de

presunción ha de plantearse como *iuris tantum*, por tanto ha de poder arbitrarse un sistema que permita la prueba sobre la falta de madurez del menor que ha alcanzado la edad de 14 años, en cuyo caso no procederá la exigencia de responsabilidad penal conforme a la LORRPM, y tal presunción puede ser inicialmente justificable en la medida en que descansa en un límite de edad relativamente elevado, 14 años, cuando los menores han alcanzado un alto grado de desarrollo psicológico y su formación y educación también ha alcanzando un nivel elevado.

En torno a esta cuestión no debe obviarse que ya se ha superado la perspectiva que tomaba al menor como objeto y no como sujeto titular de derechos y obligaciones, y desde esta consideración, ha de arbitrarse un sistema en el que el menor asuma las consecuencias de sus actos, al tiempo que se persigue completar el proceso educativo y socializador a través de las medidas previstas en la LORRPM. Como se ha afirmado, se trata de una presunción *iuris tantum* de responsabilidad penal para el caso de que el sujeto que ha cometido el delito haya superado los 14 años, pues si en el caso concreto el menor que ha alcanzado esta edad no ha desarrollado aún el grado de madurez necesario para comprender el significado del hecho injusto cometido, en tal supuesto habrá que atender a las prescripciones de la propia LORRPM y del CP para ofrecer una respuesta adecuada, que no puede consistir en la aplicación de la LORRPM, pues su falta de madurez le convierte en no responsable, y en consecuencia tampoco las medidas que se pueden adoptar en su aplicación podrían cumplir con las hipotéticas necesidades preventivo especiales a las que se supone están dirigidas¹. La primera vía para excluir del ámbito de aplicación al menor que ha cumplido 14 años pero no ha alcanzado el

inocencia, y aquí la cuestión surge porque con la diversión se desiste de continuar el proceso, pero al menor se le imponen medidas que en su caso podrían parecerse a las penas previstas en la ley sin haberse probado su culpabilidad.

¹⁷ Fundamentan la irresponsabilidad penal en la inimputabilidad del menor de 14 años, entre otros, GARCÍA PÉREZ, en: *MFC del CGPJ 9* (2000), 50, aunque de la Exposición de Motivos de la LORRPM se pueda deducir otra cosa (ya que las razones para excluir al menor de 14 años de la ley no se refieren a su falta de culpabilidad); en: *AP 2000-3*, 683, 690; MATA LLÍN EVANGELIO, en: *EPC XXII* (2000), 80 s., 91 ss.; LANDROVE DÍAZ, en: *La Ley 2000-4*, 1668; *Introducción al DP de menores*, 2003, 61; CERREZO MIR, *PG III/2*, 2001, 94; GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, en: *Responsabilidad penal de los menores*, 2001, 45; ALASTUEY DOBÓN, en: *LH-Cerezo 2002*, 1546; ARROM LOSCOS, *Proceso penal con menores*, 2002, 42; GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA (coords. penal), *Justicia penal de menores*, 2002, 88, 97, añadiendo que en nuestro DP persiste la causa de inimputabilidad basada en la edad del sujeto; HIGUERA GUIMERÁ, *DP juvenil*, 2003, 234, 311 s.; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 233, 308; en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *DP de menores*, 2ª, 2007, 335, quien, con carácter previo, reconoce que en esta etapa falta la capacidad de culpabilidad porque dado su grado de madurez y desarrollo carece de la capacidad de motivarse por la norma, además de faltar la capacidad de inhibición para reprimirse o contenerse en el momento del hecho (pp. 214 s.); MARTÍN CRUZ, *Capacidad de culpabilidad*, 2004, 316 ss., llegando a esta conclusión desde el propio texto de la LORRPM; en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo DP juvenil*, 2007, 126; BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS, en: *RDP 2ª época 18* (2006), 46; en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, 25; BOLDOVA PASAMAR, en: GRACIA MARTÍN (coord.), *Tratado consecuencias*, 2006, 510; CANO PAÑOS, *DP*

grado de madurez necesario para exigirle responsabilidad por sus actos será la que ofrece el capítulo de las eximentes previstas en el CP y a las que se remite el art. 5 LORRPM, en una interpretación particular y ajustada a la situación especial del menor de edad, con especial incidencia de la regulación del error de prohibición y, en menor medida, las eximentes de anomalía psíquica y alteración de la percepción (art. 20.1ª y 3ª CP). Quizás la solución más plausible sea la aplicación de la eximente de trastorno mental transitorio, atendiendo a que ésta no exige una base patológica para su aplicación y al hecho de que se trata de una situación transitoria, no permanente (y en este caso la falta de madurez por razón de la edad tiene carácter transitorio). El hecho de que se recurra a alguna de las eximentes del art. 20.1ª a 3ª CP para resolver este tipo de situaciones no implica necesariamente que se impongan medidas terapéuticas al menor que ha alcanzado la edad de 14 años, tal como se prevé en el art. 5.2 LORRPM, llegando a esta conclusión desde dos puntos de vista: en primer lugar, porque la imposición de tales medidas terapéuticas dependerá de que sean necesarias, lo que ha de ser interpretado en el sentido de que el menor inimputable es peligroso criminalmente, y, en segundo lugar, y más importante, porque la apreciación de una de las eximentes mencionadas no se ha debido a que el menor sufra una anomalía psíquica, o a alteraciones en la percepción, sino que se está atendiendo a su inmadurez, por lo que las medidas terapéuticas previstas en la LORRPM no se adecuarían a esta circunstancia. Precisamente, el recurso al trastorno mental transitorio evitaría el riesgo de que al menor inmaduro se le aplicase una de las medidas terapéuticas mencionadas en el art. 5.2 LORRPM, ya que para el caso de que se aprecie la eximente de trastorno mental transitorio *literalmente* no se ha previsto tal

juvenil europeo, 2006, 189; DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, en: *ReAIDP/e-RIAPL 2006*, A-03, 7; en: *Menores infractores*, 2010, 74; PÉREZ MACHÍO, *Tratamiento jurídico-penal de los menores*, 2007, 41 s.; JIMÉNEZ DÍAZ, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, 151; GONZÁLEZ RUS, en: MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *Menor víctima y victimario*, 2010, 116; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 365. Por su parte, RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Responsabilidad penal de los menores*, 2005, 49, afirma que en la Exposición de Motivos de la LORRPM se ha omitido cualquier referencia jurídica a la justificación legal de la fijación de la “inimputabilidad” del menor de 14 años, recogiendo una mera reflexión de valoración social para explicar la exclusión del menor de esta edad del ámbito de aplicación de la ley; sobre esta misma cuestión, ÁQUIRA/NÚÑEZ/VIAL/VIDAL/ROSENBLUT, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, afirman que probablemente la exclusión del menor de 14 años del ámbito de la LORRPM se deba a que tal sujeto carece de los requisitos de madurez y formación necesarios para ser considerado imputable, pero la ley no lo ha señalado expresamente. Y de la circunstancia de que no se haya hecho esta declaración, y que tampoco en el CP se haya incluido la minoría de 14 años entre las eximentes del art. 20, estos autores extraen como conclusión que aparentemente el legislador ha decidido excluir a los menores de esta edad de la LORRPM no por considerar que estamos ante sujetos inimputables, sino por otras razones. A continuación recurren estos autores a las explicaciones ofrecidas en la Exposición de Motivos de la LO 5/2000 (hechos generalmente irrelevantes y cuando producen alarma social la respuesta adecuada se adopta desde la familia o los servicios de protección de menores) para reconocer que la exclusión de la responsabilidad penal se ha basado en razones de política criminal, no en razones personales del sujeto (p. 124).

imposición¹. La segunda vía para evitar la aplicación de la LORRPM al menor que ha cumplido 14 años pero no ha alcanzado el nivel de madurez necesario para exigirle la responsabilidad

¹⁸ La exigencia de equiparación entre la mayoría de edad civil y penal es ya antigua. V., de esta opinión, entre otros, MARTÍN CANIVELL, en: *CPC 13* (1981), 36 s.; GONZÁLEZ ZORRILLA, en: *DJ 37/40*, 1983, 177, añadiendo argumentos a favor de la creación del DP de menores para establecer el límite de la edad penal en 18 años; DE LA CUESTA ARZAMENDI, en: *Los derechos humanos*, 1985, 163 s., 177; en: *Eguzkilore 2* (1988), 62; ANDRÉS IBÁÑEZ, en: *Psicología social y sistema penal*, 1986, 228 “el radio de acción de la justicia penal de menores tendría que extenderse hasta los dieciocho años, aunque sólo fuera por un imperativo de coherencia”; CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil*, 1988, 228, 303; BUSTOS RAMÍREZ, en: *LH-Beristain* 1989, 480, refiriéndose al que podríamos denominar DP común o de adultos, la responsabilidad penal criminal tiene que empezar a los 18 años, porque hasta esa edad el sujeto no tiene capacidad jurídica de discutir y participar efectivamente en la configuración de las leyes, y porque la aplicación del DP criminal tiene un carácter estigmatizador por lo que aplicarlo al menor de 18 años, que ya tiene limitada su participación sociopolítica, resulta altamente perjudicial; GARCÍA-ANDRADE, en: *H-Del Rosal* 1993, 516 ss., quien aduce argumentos biopsicológicos para elevar la edad a 18 años; GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, en: *H-Del Rosal* 1993, 645, reclamando la extensión del DP juvenil a los menores de 18 años, y a partir de esta edad se aplicará el DP de adultos; GÓMEZ PAVÓN, en: RUIDÍAZ GARCÍA (comp.), *Violencia juvenil*, 1998, 71; SILVA SÁNCHEZ, en: *Política criminal moderna*, 1998, 121, quien añade otras razones para la elevación de la edad penal a los 18 años (a esta edad se obtiene el permiso de conducir, se presta el servicio militar –en aquella fecha aún un servicio obligatorio-, se pueden alcanzar estudios superiores...); URRÁ PORTILLO, en: *CDJ 1998-IX*, 223; GARCÍA PÉREZ, en: *AP 2000-3*, 678; MARTÍN LÓPEZ, en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Justicia con menores*, 2000, 125 s., quien alude a otros argumentos para elevar la edad penal a los 18 años: científicos, basados en razones biopsicosociales (la evolución de la madurez) y el Derecho Comparado (además del Derecho internacional); SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en: *AP 2000-3*, 704 s.; TAMARIT SUMALLA, en: *RP 8* (2001), 81; en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA, (coords. penal), *Justicia penal de menores*, 2002, 32, quien añade que se deben advertir los peligros de extensión de la red que la derivación de los infractores de 16 y 17 años fuera del sistema penal convencional puede suponer, pues por un lado puede ser positivo el incremento de las posibilidades de control para evitar males mayores en un futuro más o menos próximo, pero por otro lado no se puede ignorar los riesgos de un excesivo intervencionismo. Por esta razón resulta especialmente importante que los operadores del sistema sean conscientes de las posibilidades que ofrece la ley para reducir la intervención y la desjudicialización; CRUZ BLANCA, *DP de menores*, 2002, 235 ss., quien ofrece diferentes argumentos para justificar la edad de 18 años como límite para la aplicación del CP; MACHADO RUIZ, en: *AP 2003-1*, 122; VENTAS SASTRE, *Minoría de edad penal*, 2003, 39 n. 506, 75 s., 77; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 207, 215, añadiendo que el límite máximo ha de ser 18 años, además de por las razones esgrimidas en el texto, porque a esta edad finaliza la adolescencia y comienza la juventud (afirmación que ha de someterse a serias reservas), es la edad a la que finaliza el Bachillerato (en el que se pretende proporcionar a los alumnos una madurez intelectual y humana, así como los conocimientos y habilidades que les permitan desempeñar sus funciones sociales con responsabilidad y competencia) y se ingresa en la Universidad o en el mundo laboral (aunque el ingreso al mundo laboral puede hacerse de manera generalizada ya desde los 16 años). Concluye que sobrepasar este límite sería un sinsentido y contraproducente, para los jóvenes y para la sociedad, que difícilmente entendería que la persona goza de todos los derechos reconocidos en la CE y las leyes y no es responsable por haber cometido un delito (otra cosa es que, por razones de política criminal, se arbitre la posibilidad de aplicar al mayor de 18 años el DP de menores, p. 216); MARTÍN CRUZ, en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo DP juvenil*, 2007, 122; ORNOSA FERNÁNDEZ, *DP de menores*, 4ª, 2007, 130; PÉREZ MACHÍO, *Tratamiento jurídico-penal de los menores*, 2008, 44; POLO RODRÍGUEZ/HUÉLAMO BUENDÍA, *Ley penal del menor*, 3ª, 2007, 22; MORENO CATENA, en: GONZÁLEZ PILLADO (coord.), *Proceso penal de menores*, 2008, 33, quien añade que se ha eliminado la anterior contradicción que permitía exigir responsabilidad penal a una persona, partiendo de su plena capacidad de entender y querer, y, sin embargo, no le permitía para contratar o para votar; FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Comentarios LORRPM*, 2008, 94 s.; JIMÉNEZ DÍAZ, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, 147 s., 163 s.; en: MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *Menor víctima y victimario*, 2010, 45. Por su parte, APARICIO BLANCO, en: *CDJ 1999-IV*, 163 s., advierte que la equiparación de la edad penal y civil no es ni imperativo constitucional ni deriva de obligaciones de derecho internacional. Y para SERRANO MAÍLLO, en: *RDPC 5* (1995), 776, no tiene demasiada importancia que la mayoría de edad

penal por sus actos es la que ofrece el art. 18 LORPPM en relación con el desistimiento de la incoación del expediente por parte del Ministerio Fiscal, pero con un efecto limitado, ya que tal posibilidad de desistimiento queda restringido a los casos en los que el menor haya cometido delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, no teniendo por tanto una aplicación generalizada a todos los hechos delictivos cometidos por un menor de 18 años y mayor de 14 años¹.

Conseguida la exclusión del ámbito de aplicación de la LORPPM del menor que ha cumplido 14 años pero no es suficientemente maduro para ser considerado responsable penal, su situación ha de ser equiparada a la del menor de 14 años a los efectos de la eventual aplicación de la normativa sobre protección de menores en situación de desamparo o desprotección, una solución no exenta de problemas, como se indicará al tratar las propuestas de reducción del límite mínimo de 14 años para poder exigir responsabilidad penal al menor que delinque.

3. La fijación del límite mínimo en 14 años: ¿implicaciones dogmáticas?

penal se sitúe en 16 o en 18 años, lo realmente importante es que exista una legislación adecuada para el control de los menores que cometan hechos relevantes que pongan en peligro a las personas, bienes, etc. En otros términos se pronunciaba GARCÍA VALDÉS, en: *Sistema 108* (1992), 21, para quien carecía de fundamento la equiparación de la mayoría de edad civil y penal, añadiendo que había de tenerse en cuenta la existencia de una corriente crítica contra el aumento de la mayoría de edad penal a los 18 años, que tenía como fundamento los posibles efectos criminógenos de esta medida por la falta de adecuada reacción en la vía tutelar de menores (criticada formulada en 1992, cuando aún no se había plasmado en la ley la crucial reforma operada por la LO 4/1992, que supuso el abandono del sistema tutelar-correccional de menores y el surgimiento del modelo basado en la responsabilidad del menor). En otro orden de cosas, SOLA RECHE/SERRANO SOLÍS, en: SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), *DP y psicología del menor*, 2007, 12, manifiestan que el tiempo ha demostrado la realidad de que lo importante no era elevar la mayoría de edad penal a los 18, esta es una cuestión secundaria, al lado de las reales posibilidades con las que se ha dotado al sistema de la justicia juvenil para cumplir sus objetivos principales.

¹⁹ Alude a esta propuesta de rebaja de la edad penal para aplicar el CP por debajo de los 18 años, VILLAMERIEL PRESENCIO, en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo DP juvenil*, 2007, 19, refiriéndose a la existencia de presiones ciudadanas para volver a establecer la mayoría de edad en los 16 años durante esta reforma, afirmando que sería un retroceso histórico, “incluso un fracaso como país” volver a la situación en que un chico de 17 años fuera juzgado conforme al CP. Con anterioridad, JUANES PECES, en: *AJA* 269 (1996), 2, se había mostrado partidario de establecer el límite de la edad penal a efectos de la aplicación del CP por debajo de los 18 años, atendiendo a las diferencias existentes entre la capacidad para realizar actos jurídicos y la capacidad para delinquir, así como el diferente contenido “moral” de las normas civiles y de las normas penales a efectos de alcanzar más rápidamente la capacidad de comprensión en relación con las segundas.

Se ha extendido la opinión en la doctrina de que los menores de la edad fijada en la LORRPM, actualmente 14 años, son penalmente irresponsables porque son inimputables¹. De esto se deduce que la fijación del límite mínimo de edad, en la actualidad 14 años, tiene consecuencias dogmáticas relevantes: sirve para establecer una causa de inimputabilidad por razón de edad, lo que equivale a negar la culpabilidad del menor de esta edad.

Desde el momento en que el legislador ha establecido expresamente este límite mínimo sin que haya cabida al reconocimiento de alguna excepción, se trata ésta de una cuestión cuyo debate tiene tan solo relevancia si se pretende su modificación a la baja, pues en tal caso si sería necesario valorar si por debajo de los 14 años el menor es o no imputable, sea cual sea la formulación de este requisito relativo a la capacidad de culpabilidad, aunque las sanciones aplicables vayan dirigidas de manera principal a su educación y formación.

En este supuesto el recurso al criterio biológico sí tiene un claro apoyo en razones de seguridad jurídica, ya que en edades inferiores a este límite mínimo se evita tener que entrar a valorar si el menor es o no responsable (porque es o no imputable-maduro), pero este avance que se logra en seguridad jurídica puede ser un gran retroceso si tenemos en cuenta que, excepcionalmente, el menor maduro que no ha cumplido los 14 años y que ha cometido un delito puede quedar sometido al régimen normativo sobre protección de menores desamparados y desprotegidos, un sistema pensado para otro tipo de situaciones y que puede suponer un tratamiento “más gravoso” que si hubiese sido reconocida su responsabilidad con la consiguiente aplicación de la LORRPM.

4. El límite de 18 años

Como se ha indicado en la introducción de este comentario, con la aprobación del CP 1995 y de la LORRPM de 2000 se ha producido un cambio en el límite mínimo de la edad a efectos de la aplicación del primer texto legal: si en CP anterior el límite se había fijado en los 16 años, desde la entrada en vigor de la LORRPM opera el límite mínimo fijado en el art. 19 CP 1995

²⁰ Estos son los dos tramos de edad que se han reflejado en el texto de la LORRPM (arts. 10 y 11), pero no coincide con la mención que se realiza sobre esta cuestión en la Exposición de Motivos de esta Ley. Porque en este último lugar se hace una declaración de la razón de la división interna en dos tramos, de *catorce a dieciséis* y de *diecisiete a dieciocho*, “por presentar uno y otro grupo diferencias características que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado”, si bien, como se mencionará en el texto, este tratamiento diferenciado se reduce exclusivamente a la mayor o menor duración de determinadas medidas aplicables al menor infractor atendiendo a su edad.

para su aplicación, haber cumplido los 18 años. El argumento unánimemente aducido para explicar y justificar este cambio es que se trata de una consecuencia necesaria e inexcusable tras la fijación de la mayoría de edad civil y política en 18 años, tal como dispone el Derecho positivo español (art. 12 CE y art. 315 CC), y de manera adicional se ha valorado la necesidad de equiparar mayoría de edad civil y penal atendiendo a lo dispuesto en el art. 1 de la Convención ONU, de 20 de noviembre de 1989, sobre los derechos del niño, donde se define como niño al menor de 18 años (salvo que la legislación interna establezca la mayoría de edad en otra edad inferior)¹.

Esta equiparación de la edad civil y penal no significa otra cosa que el cumplimiento de la edad de 18 años supone la entrada del joven en el mundo de las responsabilidades del adulto, lo que significa que en la exigencia de responsabilidad por sus actos la sanción ha de atender tanto a fines de prevención general como de prevención especial, y en la imposición y cumplimiento de las sanciones no se tiene que atender necesariamente de manera exclusiva o al menos de manera preferente a los fines preventivo especiales.

Pero aun con la unanimidad existente sobre este particular, los principios punitivistas que guían las últimas reformas penales no han dejado escapar la oportunidad de plantear la posibilidad de rebajar la edad penal adulta a los 16 o 17 años. En concreto, esta petición de rebaja se planteó durante la tramitación de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, modificadora de la LORRPM, si bien finalmente, y afortunadamente, la misma no se materializó¹.

²¹ GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA (coords. penal), *Justicia penal de menores*, 2002, 90, consideran que las diferencias entre ambas franjas de edad han tenido una escasa repercusión en la ley, simplemente desde la perspectiva cuantitativa de la mayor o menor duración de las medidas aplicables, pero se debería ir más lejos, por ejemplo, excluyendo de la aplicación de determinadas medidas (las más gravosas y de mayor afectación a los derechos fundamentales) a los menores entre 14 y 16 años. Desde esta misma línea de diferenciación cualitativa entre las dos franjas de edad, añaden estos autores que también para los menores entre 14 y 16 años hubiera resultado conveniente crear reglas específicas en materia de imprudencia, error, tentativa, desistimiento, arrepentimiento... Concluyen con la esperanza de que sea a través de la flexibilidad judicial como se remedie esta situación de sometimiento a los menores entre 14 y 16 años a un sistema realmente aflictivo, una situación que ha nacido de una política criminal puramente represiva difícilmente compatible con el interés del menor; DE LA CUESTA ARZAMENDI, en: *RECPC 10-09* (2008), 34, también es partidario de la diferenciación en tramos de edad a efectos de la imposición de las medidas, proponiendo en concreto que la medida privativa de libertad quede reservada para infracciones violentas o graves cometidas por los menores de más edad, a partir de los 15-16 años. Antes de la aprobación de la LORRPM, GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, en: *Jornadas de estudio*, 1985, 268, proponía diferenciar entre los tramos de 13 a 15 y de 15 a 18 a efectos de aplicar diferentes medidas al menor que ha cometido un delito, si bien algunas de las medidas serían comunes a los dos tramos; también CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil*, 1988, 229, era partidaria de establecer esta diferenciación interna en la aplicación de la ley penal del menor, en su planteamiento diferenciando los tramos de 13 a 16 y de 16 a 18 años; en el mismo sentido favorable a la diferenciación de tramos de edad en la denominada por él Ley de Justicia Juvenil (eliminando, por tanto, el término penal de su denominación), URRÁ PORTILLO, en: CORCOY BIDASOLO/RUIDÍAZ GARCÍA (coords.), *Problemas criminológicos*, 2000, 164, 166 s.

5. *Los tramos de edad a efectos de la aplicación de la LORRPM: razones para su establecimiento*

En la LORRPM se hace una subdivisión dentro del ámbito subjetivo de aplicación: menores de 14 hasta 16 años y menores de 16 a 18 años¹. Esta diferencia interna en dos tramos de edad ha tenido un reflejo en la ley muy poco ambicioso, pues tiene consecuencias principalmente en

²² V., para más detalles, CEREZO MIR, *PG III/2*, 2001, 94 s., añadiendo que también en la diferenciación de estos dos tramos se ha atendido a consideraciones de política criminal; ORTA I RAMÍREZ/ROGENT I ALBIOL, en: *RJCat 101, 1* (2002), 115; MACHADO RUIZ, en: *AP 2003-1*, 129; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 309, añadiendo que, de manera acertada, el legislador ha considerado oportuno presumir un menor grado de madurez en los menores de 14 a 16 años y un mayor desarrollo a los menores entre 16 y 18 años, imponiendo diferente duración en las medidas aplicables a unos y otros; en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *DP juvenil*, 2ª, 2007, 338; HAVA GARCÍA/RÍOS CORBACHO, en: RUÍZ RODRÍGUEZ/NAVARRO GUZMÁN (coords.), *Menores*, 2004, 145; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en: RUIZ-GALLARDÓN (ed.), *Los menores ante el Derecho*, 2005, 131; BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS, en: *RDPC 2ª época 18* (2006), 48, 55; en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, 26 s., 35 s.; CANO PAÑOS, *DP juvenil europeo*, 2006, 192; GONZÁLEZ RUS, en: *LH-Landrove 2011*, 521, quien, atendiendo a que la gravedad de las medidas aplicables aumenta con la edad del menor, se presume que la mayor o menor edad del sujeto tiene relación con la mayor o menor imputabilidad del mismo. Desde el planteamiento que él propone, QUINTERO OLIVARES, *PG*, 4ª, 2010, 593, es partidario de hacer una división en tres tramos, que abarcaría desde los 12 a los 21 años.

²³ GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER, en: *MFC del CGPJ 9* (2000), 36, para quien se diferencian los dos tramos por entender que la responsabilidad es diferente según la evolución del sujeto y porque la respuesta debe ser adecuada a la edad; COLÁS TURÉGANO, en: CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *Responsabilidad penal del menor*, 2002, 39, 96, 108; *DP de menores*, 2011, 129; GÓMEZ RIVERO, en: *RP 9* (2002), 13, para quien con el reconocimiento de estos tramos de edad se trata de graduar la intensidad de la respuesta penal conforme al proceso evolutivo del menor, de tal forma que, en principio, mientras mayor sea su edad más severa será la respuesta penal. Sobre esta cuestión, RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Responsabilidad penal de los menores*, 2005, 48, se limita a afirmar que cada grupo presenta características diferentes que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado (esto es, se hace eco de la explicación ofrecida en la Exposición de Motivos de la LORRPM). Con carácter general, MARTÍN LÓPEZ, en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Justicia con menores*, 2000, 122 ss., haciéndose eco de la discusión en torno al establecimiento del límite de edad en 16 o en 18 años, pone de relieve que la decisión a favor de aplicar la ley del menor a los sujetos entre 16 a 18 años es una decisión político criminal que se basa, por un lado, en la presencia de los argumentos a favor de una intervención diferenciada de los adultos, porque la madurez del sujeto es evolutiva, compleja, es necesario utilizar el método biológico-psicológico en la determinación de la capacidad de responsabilidad en función de la edad y, por otro lado, en la creencia de que la intervención diferenciada cumple más adecuadamente con las finalidades preventivas. Concluye afirmando que, desde la prevención especial, es necesario establecer medidas adecuadas a esta edad, que no serán las mismas que a un sujeto de 13 o 14 años, por la mayor capacidad del sujeto y el respeto a las garantías individuales; MARTÍN CRUZ, *Capacidad de culpabilidad*, 2004, 334 ss.; en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo DP juvenil*, 2008, 158, considera acertada la división en tramos de edad atendiendo para ello a las conclusiones a las que se llega desde la psicología evolutiva, ya que en torno a los 16 a 18 años se produce un incremento apreciable de las facultades intelectual y volitiva. Este autor se apoya en las aportaciones de la moderna psicología evolutiva para explicar que la capacidad de culpabilidad disminuida surge a partir de los 14 años y va evolucionando hasta la plena en los 20 años aproximadamente, por esta razón él propone que la LORRPM se aplique a sujetos de entre 14 a 20 años; ÁLVAREZ GARCÍA, en: *CPC 88* (2006), 50, se muestra partidario de incluir matices, en razón de la

la duración de las medidas aplicables al menor que ha cometido un hecho delictivo (arts. 10 y 11 LORRPM), ya que las diferentes consecuencias de índole procesal que se habían planteado en la primera versión de la LORRPM (con la admisión de la intervención del perjudicado cuando el hecho ha sido cometido por un menor de 16/18 años) han desaparecido con la reforma operada por la LO 8/2006 (a partir de esta fecha, con carácter general se reconocen los derechos de las víctimas y perjudicados en el art. 4 LORRPM, sin hacer ninguna diferencia atendiendo a la edad del infractor)¹.

La explicación a esta subdivisión interna en dos tramos de edad descansa en el propio proceso evolutivo de las personas hasta alcanzar la plena madurez¹, lo que impide establecer límites tasados, al igual que tampoco justifica un trato igualitario de personas que, encontrándose en este proceso, su grado evolutivo se puede presumir que es diferente atendiendo a su mayor o menor edad. Evidentemente, los tramos resultantes de esta división se han fijado desde un prisma aproximativo, en el sentido de que los menores de 14 y 15 años presentarán unas circunstancias personales más similares entre sí y más diferenciadas con los menores de 16 y 17 años. La subdivisión interna en dos tramos también puede tener un apoyo o reforzamiento en la normativa extrapenal, como es el reconocimiento de mayor grado de capacidad (porque se le considera más maduro/responsable) para la realización de diversos actos al menor que ha cumplido 16 años frente a los menores de 14 y 15 años (pues, excepcionalmente, pueden estar emancipados a través del matrimonio con dispensa judicial y, al margen de esta posibilidad, en otros ámbitos el reconocimiento de su capacidad para la realización de diversos actos es menor, porque se presupone que el grado de madurez alcanzado aún es insuficiente). En resumidas cuentas, nos encontramos ante sujeto que está en evolución, razón que justifica que la respuesta sancionadora educativa que se adopte se vaya acomodando a este proceso de desarrollo, atendiendo a su situación personal concreta¹.

edad y del tipo penal realizado, en relación a las medidas a cumplir (clase, duración, régimen) de la misma manera que en la capacidad de obrar también se establecen diferencias “según se trate de testar, consentir para el matrimonio o votar”.

²⁴ El problema es que, como ha destacado, por todos, GONZÁLEZ RUS, en: MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *Menor víctima y victimario*, 2010, 111, en la LORRPM la imputación de una responsabilidad mayor o menor no se ha practicado atendiendo a la mayor o menor edad del sujeto, a su mayor o menor capacidad personal, sino que se ha recurrido a la perspectiva social, atendiendo a la gravedad del hecho y a la alarma social que el mismo ha provocado como criterios cuantificadores, y sólo de manera complementaria se atiende a datos que tienen que ver con la prevención especial y con la finalidad educativa.

²⁵ GARCÍA PÉREZ, en: *RDPC 2ª época 3* (1999), 70, quien formulaba esta apreciación en su comentario a la propuesta de tratamiento diferenciado entre los menores de 13-15 y 16 en adelante en el Anteproyecto de 1997.

Como se ha indicado con anterioridad, la diferenciación entre estos tramos de edad sólo se ha reflejado en la duración de las medidas aplicables. Ahora bien, se podrá recurrir al principio general que rige en esta Ley, el principio del interés del menor, y que se concreta en la valoración de la edad (las circunstancias familiares y sociales), la personalidad y el interés del menor, para la elección de la medida que sea aplicable al menor que ha cometido un hecho delictivo (art. 7.3 LORRPM) y para decidir sobre su duración. La diferenciación legal entre los dos tramos pueden resultar, si no vinculante, al menos sí orientativa para esta doble concreción¹.

Frente a esta decisión legislativa de la diferenciación en dos tramos de edad para la aplicación de la LORRPM se ha objetado que si se reconoce que los menores entre 14 y 15 años presentan diferencias que requieren un tratamiento diferenciado por qué no se ha optado por la solución más acertada, la de excluirlos del sistema penal y remitirlos a los modelos de responsabilidad menos lesivos, como sería el civil¹. Esta objeción nos adentra en

²⁶ En la fundamentación de esta recomendación se hacen las siguientes afirmaciones: “La edad mínima a efectos de responsabilidad penal varía considerablemente en función de factores históricos y culturales. El enfoque moderno consiste en examinar si los niños pueden hacer honor a los elementos morales y psicológicos de responsabilidad penal; es decir, si puede considerarse al niño, en virtud de su discernimiento y comprensión individuales, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial. Si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido. En general, existe una estrecha relación entre el concepto de responsabilidad que dimana del comportamiento delictivo o criminal y otros derechos y responsabilidades sociales (como el estado civil, la mayoría de edad a efectos civiles, etc.)”. En el seno del Consejo de Europa también se está trabajando sobre un Proyecto de reglas europeas sobre menores delincuentes (basado en el proyecto de reglas europeas para jóvenes delincuentes sometidos a sanciones o medidas comunitarias o privados de libertad). Este proyecto, en su primera parte, comprende un conjunto de principios básicos que han sido aprobados por el Consejo Penológico en marzo de 2007, y entre estos principios se incluye el límite mínimo para la imposición de sanciones o medidas como consecuencia de la comisión de un delito, una edad mínima que no ha de ser demasiado baja. Más ampliamente sobre este proyecto, DE LA CUESTA ARZAMENDI, en: *RECPC 10-09* (2008), 19 ss.

²⁷ Para MONTERO HERNANZ, *Justicia juvenil*, 2009, 153, la fijación de este límite mínimo no ha venido determinado por un criterio técnico, sino que se ha establecido por consenso, y tal vez por proximidad con otros países de nuestro entorno (quizás se haya tenido en cuenta en esta materia la legislación alemana, tan presente en la elaboración de la LORRPM). Comparten estas consideraciones explicativas (entre otras razones) en la fijación del límite mínimo en 14 años, entre otros, VENTAS SASTRE, *Minoría de edad*, 2002, 82 ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en: RUIZ-GALLARDÓN (ed.), *Los menores ante el Derecho*, 2005, 85 s., 124 n. 128; y FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Comentarios LORRPM*, 2008, 62 ss., y n. 4. BUENO ARUS, en: *EDJ 2006-110*, 347 s., 357 s., alude tan solo al consenso como criterio decisivo para el establecimiento del límite mínimo en 14 años. POLO RODRÍGUEZ/HUÉLAMO BUENDÍA, *Ley penal del menor*, 3ª, 2007, 21, destacan la adhesión del legislador al criterio establecido en algunos países de nuestro entorno a favor de establecer expresamente el límite mínimo de aplicación de la LORRPM, en nuestro caso, y coincidiendo con algunos países europeos, en 14 años. ORNOSA FERNÁNDEZ, *DP de menores*, 4ª, 2007, 162, hace una reinterpretación de las razones ofrecidas por el legislador para establecer el límite mínimo en 14 años, ya que, tras analizar la normativa civil sobre la edad mínima requerida para realizar diversos actos, concluye que es posible que el legislador haya querido entender, por razones de política criminal, que los 14 años significan el inicio de la capacidad mínima de comprender el ilícito penal y de actuar conforme a ella, que es lo que determinará la exigencia de su responsabilidad.

uno de los principales temas de debate que nos hemos fijado en este comentario, el del establecimiento del límite mínimo para la aplicación de la LORRPM, cuestión que se aborda a continuación.

2. El límite mínimo para la aplicación de la LORRP

2.1. Razones para su establecimiento en 14 años

El establecimiento del límite mínimo a partir del cual ha de poder exigirse al menor de edad responsabilidad por el hecho delictivo cometido es uno de los temas que sigue suscitando gran interés, y tan polémico como el referido a la decisión sobre el propio sistema de responsabilidad que se va a aplicar.

En los Convenios Internacionales sobre la materia no hay una previsión en torno al límite mínimo que obligue a los Estados parte, a lo sumo hay un reconocimiento de que se puede establecer una edad mínima antes de la cual se presumirá que el menor de 18 años no tiene capacidad para infringir la ley penal (art. 40.3 Convenio ONU sobre los derechos del niño). Sí se encuentra una referencia muy genérica y nada concluyente en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, denominadas “Reglas Beijing” (de 29 de noviembre de 1985). Pues no deja de ser una recomendación el que no se fije a una

²⁸ V., en este sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, en: *CPC 88* (2006), 30 s. n. 17, al afirmar que no están claras las razones de la exención de responsabilidad criminal de los menores de 14 años, pareciendo que los motivos para tal exclusión deben ser los expresados en la Exposición de Motivos; MORILLAS CUEVA/CRUZ BLANCA, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, 208, 209 s., quienes confirman que los datos estadísticos avalan la argumentación ofrecida en la Exposición de Motivos, citando el estudio del Centro Reina Sofía sobre la violencia desde el año 2001 hasta 2005, donde se refleja que los menores detenidos han disminuido, siendo evidente la disminución de hechos delictivos por menores que no han cumplido los 14 años. Concluyen estos autores afirmando que “la propuesta legislativa vigente está asentada, con cierto éxito, también en claves estadísticas”; NÁQUIRA/NÚÑEZ/VIAL/VIDAL/ROSENBLUT, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, 124. GONZÁLEZ RUS, en: MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *Menor víctima y victimario*, 2010, 110; en: *LH-Landrove* 2011, 515 s., se limita a afirmar que la fijación de este límite mínimo responde a criterios de prevención general, según se reconoce expresamente en la Exposición de Motivos. Ya con anterioridad a la aprobación de la LORRPM, GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, en: *H-Del Rosal* 1993, 641, defendía que había razones de organización y economía que desaconsejaban la reducción de la edad penal por debajo de los 14 años, y para ello recurría como argumento a las estadísticas de población infantil susceptible de que llegara a los Juzgados de Menores, datos que reflejaban que era un porcentaje muy pequeño, por lo que esta autora consideraba que carecía de lógica organizar todo un sistema de justicia juvenil para un número tan reducido de menores.

edad demasiado temprana el momento a partir del cual se puede establecer la responsabilidad penal del menor de edad¹.

En los distintos Proyectos y Anteproyectos hasta la aprobación de la LORRPM en el año 2000, esta cuestión ha sido objeto de especial debate, fluctuando el límite entre los 13 y los 14 años. Como sabemos, finalmente el legislador ha optado por el límite mínimo de 14 años¹, ofreciendo en la Exposición de Motivos de la LORRPM los siguientes argumentos para justificar esta decisión:

- la convicción de que las infracciones cometidas por los menores de 14 años son generalmente irrelevantes

²⁹ Sobre este particular, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 307, hace la siguiente afirmación: “no sabemos como acierta el legislador al decir que las infracciones cometidas por el menor de 14 años son en general irrelevantes cuando apenas hay estudios criminológicos sobre la cantidad y gravedad de las infracciones cometidas en esta franja de edad”, no resultando fiables las estadísticas policiales y judiciales, dada la alta tasa de cifra negra en estos delitos. En el mismo sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en: RUIZ-GALLARDÓN (ed.), *Los menores ante el Derecho*, 2005, 98, también hace la siguiente observación: “Es un hecho reiterado y lamentable, endémico, que el legislador penal español aborda reformas trascendentales sin una información empírica previa de las dimensiones reales del problema social al que se va a enfrentar, de su perfil, variables, etc.”.

³⁰ Las investigaciones empíricas sobre la delincuencia de menores en España es muy escasa, y en ocasiones se ha centrado en algunos espacios territoriales. V., entre otras, SERRANO MAÍLLO, en: *RDPC* 5 (1995), 786 ss., recogiendo datos estadísticos de menores detenidos en el año 1994, entre las franjas de edad de menores que aún no han cumplido los 14 hasta menores que han cumplido los 15 años, reflejando también la tipología delictiva que ha dado lugar a la detención; RECHA ALBEROLA/FERNÁNDEZ MOLINA, www.uclm.es/criminologia/pdf/07_2000.pdf en especial 21 s., 39 ss., sobre delincuencia de menores de 14 años en la Comunidad de Castilla la Mancha entre 1996 a 1998; CANO PAÑOS, en: *ADP* 2002, 298 ss., recoge datos sobre detenciones policiales en el año 2001; en: *DP juvenil europeo*, 2006, 25 ss., 65 ss., ampliando estos datos a los años 2002 y 2003 (y también aludiendo a las cifras de Alemania); BERNUZ BENEITEZ/FERNÁNDEZ MOLINA/PÉREZ JIMÉNEZ, en: *REIC* 4 (2006), 7 ss., 10 ss.; en: *Boletín Criminológico* 97 (2007), 2, sobre datos empíricos durante 2000-2005 en tres provincias de las Comunidades de Castilla-La Mancha, Aragón y Andalucía respectivamente; PÉREZ JIMÉNEZ, *Menores infractores*, 2006, 253-350, 351-344, investigación reducida a la Comunidad Autónoma de Andalucía durante la vigencia de la LO 4/1992 y la LORRPM en el período 2001-2002, extrayendo conclusiones sobre la mayor incidencia de la ley en menores que pertenecen a capas sociales más desfavorecidas; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *DP juvenil*, 2ª, 2007, 11, 20 ss., quien recoge datos sobre la delincuencia detectada de los menores de 14 años en el año 2006 y la evolución desde 1995 a 2005; GARCÍA PÉREZ (dir.)/DÍEZ RIPOLLÉS/PÉREZ JIMÉNEZ/GARCÍA RUIZ, *Delincuencia juvenil*, 2008, *passim*, y en especial, 43, 54, 57, 88, 92 ss., sobre datos recogidos de expedientes abiertos en 16 ciudades durante los años 1996 a comienzos de 2002; HERRERO HERRERO, *Delincuencia de menores*, 2ª, 2008, 406, quien refleja datos de menores entre 12 a 14 años detenidos durante los años 1996 a 1998. En relación con estas investigaciones es preciso advertir el efecto que ha producido la entrada en vigor de la LORRPM, pues si bien los datos estadísticos reflejan que la delincuencia de los menores de 14 años ha descendido, ello no puede explicarse sin más desde la perspectiva de que la delincuencia efectivamente haya disminuido, sino que puede deberse a la “relajación” en las actuaciones de las Fuerzas de Seguridad en relación con este grupo de delincuentes, simplemente porque están fuera del ámbito de aplicación de la LORRPM, lo que hace que presten mucha más atención y utilicen los recursos humanos y materiales en los menores de 14 años en adelante [v., en este sentido, BERNUZ BENEITEZ/FERNÁNDEZ MOLINA/PÉREZ JIMÉNEZ, en: *REIC* 4 (2006), 7].

- en los escasos supuestos en que puedan producir alarma social, son suficientes para dar una respuesta adecuada los ámbitos familiar y asistencial

Tales razones han sido sometidas a valoración doctrinal, no existiendo al respecto un punto de vista unánime. Así, si bien en alguna ocasión se ha considerado acertada esta justificación ofrecida por el legislador de la LORRPM¹, y que la misma encierra el verdadero fundamento de la exclusión de la responsabilidad penal del menor de 14 años, sin embargo la opinión mayoritaria opone serios reparos a estas explicaciones.

³¹ V., de esta opinión, CARMONA SALGADO, en: *RECPC 04-03* (2002), 4, 6, para quien la afirmación es muy arriesgada por genérica, ya que existen casos penalmente relevantes de menores infractores de esa edad; VENTAS SASTRE, *Minoría de edad penal*, 2003, 85 s., 243, quien afirma que las razones esgrimidas en la Exposición de Motivos de la LORRPM no se ajustan a la realidad española, ya que las estadísticas policiales de 1996-1998 apuntan a un amplio volumen de menores entre 12-14 años detenidos por delitos graves; TERRADILLOS BASOCO, en: RUIZ RODRÍGUEZ/NAVARRO GUZMÁN (coords.), *Menores*, 2004, 54, para quien las razones que se dan en la Exposición de Motivos no están claras, ni en su fundamento ni en los criterios de cuantificación empleados; GARCÍA RIVAS, en: *RP 16* (2005), 96 s., quien se hace eco de los estudios criminológicos realizados que ponen de relieve que las cifras de delincuencia de los menores de 14 años sí es significativa, concluyendo que los menores de 14 años sí delinquen e incluso “puede asegurarse que, en ocasiones, esos niños protagonizan delitos de extrema gravedad”; BERNUZ BENEITEZ/FERNÁNDEZ MOLINA/PÉREZ JIMÉNEZ, en: *REIC 4* (2006), 3, para quienes no es muy legítima la decisión de elevar el límite mínimo atendiendo al argumento de la escasa gravedad e intensidad de los delitos cometidos por los menores de 14 años, tal como evidencia la investigación criminológica; PÉREZ MACHÍO, *Tratamiento jurídico-penal de los menores*, 2007, 43, para quien resulta sorprendente que se recurra al criterio preventivo general de la gravedad para fundamentar la irresponsabilidad del menor de 14 años, cuando además este criterio ya se ha superado en el DP de adultos, pues se parte de la prevención especial para decidir la necesidad o no de la imposición de una determinada pena o medida, atendidas las circunstancias personales del individuo; FERNÁNDEZ MOLINA, *Entre la educación y el castigo*, 2008, 179 s., quien critica la explicación ofrecida en la Exposición de Motivos de la LORRPM, objetando que la decisión es un buen ejemplo de la práctica parlamentaria en España, “en la que las opciones de política criminal se adoptan bajo apriorísticos que no son evidenciados a través de ningún estudio empírico”. Añade esta autora que los resultados que aporta la Criminología y los trabajos criminológicos realizados en España bajo la anterior legislación no corroboran el criterio esgrimido por el legislador español, completando su explicación señalando que no es un grupo muy numeroso, pero el comportamiento delictivo que lleva a cabo es similar al del resto de grupos de edad, advirtiendo que muchos de ellos cuentan ya con una problemática importante, concluyendo con que precisamente sobre estos menores la criminología informa que son lo que tienen peor pronóstico y los que con mayor probabilidad necesitan una intervención más intensiva. FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Comentarios LORRPM*, 2008, 61, sí señala que los datos estadísticos sobre la delincuencia de los menores de 14 años son poco relevantes y sólo excepcionalmente se trata de delitos graves. Por su parte, CANO PAÑOS, en: *ADP 2002*, 298 s., ha analizado los datos sobre la evolución de la delincuencia juvenil en España estudiando las estadísticas sobre detenciones policiales en el año 2001 (si bien advierte este autor que la información no es completa, porque en estos datos no se han incluido las detenciones realizadas en Cataluña por los mossos d’esquadra), incluyendo en estas cifras también la delincuencia de los menores de 14 años, deduciéndose de estos datos un hecho constatable: la delincuencia de menores es predominantemente patrimonial, y se cumplen las condiciones que caracterizan esta clase de delincuencia (normal, ubicua, episódica, bagatela o no grave). De estos datos deduce una consecuencia clara: no está justificado el endurecimiento del DP de menores (pp. 311 ss.), y, aunque no lo dice expresamente, de ello podríamos extraer como conclusión que, desde esta perspectiva, no se justificaría la reducción del límite mínimo de aplicación del DP de menores a edades muy tempranas, por debajo de los 14 años en cualquier caso. Este autor amplía el análisis estadístico hasta el año 2003 en: *DP juvenil europeo*, 2006, 66 ss., 68, 69 s., 70 s., 72 ss., 98 s., 306 s., repitiéndose las conclusiones extraídas en el trabajo anterior en relación con el descenso de la delincuencia de menores, la tipología de hechos delictivos que cometen, que se trata de una delincuencia ubicua, normal y bagatela, y que el porcentaje de mayor incidencia del delito se concentra en el tramo

En primer lugar, en relación con la relevancia, cualitativa y cuantitativa, de las infracciones penales cometidas por menores de 14 años, la doctrina ha puesto de relieve que la afirmación realizada en la Exposición de Motivos está alejada de la realidad¹, tal como se demuestra en los (escasos)¹ estudios criminológicos sobre esta materia¹.

Una segunda objeción puede esgrimirse frente al argumento relacionado con la alarma social, pues no parece muy afortunado, por lo discutible del argumento en sí¹, por lo manipulable y moldeable que resulta, y porque puede que la alarma social sí aparezca

entre 16-17 años. A otra conclusión llega HERRERO HERRERO, *Delincuencia de menores*, 2ª, 2008, 406 s., 437, cuando afirma que las explicaciones de la Exposición de Motivos no parecen muy ajustadas a la realidad española, tal como se demuestra con las estadísticas policiales de los años 1996 a 1998, en las que se refleja el número de menores entre 12 a 14 años detenidos por delitos, no pocos graves. Y concluye que existe la convicción, aunque no existen estadísticas fidedignas, de que los delincuentes son cada vez más jóvenes (10 y 12 años) y violentos.

³² Pues como afirma TERRADILLOS BASOCO, en: RUIZ RODRÍGUEZ/NAVARRO GUZMÁN (coords.), *Menores*, 2004, 55, la alarma social es un criterio anclado en la vindicación colectiva, resultando de dudosa utilidad y admisibilidad, porque es irracional y porque resulta manipulable, incluso para la fundamentación de decisiones preventivo-generales, con mayor motivo cuando éstas afectan a los menores de edad. Para PÉREZ MACHÍO, *Tratamiento jurídico-penal de los menores*, 2007, 43, este argumento de la alarma social es insuficiente para fundamentar la irresponsabilidad del menor de 14 años. Por su parte, CARMONA SALGADO, en: *RECPC 04-03* (2002), 4, 6, pone en entredicho la argumentación ofrecida en la Exposición de Motivos de la LORRPM desde otra perspectiva, pues si los hechos producen alarma social, el recurso a la respuesta familiar y civil es chocante si se trata de un acto grave que ocasione verdadera alarma social, como puede ser un homicidio.

³³ V., en este sentido, TERRADILLOS BASOCO, en: RUIZ RODRÍGUEZ/NAVARRO GUZMÁN (coords.), *Menores*, 2004, 55. De la misma opinión, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 307, para quien un criterio tan voluble, cambiante e influenciado por los medios de comunicación o por el clamor popular que puede llevar a cabo una determinada sección de la sociedad, lo que el legislador denomina alarma social, no es criterio para penalizar o despenalizar una conducta. Concluye este autor que estos mismos motivos alegados en la Exposición de Motivos fueron tenidos en cuenta para que en el Proyecto de LORRPM se fijara el límite de edad en 13 años. Y GONZÁLEZ RUS, en: MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *Menor víctima y victimario*, 2010, 116; en: *LH-Landrove* 2011, 518, advierte que el límite mínimo se podrá rebajar precisamente desde la perspectiva de la alarma social, por lo que se trata de un límite provisional.

³⁴ V., de esta opinión, FERNÁNDEZ MOLINA, *Entre la educación y el castigo*, 2008, 180. Esta objeción sobre la insuficiente respuesta desde el sistema de protección para hacer frente al hecho delictivo cometido por un menor que no ha alcanzado la edad de 14 años ha sido utilizada para plantear la reducción del límite mínimo de la LORRPM, como se comprobará más adelante, en el tratamiento de las propuestas de reducción del límite mínimo a los 12 años.

³⁵ El establecimiento del límite mínimo en 14 años es defendido por un amplio sector de la doctrina, algunos de ellos ya se han pronunciado sobre este límite antes de la aprobación de la LORRPM. V., además de los autores que se citarán en las siguientes notas, entre otros, GONZÁLEZ ZORRILLA, en: *DJ 37/40*, 1983, 178, quien había defendido la fijación del límite mínimo en torno a los 12-14 años; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los derechos humanos*, 1985, 164, 177, quien era partidario de fijar el límite mínimo entre 13 o 14 años; sigue manteniendo el límite mínimo en 14 años en: *RECPC 10-09* (2008), 33, haciéndose eco de la propuesta sobre el establecimiento de este límite por la Asociación Internacional de Derecho Penal en el XVII Congreso Internacional de DP celebrado en 2004; DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, en: *Menores infractores*, 2010, 74; GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, en: *Poder y Control 0* (1986), 222 s.; en: *MFC del CGPJ*, 9 (2000), 37, tomando como criterio argumentativo para establecer este límite el sistema educativo entonces vigente, esto es, la Enseñanza General Básica obligatoria llegaba aproximadamente a los 13 o 14 años, si bien en un trabajo anterior, en: *Jornadas de estudio*, 1985, 265, 268, aceptaba establecer el límite mínimo en 13

precisamente en la situación contraria a la formulada por el legislador, con la impunidad del menor de 14 años, tal como demuestran las noticias que se generan en los medios de comunicación cuando de manera ocasional un menor de esta edad comete un hecho delictivo, y para que sea un hecho noticiable el menor ha tenido que cometer un delito grave¹.

La tercera objeción se ha centrado en la explicación de que en relación con los menores de 14 años, en caso de ser necesaria la intervención, es suficiente con el sistema de protección, y la crítica se ha basado en las dudas acerca de la eficacia de esta decisión, ya que el sistema de protección entraña muchos problemas prácticos¹, una crítica que no debería centrarse en esta

años; GIMÉNEZ-SALINAS/GONZÁLEZ ZORRILLA, en: *JD 3* (1988), 25, quienes fijan el límite mínimo entre 13 o 14 años, basando su posición en el criterio de la responsabilidad, concepto que diferencian del de la culpabilidad, y que explican como “un esquema regulador de interacciones de respuesta tendentes a desarrollar sentimiento de propiedad sobre los propios actos y de autoridad sobre uno mismo”; VENTAS SASTRE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP, II*, 1999, 93; *Minoría de edad penal*, 2003, 86 s., 243 s., quien parece defender este límite mínimo, ya que replica a quien considera que la edad de 14 años es muy temprana para que empiece a surtir efecto la responsabilidad penal afirmando que no se puede perder de vista que este límite sólo determina la aplicación del tratamiento penal específico para menores y jóvenes; TAPIA PARREÑO, en: *Eguzkilore 15* (2001), 169, si bien considera que se podría haber fijado una edad superior; CRUZ BLANCA, *DP de menores*, 2002, 173, 301 ss.; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 307; HALL GARCÍA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios ley penal del menor*, 2007, 76 s., quien apoya su tesis considerando que el límite mínimo debe estar relacionado con la edad en que, generalmente, el menor finaliza la educación básica obligatoria (aunque en la actualidad esto sucede en torno a los 16 años, no a los 14 años); ORNOSA FERNÁNDEZ, *DP de menores*, 4ª, 2007, 129, al considerar como un aspecto positivo de la LORRPM la elevación de la edad mínima de 12 a 14 años; PÉREZ MACHÍO, *Tratamiento jurídico-penal de los menores*, 2007, 43, 70 s.; MORILLAS CUEVA/CRUZ BLANCA, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, 208; JIMÉNEZ DÍAZ, en: MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *Menor víctima y victimario*, 2010, 48 s., quien apoya su tesis en la consideración de que a los 14 años el menor ha adquirido la formación básica o esencial que aporta la realización de la enseñanza básica, a la vista de que en el antiguo régimen educativo (EGB) la enseñanza obligatoria se extendía precisamente hasta esta edad, y si bien en la actualidad el menor a los 14 años aún está cursando el segundo curso de la enseñanza secundaria obligatoria, sí se puede presumir que a los 14 años han adquirido la educación básica necesaria que los hace poseer una determinada madurez mental. Este límite de 14 años también es defendido por BLANCO BAREA, en: *Revista Estudios Jurídicos 8* (2008), 50, si bien añade que es necesario arbitrar un sistema paralelo a la entidad pública de protección de menores que permita intervenir con menores que tengan un historial policial especialmente amplio y aquellos que presenten antecedentes de actos violentos (se trata de casos puntuales que, si bien en su cuantía no son un fenómeno preocupante, sí que despiertan alarma social). Además, añade que la Administración tiene establecido un sistema institucional complejo destinado a la protección de menores que no siempre se encuentra suficientemente preparado para implementar modelos de intervención conjuntos de menores desamparados y menores conflictivos, máxime cuando se trata de individuos con claro perfil delictivo (p. 51).

³⁶ V., en este sentido, MARTÍN LÓPEZ, en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Justicia con menores*, 2000, 117; ARROM LOSCOS, *Proceso penal con menores*, 2002, 43 s.; MARTÍN CRUZ, *Capacidad de culpabilidad*, 2004, 318 s.; TERRADILLOS BASOCO, en: RUIZ RODRÍGUEZ/NAVARRO GUZMÁN (coords.), *Menores*, 2004, 54, quien afirma que la exclusión de los menores de 14 años de la LORRPM quizá se deba a que este sujeto no reúne los requisitos de formación y madurez como para ser considerado imputable, aunque la ley no lo declara así; GONZÁLEZ RUS, en: *LH-Landrove 2011*, 520, 527 ss., quien reconoce que, a partir de los 14 años, el menor tiene capacidad suficiente para percibir el significado del bien jurídico y de la dañosidad de la conducta que realiza, si bien falta la capacidad de controlar la propia conducta, razón que explica que estemos ante un sujeto con una imputabilidad disminuida que justifica la menor responsabilidad criminal que se le exige.

perspectiva para defender una posible rebaja del límite mínimo en la intervención penal con el menor delincuente, sino al contrario, para exigir que los problemas prácticos que se plantean en la intervención desde la perspectiva asistencial y de protección de los menores se resuelvan.

Otros han sido los argumentos formulados por la doctrina para explicar y/o defender la exclusión de los menores de 14 años (por decisión legal éste es el límite mínimo) del DP (tanto común o del de adultos como del de menores)¹.

Una primera explicación se ha apoyado en la teoría jurídica del delito, desde la consideración de que el menor de 14 años es inimputable y, por tanto, le falta la capacidad de culpabilidad para poder afirmar su responsabilidad penal¹, lo que no parece totalmente acertado si atendemos a los estudios sobre psicología evolutiva, ya que existe cierto consenso

³⁷ V., por todos, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal*, 1998, 132 ss., 146 ss.; en: *AP 2000-3*, 706 s., quien recurre a las aportaciones de la psiquiatría y psicología evolutiva para dejar constancia de que, en torno a los 11-12 años, sí se ha alcanzado el desarrollo necesario para la intervención a través de medidas educativas; MARTÍN CRUZ, *Capacidad de culpabilidad*, 2004, 157-243, también recurre a las aportaciones de la moderna psicología evolutiva para reconocer que a partir de la etapa de la adolescencia, que puede fijarse de manera aproximada en los 12-13 años, el menor ha desarrollado los elementos que conforman la capacidad de culpabilidad, llevando a reconocer que a partir de 14 años ya se puede afirmar que el menor de edad tiene capacidad de culpabilidad, aunque se trate de una capacidad disminuida, y distinta por tanto de la del adulto. Ya con anterioridad, GONZÁLEZ ZORRILLA, en: *DJ 37/40*, 1983, 169, ha afirmado que “desde el punto de vista de las ciencias de la conducta es prácticamente imposible asegurar que por encima de determinada edad (entre doce y catorce años) el joven sea ‘no motivable’ por las normas”, y posteriormente añade que se puede hablar en los supuestos de minoría de trece años con perfecta congruencia de ausencia de motivabilidad normal con respecto a la norma penal como fundamento de la exclusión de responsabilidad (p. 178).

³⁸ MARTÍN LÓPEZ, en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Justicia con menores*, 2000, 116 ss., quien completa su explicación afirmando que las finalidades preventivas sólo pueden tener éxito frente a un sujeto que tiene capacidad cognoscitiva y volitiva, y esto sucede, desde una perspectiva psicobiológica, a partir de la edad de 13 o 14 años, pues sólo a partir de esta edad el sujeto puede establecer una relación con la norma que le permita conocer su mandato y medir de alguna manera sus actos conforme a ella. Completa su explicación considerando que, en el conflicto entre prevención general y prevención especial, debe primar la segunda siempre y cuando el menor se someta a un tratamiento educativo, y porque al menor se le aplica una respuesta jurídica, esto reconforta a los ciudadanos y refuerza la confianza en el correcto funcionamiento del orden jurídico, pues no se impone una pena como al adulto, pero sí una actividad de tratamiento para conseguir que el menor no delinca más. Por su parte, TERRADILLOS BASOCO, en: RUIZ RODRÍGUEZ/NAVARRO GUZMÁN (coords.), *Menores*, 2004, 54, al analizar el ámbito subjetivo de aplicación de la LORRPM, afirma que no se ha aceptado el paradigma de la necesidad preventiva de pena, y desde este punto de vista estaría aconsejada la inhibición penal frente a los menores de 14 años dada la inidoneidad de los recursos del sistema penal frente a ellos, pero el legislador no ha fundamentado esta decisión en este criterio, sino en las características de la infracción (se está refiriendo a las explicaciones del legislador plasmadas en la Exposición de Motivos de la LORRPM, se trata de infracciones poco graves o cuando el menor de 14 comete una infracción grave es suficiente con la intervención desde el ámbito de la protección). La idea de la no necesidad de aplicar el DP de adultos al menor se ha desarrollado en MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 597, 598, al considerar que resulta más adecuado el tratamiento educativo específico que el castigo.

³⁹ Un argumento endeble, porque precisamente esta percepción social del menor como diferente desaparece en el momento en que éste comete un hecho delictivo grave, ya que en tal caso la sociedad

en reconocer que a partir de los 12-13 años el menor de edad sí ha alcanzado el grado de madurez suficiente que permitiría la afirmación del elemento de la imputabilidad penal¹ (aun cuando se trate de una imputabilidad *sui generis*), y, sobre todo, porque el requisito de la imputabilidad es *conditio sine qua non* para la imposición de una pena, pero no de las medidas de seguridad (para su imposición se exige la peligrosidad criminal, no la imputabilidad del sujeto que ha cometido un delito –con la excepción del delincuente culpable y peligroso criminalmente-).

Un segundo argumento para la exclusión del menor de 14 años del DP de menores atiende a explicaciones que atienden a los fines de prevención general y prevención especial de la pena. Desde esta perspectiva, se afirma que la imposición de una pena al menor que ha cometido un delito sólo se legitima si, en primer lugar, el sujeto es responsable de sus actos, cuenta con la capacidad de motivación suficiente frente a las normas, y en segundo lugar, porque la pena es necesaria por ser idónea para cumplir las exigencias de prevención general y/o especial¹. Se completa esta explicación añadiendo que, desde la perspectiva de la prevención general negativa, la ausencia de pena en el menor de 14 años no es problemática, ya que la sociedad percibe al menor de esta edad como un sujeto diferente, por lo que no se disminuye la intimidación general sobre la sociedad¹; y desde la perspectiva de que quizás la pena se justificaría desde la intimidación frente al círculo de los menores de determinada

reclama además que se le aplique el tratamiento del adulto, no un DP de menores benevolente, cuando no generador de impunidad injustificables (pues así es percibido por la sociedad el DP de menores).

⁴⁰ Esta explicación da a entender que las medidas aplicables a los menores, sean penas o sean medidas, tienen como finalidad ¿principal? la mera sanción, que puede entenderse como la retribución, cuando ello no es así, porque desde la perspectiva del DP de menores, sea cual sea el límite mínimo que se fije para su aplicación, al menos teóricamente la finalidad si no única sí al menos principal ha de ser la re/educadora.

⁴¹ En la decisión en torno al límite mínimo de la responsabilidad penal también puede tener relevancia el modelo de justicia de menores por el que se haya adoptado. Así, si el modelo no es fundamentalmente punitivo, o basado en la responsabilidad, en tal caso que se establezca un límite mínimo de edad bajo no tiene la misma relevancia que si se adopta el modelo basado en la imposición de auténticas sanciones, por mucho que su finalidad sea educativa. Parece extraer esta conclusión MARTÍN LÓPEZ, en: *H-Barbero I*, 2001, 335 s., cuando afirma que no siempre el establecimiento de la edad penal mínima conlleva responsabilidad punitiva en el sentido de imposición de auténticas penas, ya que va a depender del modelo de respuesta que se haya adoptado en cada país. Y como ejemplo cita el caso escocés, donde la edad mínima es de 8 años pero el sistema aplicable es el de “audiencias infantiles” que evita el contacto con el sistema formal de justicia para los menores hasta que no han alcanzado los 17 años (salvo para infracciones muy graves de menores de 16 años) y está orientado a soluciones no privativas de libertad. Más claramente, afirma GARCÍA PABLOS, en: *CDJ 1996-XV*, 271, que la determinación de la edad es un problema de segundo orden; lo importante no es la edad del destinatario del sistema, sino el sistema mismo, qué finalidades persigue, las medidas y técnicas de intervención, la aplicación y articulación de las medidas, los mecanismos procesales, las garantías, el impacto de las medidas en el menor y en el joven... En definitiva, la polémica se debería desplazar del ámbito de los presupuestos, la edad, al de las consecuencias y efectos, el contenido del sistema.

⁴² Desde la perspectiva de la prevención general y especial, SILVA SÁNCHEZ, en: *Política criminal moderna*, 1998, 118 ss., 130 ss., 136, justifica el sistema de intervención penal que él ha defendido,

edad, se acaba concluyendo que el castigo es inútil porque el menor de 14 años carece de las capacidades necesarias para conformar su conducta a la norma. Tampoco desde la perspectiva de la prevención especial se justifica el recurso a la pena imponible al menor de 14 años, ya que las ciencias han establecido que las únicas medidas efectivas son la reeducación y la formación, y nunca el mero castigo punitivo¹.

Una argumentación de este tipo nos enfrenta a varias cuestiones sumamente controvertidas¹, de manera principal con la naturaleza de las sanciones aplicables al menor que ha cometido un delito y las finalidades que han de cumplir dichas sanciones¹.

estableciendo el límite mínimo en los 12 años (e incluso proponiendo la rebaja de este límite mínimo), y diferenciando entre la aplicación de medidas de seguridad, para los tramos más bajos del DP de menores, y la aplicación de las penas juveniles a partir de los 14 años. Por su parte, POLO RODRÍGUEZ/HUÉLAMO BUENDÍA, *Ley penal del menor*, 3ª, 2007, 21, afirman que el problema del límite de edad reside en la necesidad de combinar el equilibrio entre el criterio meramente retributivo y el reeducador en la respuesta legislativa a la delincuencia juvenil.

⁴³ Que la fijación del límite mínimo se ha basado en argumentos de política criminal es reconocido, entre otros, por SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, 169; AGUIRRE ZAMORANO, en: *EDJ 1999-18*, 342; CARMONA SALGADO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP, II*, 1999, 31; en: *RECPC 04-03* (2002), 5 s., para quien son consideraciones de política criminal las que explican que el CP sea inadecuado para su aplicación a los menores; son criterios que exceden de la imputabilidad y atienden a una contemplación integradora de la culpabilidad y de los fines de la pena; GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, en: *EDJ 1999-18*, 118, 131; en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Responsabilidad penal de los menores*, 2001, 31 n. 18, 40; en: *Responsabilidad penal de los menores*, 2001, 45; CRUZ BLANCA, en: *CPC 75* (2001), 491; *DP de menores*, 2002, 301 s.; VAELLO ESQUERDO, en: *La Ley 2001-5*, 1595; ALASTUEY DOBÓN, en: *LH-Cerezo 2002*, 1546, el límite de 14 años es convencional, supone una presunción *iuris et de iure* de que a partir de esta edad se posee la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta y de obrar conforme a esta comprensión, y en la fijación de este límite también se han tenido en cuenta consideraciones de política criminal; HIGUERA GUIMERÁ, *DP juvenil*, 2003, 309; VENTAS SASTRE, *Minoría de edad penal*, 2003, 82 ss., 240 s., quien no olvida otro dato que ella destaca, el límite mínimo coincide con el fijado en los países de nuestro entorno cultural (pp. 86 s., 244); CRUZ MÁRQUEZ, *Educación en DP de menores*, 2006, 75; MARTÍN CRUZ, en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo DP juvenil*, 2007, 125; ORNOSA FERNÁNDEZ, *DP de menores*, 4ª, 2007, 130; FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Comentarios LORRPM*, 2008, 61; MORILLAS CUEVA/CRUZ BLANCA, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, 208, 210, quienes añaden el argumento del principio de intervención mínima como principio orientador y limitador del *ius puniendi* para defender este límite mínimo de 14 años, así como por razones de garantismo penal y por los compromisos educativos y preventivos que la sociedad ha de adoptar con los menores que delinquen; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 597. HALL GARCÍA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios ley penal del menor*, 2007, 76 s., considera que la fijación del límite mínimo es un asunto social, valorativo, no simplemente fáctico, y considera adecuado que se fijen los límites de edad atendiendo a criterios político jurídicos. Por su parte, CEREZO MIR, en: *CDJ 1996-XXVI*, 136, consideraba que el límite mínimo de 13 o 14 años sí tendría relación con la imputabilidad, y no sólo con razones político criminales, si en la ley del menor se establecen, junto a medidas de seguridad o medidas tutelares de carácter administrativo, auténticas penas.

⁴⁴ V., en este sentido, GÓMEZ RIVERO, en: *RP 9* (2002), 3 s., quien añade que el establecimiento de un límite de edad superior al que marcaría la posibilidad de afirmar la capacidad de comprender y querer no es más que una concesión propia del retraso en el reconocimiento de la madurez del menor en sentido social; BERNUZ BENEITEZ/FERNÁNDEZ MOLINA/PÉREZ JIMÉNEZ, en: *REIC 4* (2006), 3; CRUZ MÁRQUEZ, *Educación en DP de menores*, 2006, 75 s., quien cita un estudio empírico sobre llevado a cabo en el año 1995 en el que se ha puesto de relieve la mayor capacidad preventiva de las instancias

Un tercer argumento es el basado en consideraciones de política criminal, reconociéndose que la fijación del límite mínimo para la aplicación de la LORRPM no depende o se basa en el grado de madurez del menor, sino que se trata de establecer la frontera de la intervención penal en función de la tolerancia que la sociedad tiene para las conductas delictivas de los menores, esto es, a partir de qué edad está dispuesta a considerar la delincuencia juvenil como un fracaso de la educación y sin consecuencias sancionadoras de ningún tipo¹. En la misma línea se ha alegado que no parece conveniente que los menores entren en contacto con las instancias de control formal al menos por debajo de una cierta edad fijada según la tolerancia de la sociedad¹. Y estas dos ideas se han completado con la consideración de que, frente al menor de 14 años, aún es posible que la intervención desde la familia y de las instancias públicas de protección se encauce el comportamiento del menor, sin necesidad de recurrir a instancias de control formal con los posibles efectos perniciosos y estigmatizantes¹.

Nuevamente, sin rechazarlos abiertamente, argumentos como los expuestos nos enfrentan a un concepto de contornos poco definidos, la tolerancia social, y que en los últimos

informales de control social que las instancias formales (n. 70, p. 76); FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Comentarios LORRPM*, 2008, 61.

⁴⁵ V., en este sentido, entre otros, CRUZ MÁRQUEZ, en: *Revista de Estudios Jurídicos* 3 (2000), 54, quien ha afirmado que nos encontramos ante una opción político criminal según la cual se deja al margen del sistema penal del menor a adolescentes confiando en que el sistema educativo haga que la conducta delictiva no se vuelva a repetir; *Educación en DP de menores*, 2006, 75 s.; FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Comentarios LORRPM*, 2008, 61. Con claridad meridiana, MORILLAS CUEVA/CRUZ BLANCA, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, 210, son partidarios de la fijación del límite mínimo en 14 años, y refuerzan esta tesis con la adopción de políticas sociales y jurídicas que fortalezcan las alternativas familiares, civiles y administrativas para los menores de esta edad, pues la política criminal y social con respecto a los menores no puede estar pensada sobre el expansionismo punitivo, sino en la idea de actuaciones sociales que promuevan el bienestar y la estabilidad social del menor para reducir el número de supuestos en los que haya de intervenir el sistema de justicia de menores. En conclusión, lo prioritario no es la incorporación cada vez más temprana del menor al sistema penal, sino las políticas sociales y de prevención que favorezcan su socialización e integración a través de la familia, la comunidad social, la escuela, la formación profesional y el medio laboral (p. 211). Ya con anterioridad, GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, en: *H-Del Rosal* 1993, 641, 645, era de la opinión que someter a un menor que no ha cumplido los 13 o 14 años a un proceso penal era una barbaridad y un absurdo, aduciendo como razones educativas y de funcionamiento de la realidad, añadiendo que podría tener sentido si la ley del menor se dirigía al grupo de menores entre 14-18 años, pues pueden tener capacidad de comprensión y de responsabilidad por los hechos.

⁴⁶ Estas reformas han causado un cambio sustancial en los fines que han de inspirar el DP de menores, tal como destaca, por todos, GARCÍA PÉREZ, en: *CDJ 2005-XV*, 409 ss., 414 ss., 426 ss., quien señala que, tras las modificaciones operadas, el modelo de justicia de menores responde también, igual que el DP de adultos, al modelo de seguridad ciudadana.

⁴⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Comentarios LORRPM*, 2008, 61, para quien las razones esgrimidas en el texto son de índole pragmático, dependen de la configuración y evolución social y hacen que no nos encontremos ante un límite político criminal estable y duradero.

⁴⁸ Resulta muy esclarecedor el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la LORRPM de 5 de octubre de 2005, cuando se afirma que la explicación de que las infracciones cometidas por los menores de 14 años son en general irrelevantes “puede antojarse

años está expuesto a la ideología de la seguridad y de la tolerancia cero, también con los menores de edad, como lo demuestran las reformas de la LORRPM aprobadas en los años 2000, 2003 y, sobre todo, 2006¹. Un concepto que, al igual que el de la alarma social, tampoco escapa a su maleabilidad, por lo que decisiones de tanta relevancia como el establecer el límite mínimo para el reconocimiento de la responsabilidad penal del menor de edad pueden adoptarse tomando en consideración valoraciones alejadas de la realidad cuando no irracionales¹. Las propuestas de modificación a la baja de este límite mínimo que han surgido con posterioridad a la aprobación de la LORRPM nos obligan a reconocer que estas explicaciones no son concluyentes, sobre todo cuando el menor comete infracciones de cierta entidad¹, cuando quizás el recurso a las instancias de protección podría estar más justificado,

excesivamente arriesgada en la sociedad en la que vivimos; o, al menos, si no lo era cuando el Legislador escribió aquellas palabras (...) es difícil dejar de percibir que sí lo es hoy, y seguramente lo será, aún con mayor claridad, mañana. (...) existen supuestos en los que menores de doce y trece años han iniciado ya la senda de la delincuencia grave (...) existe una amplia percepción, incluso –o especialmente- entre los profesionales dedicados a la reeducación de los menores infractores, de cómo el hecho de no poder intervenir con eficacia ante los primeros síntomas serios de aproximación al delito del todavía niño dificulta de manera considerable una actuación posterior frente a un adolescente ya *iniciado*". En el Informe se reconoce que en estos casos se podría buscar una respuesta desde el sistema de protección de menores, pero la realidad demuestra que ésta no es la solución, ya que la entidad protectora se limita a acusar recibo, detectándose una absoluta falta de intervención en menores de 14 años que cometen hechos graves. Lo preocupante de esta reflexión es que la propuesta de reducción del límite mínimo no se limita a los casos en los que el menor de esta edad ha cometido un hecho grave, sino también cuando se trata de un multirreincidente (pp. 8 s.).

⁴⁹ V., de esta opinión, MARTÍN LÓPEZ, en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Justicia con menores*, 2000, 116 s., abogando por fijar el límite mínimo en 14 años; en: *H-Barbero I*, 2001, 335, haciéndose eco de la propuesta del Comité de Derechos del Niño en el sentido de que se fije una edad mínima lo más alta posible, criticando decisiones de algunos países que no han establecido ningún límite mínimo o este límite es excesivamente bajo, 10 años o menos, o permiten excepciones en este límite mínimo cuando el menor ha cometido un delito grave o muy grave. Esta autora considera que el límite mínimo de la legislación española, 14 años, es una decisión positiva; también VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 217, es contrario a fijar un límite mínimo demasiado bajo, ya que ello supone una exigencia de responsabilidad incompatible con un correcto desarrollo de la personalidad del niño, considerando como correcto el límite de 14 años. JIMÉNEZ DÍAZ, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, 152 s., descarta como acertadas las razones alegadas en la Exposición de Motivos de la LORRPM para justificar la fijación de la edad mínima en 14 años, y en su lugar se debería tener en cuenta las características subjetivas del menor que aún no ha alcanzado esta edad, una persona con escaso nivel formativo o educativo, y considera acertado este límite de 14 años para fijar la responsabilidad penal porque a esta edad se ha adquirido la formación esencial que aporta la enseñanza básica, debiendo presumirse que a esta edad, y con la adquisición de esa educación básica, ya poseen una determinada madurez mental.

⁵⁰ Para más detalles sobre la evolución psicológica del menor, desde la fase de la niñez hasta alcanzar la adolescencia, y las edades en las que aparecen o se desarrollan los aspectos cognoscitivos, de comprensión moral, de autocontrol, v., por todos, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal*, 1998, 132 ss., 146 ss.; COLÁS TURÉGANO, en: CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *Responsabilidad penal del menor*, 2002, 18, 52 ss.; *DP de menores*, 2011, 180 ss.; MARTÍN CRUZ, *Capacidad de culpabilidad*, 2004, 157-245.

⁵¹ V., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, 159; en: *Política criminal moderna*, 1998, 105 s., 123, 130; COLÁS TURÉGANO, en: CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *Responsabilidad penal del menor*, 2002, 53; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 597. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal*, 1998, 153-157; en: *AP 2000-3*, 707 s.,

y, en consecuencia, no resultan útiles para dar cierta estabilidad a la cuestión relacionada con la fijación del límite mínimo para el establecimiento de la responsabilidad penal del menor, a no ser que se considere precisamente como un acierto la ausencia de una tesis relativamente perdurable.

Un último argumento en relación con la fijación del límite mínimo se apoya en la forma como se fundamenta la inclusión/exclusión de los menores de edad del ámbito del DP. Desde esta perspectiva, si el fundamento es la responsabilidad, para decidir el límite mínimo a partir del cual se ha de establecer la responsabilidad penal habrá que recurrir a criterios médicos, psico-sociológicos, y no a la tradición histórica o a las demandas puntuales, concretados en la capacidad de responsabilidad general por los actos cometidos fundada en la suficiente madurez emocional, mental e intelectual. Este concepto, madurez, es evolutivo y pluridimensional, de difícil aprehensión atendiendo a criterios biológicos rígidos como la edad. Por otra parte, el concepto de responsabilidad se debe vincular a la capacidad de discernimiento y comprensión individuales. Aunando ambas consideraciones, el límite mínimo de edad a partir del cual se puede exigir responsabilidad penal no puede ser muy bajo¹. Sin perder de vista esta explicación, o mejor dicho, completando la misma, se reconoce que en

recurre a los estudios de psicología evolutiva para defender que el límite mínimo ha de ser de 13 o 14 años, y su argumento se basa exclusivamente en la imputabilidad disminuida del menor; en el mismo sentido, defendiendo el límite mínimo en 14 años, MARTÍN CRUZ, *Capacidad de culpabilidad*, 2004, 316 ss., 318.

⁵² ORTA I RAMÍREZ/ROGENT I ALBIOL, en: *RJCat 101, 1* (2002), 115, consideran acertado este límite que coincide con la edad en que al menor se le exige cierto tipo de obligaciones como la obtención de la documentación acreditativa de su identidad, con la edad a partir de la que se considera que tiene “capacidad natural” para obligarse civilmente en algunos supuestos como contraer matrimonio previa dispensa por minoría de edad (comillas original); ORNOSA FERNÁNDEZ, *DP de menores*, 4ª, 2007, 162, destaca como el legislador ha establecido la edad de catorce como la mínima requerida para una serie de actos y como excepción a la regla general de la mayoría de edad a los dieciocho (para optar por la nacionalidad española, para contraer matrimonio con dispensa, para testar –no el ológrafo-). De esto deduce que “es posible que (...) el legislador haya querido entender, por razones de política criminal, que los catorce años significan el inicio de esa capacidad mínima de comprender el ilícito penal y de actuar conforme a ella, que es lo que determinará la exigencia de su responsabilidad”; FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Comentarios LORRPM*, 2008, 92 ss., también recurre a la normativa civil para tratar de justificar que el límite de 14 años para la fijación de la responsabilidad penal del menor de edad es el más acertado, pues, en su opinión, “no es coherente que a quien no se le reconoce la capacidad de realizar determinados negocios jurídicos o contratos se le trate jurídicamente igual que a aquellos que tienen reconocida dicha capacidad”, añadiendo que “La sociedad está organizada con base en unas diferencias que el Derecho Penal no puede dejar de tener en cuenta a la hora de establecer responsabilidades”, concluyendo que no es una casualidad que el ordenamiento español establezca en muchas ocasiones la edad de 14 años como la mínima requerida para una serie de actos con relevancia jurídica. En relación con los aspectos civiles relevantes para la capacidad del menor, MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *Menor víctima y victimario*, 2010, 83 ss., repasa los diferentes límites de edad con trascendencia en diferentes actos y situaciones del menor: a partir de los 12 años se exige el consentimiento del menor para constituir su adopción, serán oídos por el juez sobre el ejercicio de la patria potestad en caso de conflicto con los padres, para la constitución de la tutela, para los actos en que el tutor necesita autorización judicial; a partir de los 14 años puede cambiar el estado civil con la asistencia del representante legal, contraer

límites de edad muy bajos efectivamente el menor no es responsable porque no reúne las condiciones psicológicas y cognoscitivas necesarias para formular aquella afirmación¹. Ahora bien, entre los 12-14 años tales capacidades sí se han desarrollado, por lo que fijar dentro de esta franja la edad concreta a partir de la que establecer la responsabilidad penal, en el Derecho positivo español 14 años, sí es una decisión político criminal¹.

Un argumento que permitiría dotar de cierta solidez a la decisión sobre la fijación del límite mínimo en 14 años podría basarse en la normativa civil sobre el reconocimiento de la

matrimonio con dispensa judicial, puede realizar testamento salvo el ológrafo, puede conducir un ciclomotor, a los 16 puede trabajar, puede realizar la administración ordinaria de los bienes que ha obtenido con su trabajo o industria, puede consentir la enajenación o gravamen de sus bienes, puede ceder derechos de explotación sobre su propiedad intelectual, puede interrumpir el embarazo. De este repaso, y sólo desde la perspectiva civilista, se deduce la falta de un criterio uniforme para el reconocimiento de la capacidad del menor de una edad ya no muy baja, y concluye esta autora que no se comprende el alcance de esta normativa basada en las edades del menor, ya que para determinados hechos se reconoce su capacidad y, sin embargo, para otros tal capacidad se niega. Y entre otros ejemplos cita el caso del menor que puede conducir un ciclomotor si tiene 14 años pero no puede comprarlo aunque tenga 17 años. Por su parte, GONZÁLEZ RUS, en: *LH-Landrove* 2011, 522 ss., repasa la regulación penal de la minoría de edad desde la doble perspectiva del menor como víctima y el menor como responsable para dejar constancia de la falta de coherencia en este aspecto de la regulación positiva: porque a efectos de responsabilidad penal se establecen límites generales aplicables a todos los delitos (14, 16, 18 años), pero cuando se trata del menor víctima la especial protección se refiere a determinados bienes jurídicos y los límites de edad son variables en cada modalidad delictiva (y la respuesta punitiva tampoco coincide en todos los casos), y porque debido a estas incoherencias resulta paradójico que el mismo sector del ordenamiento jurídico niegue la capacidad de un menor de 13 años y medio para asumir las consecuencias del abuso sexual cometido por él pero, sin embargo, al mismo tiempo reconozca a este mismo menor capacidad para aprehender el significado de este bien jurídico y para hacer uso del mismo (no puede ser declarado responsable penal del abuso sexual, pero sí se le reconoce capacidad para ejercitar su libertad sexual). Tras la denuncia sobre esta constatada falta de coherencia en el tratamiento del menor como víctima y como victimario, GONZÁLEZ RUS concluye con una propuesta en relación con el tratamiento del menor víctima: primera, la eliminación de todos los tipos cualificados y su sustitución por una agravante genérica basada en la minoría de edad de la víctima (con el límite de los 18 años), agravante aplicable sólo cuando las características del menor hayan tenido incidencia real en el delito, y, segunda propuesta, revisión de todos los tipos cualificados del CP para establecer como límite los 14 años para considerar que en el menor concurre la especial vulnerabilidad o debilidad que justifica la especial protección en esos delitos.

⁵³ Sobre esta idea, GONZÁLEZ, en: *Epílogo a DE LEO, Justicia de menores*, 1985, 138 s., exige que se parta del principio o criterio general de que los menores son responsables de sus actos, que se reconozca que sus acciones les pertenecen, están dotadas de sentido y valor para ellos y para los demás. Esto significa que no se rompe artificialmente un tipo de actitud ante el menor que los agentes de socialización primaria han mantenido hacia él desde la infancia. Este autor refuerza su tesis considerando que presuponer su responsabilidad es respetar su identidad, estimular en ellos los procesos de socialización mediante el aumento de su responsabilización. Desde el punto de vista de la sanción aplicable al menor de edad, se dota a ésta del contenido educativo necesario para estimular la socialización del menor teniendo presente las distintas etapas del desarrollo psico-físico para hallar la respuesta más adecuada a sus necesidades y circunstancias (p. 140).

⁵⁴ Características mencionadas, entre otros, por GARCÍA PÉREZ, en: *RDPC 2ª época* 3 (1999), 35 ss.; en: *CDJ 2005-XXV*, 420 s.; en: SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), *DP y psicología del menor*, 2007, 43 s.; en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo DP juvenil*, 2007, 42 s., añadiendo el rasgo de que se trata de una delincuencia de grupos; CANO PAÑOS, en: *ADP 2002*, 293 s., 301 s., 312, añadiendo también la característica de que es una delincuencia grupal; *DP juvenil europeo*, 2006, 70 s., 72 ss., 98 s., 306 s.; CRUZ BLANCA, *DP de menores*, 2002, 51 ss., 73; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en: RUIZ-

emancipación del menor de edad, ya que tal instituto permite considerar a éste como si de un mayor se tratara, dando lugar al reconocimiento de una amplia capacidad para la realización de múltiples actos, con la consiguiente responsabilidad por los mismos. En el Derecho español, la emancipación puede lograrse a través del matrimonio con dispensa judicial a partir de los 14 años¹. Esta idea se podría completar con el hecho de que a través del DP de menores se pretende establecer una responsabilidad por hechos propios, pero aceptando que nos encontramos ante una persona que aún no ha finalizado el proceso que ha de conducir a su plena madurez, por tanto las medidas interventivas frente al menor infractor han de estar dirigidas principalmente por finalidades educativas, y desde la idea de que el sistema penal no puede entrar en contradicción con las instancias informales de control, fundamentalmente la familia, a través de las cuales ya se pretende concienciar y educar al menor, ya desde la niñez, en responsabilidad¹.

Este argumento puede completarse con las valoraciones destacadas anteriormente desde la perspectiva de política criminal sobre el momento a partir del cual se puede considerar necesaria la intervención penal en la prevención de comportamientos delictivos de los menores de edad. Y como reforzamiento de este último punto de vista puede sernos de utilidad algunas conclusiones que se extraen en las investigaciones criminológicas sobre la delincuencia de menores. De manera constante se afirma que esta delincuencia es ubicua, normal, accidental y simbólica¹: se encuentra en todas las capas y estratos sociales; es un fenómeno normal, es decir, es frecuente que el menor de edad delinca, siendo habitual la

GALLARDÓN (ed.), *Los menores ante el Derecho*, 2005, 82 s., 107 ss., quien también añade la característica de que es una delincuencia transitoria; CRUZ MÁRQUEZ, en: *CPC 96* (2008), 7 s.; POZUELO PÉREZ, en: *Indret.com 1/2009*, 2 ss., 9. Como fenómeno transitorio lo califica CABALLERO, en: *CPC 27* (1985), 422.

⁵⁵ Así se puede constatar en la noticia aparecida en el mes de marzo de 2010 en la que se daba cuenta de la intención de RAJOY de reformar la LORRPM para rebajar el límite mínimo a 12 años, proponiendo que estos menores de 12 años sean internados en centros públicos para prevenir casos como el denominado “Rafita”, uno de los menores que asesinó a la joven Sandra Palo y que posteriormente ha cometido otros delitos. La noticia puede consultarse en www.20minutos.es/noticia/643917/30/rajoy/reformatorios/rafita y en www.elpais.com/articulo/espana/Rajoy/plantea/crear/reformatorios/ninos/anos.

⁵⁶ Sobre la propuesta de reforma/rebaja de la edad penalmente relevante en Alemania, BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, 26 n. 15.

⁵⁷ Defienden la reducción del límite mínimo para la aplicación de la LORRPM, SILVA SÁNCHEZ, en: *El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, 179 ss., 185; en: *Política criminal moderna*, 1998, 136 y n. 40, quien propone incluso rebajar la edad a 10 años o menos; TAMARIT SUMALLA, en: *RP 8* (2001), 80, quien es partidario de rebajar el límite de edad a los 12 o 13 años; FIERRO GÓMEZ, en: *La Ley 2006-3*, 1755; HERRERO HERRERO, *Delincuencia juvenil*, 2ª, 2008, 437, quien considera que para los menores de 12 años, e incluso para los de diez años en adelante, no parecen adecuadas meras medidas “paternalistas”, abogando pues por la rebaja del límite mínimo previsto en la LORRPM. Parecen defender esta tesis de establecer el límite en 12 o 13 años, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, en: *La Ley 1996-*

comisión de infracciones poco graves; son hechos puntuales normalmente, aparecen para luego desaparecer sin dejar huella en el sujeto que después puede llevar una vida normal y totalmente integrado; y es simbólico, persigue la provocación, el reconocimiento de *status*. Estas características serían el mejor método demostrativo de que la intervención a través del sistema penal de menores demasiado temprana no sería tan beneficiosa como defienden los partidarios de la reducción del límite mínimo de la edad en la LORRPM, porque en muchos casos tal intervención se mostraría innecesaria, y porque como contrapartida puede generar efectos negativos estigmatizadores en el menor afectado. Estas investigaciones no niegan que exista un porcentaje de menores, incluidos los que no han cumplido 14 años, que se encuentran en riesgo elevado de desarrollar una actividad delictiva reiterada, pero desde el modelo de responsabilidad parece más factible establecer el límite de su aplicación a partir de los 14 años porque es a partir de esta edad cuando hay un cambio cualitativo en la normativa civil sobre el reconocimiento de capacidad de actuación en el menor de edad, lo que implica reconocimiento de su propia responsabilidad. Y para los menores de 14 años que se encuentran en ese porcentaje especialmente preocupante, la solución ha de venir de la normativa sobre protección de menores desamparados y desprotegidos, porque la otra alternativa que se podría plantear, reducir el límite mínimo y extender el ámbito subjetivo de aplicación de la LORRPM a menores de 13 o 12 años tampoco puede ser la solución más óptima: si las instancias de protección, por las razones que sean, no actúan correctamente, introduzcamos mejoras en su intervención y actuación, pero no tratemos de resolver los posibles desajustes y lagunas de otras instancias interventoras a través del DP, aunque se trate de uno tan especial como es el DP de menores.

6.2. Propuestas de modificación, a la baja y al alza, del límite mínimo

1, 1610; MORENILLA ALLARD, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios ley penal del menor*, 2007, 53 s., pues parece defender la aplicación de la LORRPM a los menores entre 12 y 18 años. A una edad aún más baja, 10 años, propuso rebajar el límite de edad el desaparecido Consejo Superior de protección de Menores en el Anteproyecto de Ley penal del menor en el año 1983. Crítico a esta reducción del límite inferior, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los derechos humanos*, 1985, 187, por lo antipedagógico y contraproducente que puede ser someter a un niño de tan corta edad al procedimiento penal que pretendía introducirse en este Anteproyecto. Crítico también a reducir el límite mínimo a 10 años, GONZÁLEZ ZORRILLA, en: *DJ 37/40*, 1983, 180 s. n. 32, quien además había participado en la Comisión redactora de la Propuesta de la ley penal juvenil, proponiendo la Comisión el límite mínimo en 12 años, para rebajar el Consejo Superior el límite mínimo a 10 años en el Anteproyecto de ley presentado por este Consejo.

La falta de una opinión unánime sobre la fijación del límite mínimo para exigir responsabilidad penal al menor de edad provoca que esta cuestión siga siendo objeto de discusión y, lo que resulta más preocupante, que los partidos políticos también se planteen la posibilidad, en este caso de su rebaja, claramente por motivos electoralistas, en respuesta a las peticiones de grupos sociales encabezados por asociaciones de víctimas de la delincuencia grave de menores de edad¹.

Estos movimientos que pretenden la reducción del límite mínimo también han estado presentes en las reformas de la LORRPM, si bien finalmente, y hemos de adelantar que, afortunadamente, el legislador en esta materia hasta ahora no se ha dejado llevar por la obtención de un rédito político, quizás porque en las fases álgidas de la tramitación de las reformas tuvimos “la suerte” de que ningún menor de 12 o 13 años cometiera un hecho grave de los que agitan a la opinión pública, o quizás lo más acertado sería matizar que no se cometieron actos de los que movilizan a los medios de comunicación.

Esta cuestión sobre la modificación del límite mínimo, para su reducción, también está abierta en los países de nuestro entorno más próximo. Así, en Alemania se viene exigiendo en los últimos años por partidos políticos de centro derecha y por un sector minoritario de la doctrina una reducción del límite mínimo de la edad, de 14 a 12 años. Esta propuesta se fundamenta en un aparente aumento de la delincuencia de menores de entre 12 y 14 años y

⁵⁸ Es el planteamiento de SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, 170 ss., 179 ss., 185; en: *Política criminal moderna*, 1998, 118 ss., 130 ss., 136 s., añadiendo que un sistema como el diseñado por él es el que satisface mejor las exigencia de los derechos individuales del sujeto, es un sistema respetuoso con las garantías individuales que tiene que permitir la negativa del sujeto “responsable” a someterse al tratamiento, en cuyo caso se prevé el sometimiento a una pena juvenil de duración determinada. En su propuesta, SILVA SÁNCHEZ prevé la aplicación de medidas de seguridad penales al menor sin pleno discernimiento por razón de la madurez y al menor que padezca anomalías o alteraciones, reservando las penas juveniles para los sujetos respecto de los que ha de admitirse su negativa al tratamiento. Concluye afirmando que, desde la prevención general y el respeto de las garantías individuales, se exige que, en una cierta franja de edad, desde el momento en que se pueda establecer una presunción general de discernimiento, se pueda imponer la pena juvenil. Incluso el límite mínimo de 12 años podría rebajarse a 10 años o más, siempre a partir de la idea rectora de diferenciar al menor abandonado, desprotegido, del menor sujeto de hechos penalmente antijurídicos (*Op. cit.*, 1997, n. 441 p. 185). Frente a este planteamiento, CUELLO CONTRERAS, *El nuevo DP de menores*, 2000, 37, es de la opinión de que frente al menor de 14 años no se debe reaccionar por el delito cometido, sino por los déficits educativos manifestados en ese delito; en segundo lugar, no se debe homologar la medida del menor de 14-15 años con la del joven de 16-17, sino que debe aproximarse el tratamiento de los menores de 14-15 al de los menores de 14 años. Y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 240, también considera que, para los menores de 14 años, si se reconoce que no tienen responsabilidad, tampoco sería necesaria ninguna medida, teniendo que recurrirse a otras vías para su resocialización. En segundo lugar, tampoco le parece muy oportuna la imposición de una pena como criterio resocializador, y para supuestos graves u otros supuestos en los que las medidas eminentemente educativas han fracasado, se puede adoptar una medida sancionadora-educativa, hasta de internamiento cerrado, para cuando sea necesario.

en una proliferación de los casos de violencia por parte de algunos menores de esa franja de edad¹.

- *Partidarios de la reducción del límite mínimo de la edad penalmente relevante*
- Reducción a los 12 años o una edad aún más baja:

Varios y variados son los argumentos esgrimidos en apoyo de esta postura¹.

El primer argumento se basa en la creación de otro DP de menores y de jóvenes distinto al actualmente en vigor, propuesto antes de la aprobación de la LORRPM. Se trataría de instaurar un sistema mixto, de medidas y de penas juveniles, con predominio de los aspectos educativo o de tratamiento frente a los aspectos meramente sancionatorios, e integrado por medidas educativas adecuadas a cada segmento de edad: de 12 a 14 años se aplicarían medidas, de 14 años en adelante penas juveniles, pues, en general, a partir de esta edad ya puede considerarse al menor como sujeto responsable, y la justificación o fundamentación de la pena juvenil se basará tanto en razones de prevención general, negativa y positiva, como de prevención especial¹. Este límite incluso se ha planteado rebajarlo aún más desde la siguiente consideración. Se ha explicado la exclusión del ámbito de la responsabilidad penal al menor de

⁵⁹ V., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, 169 s. y n. 417; en: *Política criminal moderna*, 1998, 118 n. 16, 134.

⁶⁰ V., más ampliamente, GARCÍA RIVAS, en: *RP 16* (2005), 96 ss., 99, 105. Este autor añade que el modelo aplicable a los menores a partir de los 10 o 12 años debería ser diferente al previsto en la LORRPM, “que confía demasiado en criterios de prevención general y de retribución”. Y concluye que el viejo modelo tutelar “persiste oculto en la zona más desvertebrada, arbitraria y confusa del Derecho penal del menor. Acabar con sus últimos vestigios es tarea que reclaman principios constitucionales tan consolidados como el de culpabilidad, basado en la idea de que cualquier medida sancionadora inflingida por el Estado debe ampararse en la *responsabilidad personal* del sujeto infractor” (p. 100). Desde otra perspectiva, RÍOS MARTÍN, en: *ICADE 53* (2001), 207 s., advierte que establecer un límite mínimo para la intervención penal, sea éste el que sea, supone excluir a los menores que no alcanzan este límite de edad, y ello implica dejar desprotegidos a los menores más vulnerables, porque su mantenimiento en el existente sistema de protección supone la ausencia de las mínimas garantías para su tratamiento. Este autor es totalmente contrario a que los menores de edad sean tratados desde la perspectiva penal, aunque se trate de un DP especial (p. 203), siendo partidario de que este sector del ordenamiento jurídico sea aplicable a partir de la mayoría de edad del sujeto, los 18 años (p. 213).

⁶¹ V., en este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en: RUIZ-GALLARDÓN (ed.), *Los menores ante el Derecho*, 2005, 126 ss., quien añade que la opción legislativa de establecer el límite mínimo en 14 años carece de respaldo científico-empírico y “sólo se puede explicar como el producto de un ingenuo decisionismo político-criminal o de una dinámica negociadora y pactista que condicionó su libertad de elección”. Es preciso advertir, no obstante, que la defensa de este autor de la reducción del límite mínimo a los 12 años se complementa con otro modelo de intervención frente al menor delincuente diferente al establecido en la LORRPM, pues advierte que, para conseguir los objetivos pedagógicos, el marco penal es un escenario poco propicio para la intervención educativa y socializadora (y la LORRPM tiene una clara naturaleza penal, pp. 141 ss., 145). En aquel mismo sentido, HERNÁNDEZ GALILEA, en: HERNÁNDEZ GALILEA (coord.), *El sistema de justicia juvenil*, 2002, 155 s., quien pide un examen más detenido de la tendencia relativa a la edad de los menores que entran en contacto con el sistema

12 años atendiendo a las necesidades preventivas de la pena (y de la medida), sometiéndolos al ámbito administrativo de protección de la infancia, y en esta idea subyace la concepción utilitarista de que es preferible que los menores de 12 años que han delinquido se mantengan al margen del ámbito judicial y del control penal. Precisamente esta idea es la que también se pone en duda y se califica de discutible, en concreto porque resulta dudoso que sea preferible una intervención administrativa sobre una judicial, fundamentalmente por lo que se refiere al respeto de las garantías¹, aunque habría que objetar que si lo discutible es la preferencia de la intervención administrativa sobre los menores de 12 años o menos por ausencia de un

penal, ya que puede suceder que hayamos elevado la edad de intervención en un momento en el que aumenta la precocidad de los infractores; FIERRO GÓMEZ, en: *La Ley 2006-3*, 1755, alegando que hay hechos de gravedad cometidos por menores de 12 y 13 años, pidiendo que se rebaje el límite de edad a esta franja por este motivo; FERNÁNDEZ MOLINA, *Entre la educación y el castigo*, 2008, 189, quien considera que el establecimiento del límite mínimo de 14 años para la aplicación del sistema penal ha sido una decisión caprichosa, ya que si se hubiera adoptado desde el conocimiento científico se hubiera establecido algún tipo de intervención para los menores de 12 y 13 años que han cometido un delito; HERRERO HERRERO, *Delincuencia de menores*, 2ª, 2008, 407, también pone de relieve que existe la convicción de que los delinquentes son cada vez más jóvenes y violentos, y que no se puede obviar que la cifra de delincuencia entre 12 a 14 años antes de la aprobación de la LORRPM no era ni mucho menos baja, y los delitos cometidos también eran graves, sin olvidarse del desarrollo físico y psicológico de gran parte de los menores entre 12 a 14 años (p. 437); MONTERO HERNANZ, *Justicia juvenil*, 2009, 411, quien advierte de que los últimos datos sobre criminalidad de menores pone de relieve el inicio cada vez más temprano en la actividad delictiva, mostrándose partidario de introducir un cambio en la legislación, rebajando el límite mínimo por debajo de los 14 años. En el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de LO por el que se modifica la LORRPM (de 5 de octubre de 2005), también se defendía la rebaja del límite mínimo a 12 años, porque existen supuestos en los que menores con 12 y 13 años ya han iniciado la senda de la delincuencia grave, además de que se ha constatado el hecho de que no se puede intervenir con eficacia desde el ámbito protector con estos menores ante los primeros síntomas serios de aproximación al delito. La propuesta de reducción del límite mínimo a los 12 años iba acompañada por el reconocimiento de un amplio margen del principio de oportunidad, aplicable a delitos graves y menos graves, estableciendo como principio general el de la no intervención, pero dejando abierta la posibilidad de que la misma se lleve a cabo para cuando sea absolutamente imprescindible. En el Informe también se proponía una segunda solución para atajar el problema de la precocidad de la delincuencia de menores, y era la de una reforma profunda del sistema de protección de menores. Desde la perspectiva del populismo punitivo, o petición de “tolerancia cero” ante la criminalidad, también la delincuencia de menores ha sido objeto de atención, deduciéndose de este planteamiento las exigencias de la reducción del límite mínimo a 12 años. Así lo pone de relieve CAÑO PAÑOS, en: *ADP 2002*, 288, como fenómeno que se ha desarrollado en Alemania.

⁶² V., en este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en: RUIZ-GALLARDÓN (ed.), *Los menores ante el Derecho*, 2005, 128 s., quien, desde la constatación empírica de que los menores a partir de los 12 o 13 años cometen hechos delictivos, y de cierta relevancia, advierte de que la acción puramente asistencial, familiar o civil, en estos casos no parece suficiente; respecto de estos menores se hace necesaria la intervención sancionatoria-educativa de tipo jurisdiccional, no la intervención protectora, pues desde la Criminología y, sobre todo desde la Pedagogía correccional, se sabe que una intervención puntual, y temprana, puede ser decisiva para evitar que se consolide el patrón delictual. También FIERRO GÓMEZ, en: *La Ley 2006-3*, 1755, para quien, ante hechos graves cometidos por menores de 12 y 13 años, se justifica la pronta y adecuada intervención, ya que así puede evitarse medidas posteriores más contundentes o que se produzcan sonoros fracasos; HERRERO HERRERO, *Delincuencia juvenil*, 2ª, 2008, 406, 408, pone en tela de juicio que sea suficiente la aplicación de las medidas asistenciales y de protección en el caso de que un menor de 14 años cometa un hecho delictivo, porque el contexto familiar, cuando existe, es poco propicio, como tendencia al menos, a la enmienda del menor, pues no se puede olvidar que una gran mayoría de delinquentes menores conocidos entre 12 a 14 años proceden de medios sociales altamente desfavorecidos. Pero si esta afirmación es cierta resultaría que la rebaja de la edad penal a 12 años supondría la actuación de este sistema precisamente sobre los menores más

suficiente garantismo desde este orden, en ese caso la solución no puede ser el recurso a la intervención penal a través del juez penal, sino la judicialización con el consiguiente respeto de garantías individuales desde los jueces civiles o de familia. Enlazando con esta idea se ha advertido de la situación que, de facto, se produce en el sistema español con el establecimiento del límite de la responsabilidad penal en los 14 años: esto no significa que nuestro ordenamiento sea indiferente al delito cometido por el menor de esta edad, siendo además la respuesta que se da a estos casos muy parecida a la que ofrece la LORRPM. En efecto, para estos menores se ha de recurrir a la legislación civil, estatal y autonómica, de protección de menores, advirtiéndose que las medidas se adoptan con excesiva discrecionalidad, se aplican medidas represivas, se establecen mecanismos para ejecutar las medidas de manera coercitiva previa solicitud al juez competente. En resumen, el régimen de imposición de medidas que el ordenamiento prevé para los menores de 14 años no difiere tanto como se podría creer del que reserva la LORRPM para los menores que han alcanzado esta edad. Ciertamente, no están sometidos a un procedimiento penal, pero sí sufren medidas limitativas de derechos con un contenido aflictivo similar a las medidas previstas en la LORRPM, sin las garantías que ésta ofrece. Nos encontramos, pues, ante un modelo de responsabilidad administrativa tutelar por debajo de los 14 años, y ante un modelo de responsabilidad penal al llegar a este límite. Ahora bien, en nuestro sistema penal se ha reconocido tradicionalmente una doble vía, la pena y la medida de seguridad, pero no se ha previsto la posibilidad de que como consecuencia de la comisión de un hecho penalmente antijurídico se responda mediante una sanción administrativa tutelar. Para evitar esta realidad se propone rebajar la edad a partir de la cual se ha de responder penalmente por el delito cometido, proponiendo una rebaja a los 10 o 12 años¹. Pero si el argumento es correcto, ¿en

desfavorecidos, aquellos que “delinquen” como consecuencia del propio fallo del sistema familiar y social obligado a su protección, lo que no parece muy justificable: el menor en situación desfavorecida no es “socializado” por los obligados a ello (principalmente la familia o, en su defecto, las instituciones civiles protectoras), por esta razón delinque a edades relativamente tempranas, 12 años o antes, y ante la constatación de esta situación se considera “obligado” reducir el límite mínimo para poder recurrir a la intervención penal en la práctica precisamente frente al menor que ha delinquido por las insuficiencias del propio sistema de protección y de socialización (ya que en los casos de menores pertenecientes a medios sociales “normales” sería más factible el recurso a la corrección paterna, a través de la aplicación de lo dispuesto en el art. 18 LORRPM sobre la desestimación de la incoación del expediente por parte del Ministerio Fiscal, o, en su caso, a los procedimientos de desjudicialización previstos también en la LORRPM). El reconocimiento de esta realidad, esto es, que en muchas ocasiones los menores que se ven involucrados en el sistema penal proceden de entornos sociales difíciles, entre otras razones, es lo que ha llevado a RÍOS MARTÍN, en: *ICADE 53* (2001), 208 s., a proponer un sistema de intervención educativo garantista, pero desde las instancias civiles, no penales. Próximo a las ideas expresadas en el texto, QUINTERO OLIVARES, *PG*, 4º, 2010, 593, acepta la posibilidad de que se rebaje la edad penal a los 12 años por las graves carencias de nuestra legislación actual que propicia la sensación de impunidad.

qué nos podemos basar para establecer la rebaja de la edad penal a los 12 o 10 años? ¿acaso el menor de esta edad que comete un delito, en caso necesario, no será “objeto” del sistema de protección y, en consecuencia, no se le aplicarán restricciones de derechos? Si el argumento para solicitar la rebaja de la edad penal es la desconfianza hacia el sistema de protección, porque no es garantista, o porque de facto tiene un contenido sancionatorio, en ese caso tales deficiencias se producirán con independencia de cuál sea la edad del menor “sometido” al sistema tutelar administrativo. Ciertamente, en la fijación del límite mínimo para la intervención penal tenemos que atenernos a las recomendaciones internacionales sobre la fijación de una edad que no sea demasiado temprana, de ahí que se haga la propuesta a partir de los 12 años, o incluso los 10 años, pero esto supondría tan solo “sacar” del sistema administrativo sancionatorio a un número mayor de menores, pero no se eliminaría el sistema administrativo sancionatorio en sí. Pero, ¿realmente podemos calificar la intervención con menores de 14 años como sanciones administrativas tutelares? Porque si la razón de la intervención no es que el menor de esta edad ha cometido un delito, sino la situación de desamparo o de desprotección en la que se encuentra (haya delinquido o no), en ese caso, la adopción de medidas educativas ¿tiene carácter sancionatorio? Y si las dudas que surgen respecto del sistema de protección es su falta de galantismo, ¿acaso estos problemas no se pueden solucionar desde el propio ámbito de protección de menores?

El segundo argumento se apoya en consideraciones de tipo criminológico, destacando el hecho de que los menores comienzan a delinquir a una edad muy temprana, a los 10 o 12 años, lo que debería ser tenido en cuenta, al menos debería haberse ponderado a la hora de tomar la decisión sobre la fijación del límite mínimo de la edad en la LORRPM¹.

El tercer argumento, apoyado en el anterior, centra su atención en el riesgo que puede suponer el retraso de la intervención. Si el menor comienza a delinquir a una edad más temprana, 12 o 13 años, la elevación del límite mínimo para justificar la intervención penal a

⁶³ V., en este sentido, MORILLAS CUEVA/CRUZ BLANCA, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, 209.

⁶⁴ V., en este sentido, GARCÍA PÉREZ, en: *RDPC 2ª época* 3 (1999), 63, quien ha advertido que si el sistema asistencial no funciona adecuadamente lo lógico es corregir sus defectos, ya que el DP no está para aliviar los fallos de otros sectores, y añade que el mal funcionamiento de una instancia no puede servir de coartada para recurrir al DP. Por su parte, BERNUZ BENEÍTEZ/FERNÁNDEZ MOLINA/PÉREZ JIMÉNEZ, en: *REIC* 4 (2006), 22 s., reconocen la insuficiente respuesta que se puede ofrecer desde las instituciones de protección de menores, pero la solución que se propone, reducir el límite mínimo de la intervención penal, es una solución que puede estar en consonancia con el clima de inseguridad y de alarma social que reclama el endurecimiento de medidas, pero resulta dudosa su compatibilidad con el espíritu de la Convención de los Derechos del Niño que apuesta por situar la minoría de edad en una lo suficientemente elevada como para permitir que el menor comprenda el delito que comete y la medida que se le impone.

los 14 años supone un obstáculo a una intervención sancionadora pronta y oportuna, capaz de evitar a tiempo la consolidación de los patrones conductuales delictivos que manifiestan los menores a una edad temprana¹. Este argumento es el valorado como el de mayor peso por los contrarios a la rebaja del límite mínimo de edad, atendiendo a que el adelantamiento de este límite a los 12 años no interfiere en los principios garantistas, educativos, de integración social que contemplan las legislaciones más avanzadas, sino que los fortalecen, ya que se puede

⁶⁵ En las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, denominadas Directrices RIAD, se reconoce que “según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de ‘extraviado’, ‘delincuente’ o ‘pre delincuente’ a menudo contribuye a que éstos desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable” (letra f). Atendiendo a los efectos perjudiciales que produce la intervención penal, por el efecto estigmatizador y etiquetamiento del menor como delincuente, RÍOS MARTÍN, *Menor infractor*, 1994, 139, 201 ss., propone que el menor de 18 años que cometa un delito quede al margen del DP, incluido el de menores o jóvenes, y en su lugar la intervención se realice a través de la jurisdicción civil; en: *ICADE 53* (2001), 203 ss., 211, 213; también GARCÍA PÉREZ, en: *RDPC 2ª época 3* (1999), 40 s., 75, hace referencia al efecto estigmatizador que provoca el proceso penal y las sanciones impuestas en el infractor tal como ha puesto de relieve la teoría del etiquetamiento; VENTAS SASTRE, *Minoría de edad penal*, 2003, 193, también advierte como comúnmente aceptada la inadecuación del sometimiento a un proceso penal de un menor que no ha cumplido los 14 años; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en: RUIZ-GALLARDÓN (ed.), *Los menores ante el Derecho*, 2005, 96 s., 110 s., 153 s., quien advierte del “impacto traumático y devastador que pueden tener en el joven ciertas sanciones (...) que, lejos de intimidar, atemorizan, interfiriendo negativamente en el proceso de socialización”. Este autor, en: *CDJ 1996-XV*, 269, ya afirmaba que la intervención del sistema legal aporta al joven infractor una experiencia negativa que marca el inicio de la carrera delictiva y de la desviación secundaria, por eso su impacto, más que resocializador, puede calificarse de estigmatizante. Desde la consideración de que no es razonable el enjuiciamiento en un proceso penal de un menor de 12 o 13 años por su falta de madurez psicológica, VILLAMERIEL PRESENCIO, en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo DP juvenil*, 2007, 19. De manera más crítica, considerando que el recurso al DP de menores no es abogar por la responsabilización del menor por sus actos, y la adopción de garantías no implica necesariamente tener que recurrir a establecer la responsabilidad penal, pues desde otros sistemas de responsabilidad también habrían de adoptarse garantías jurisdiccionales, SEGOVIA BERNABÉ, en: *Responsabilidad penal de los menores*, 2001, 61 ss. Y con anterioridad a la aprobación y entrada en vigor de la LORRPM, DE LA CUESTA ARZAMENDI/GIMÉNEZ-SALINAS, en: *EM-Casabó I*, 1997, 552, ya opinaban que el sometimiento de un menor que aún no ha cumplido los 14 o 13 años a un proceso penal no sólo resultaba inadecuado, “sino también un absurdo”. El reconocimiento de que el modelo de responsabilidad genera efectos claramente perjudiciales para el menor ha sido uno de los factores que ha permitido el desarrollo de mecanismos de desjudicialización del conflicto, recurriendo como posibles soluciones a la mediación, la conciliación o la reparación, entre otros. Parece un contrasentido que se abogue por la utilización de mecanismos de desjudicialización para evitar aquellos efectos estigmatizadores y, a la vez, se proponga la reducción del límite mínimo para introducir en el sistema judicial a menores en edades más tempranas. Es cierto que en el argumento acabado de formular se presentan aspectos diferenciados: porque la desjudicialización se propone para hechos poco graves cometidos por menores de edad, no de forma indiscriminada por tanto, mientras que la reducción del límite mínimo para la intervención penal, o se propone para el caso de que el menor haya cometido un hecho grave, o se propone con carácter general pero remitiendo a toda la normativa penal, lo que significa que, en su caso, también se podrán adoptar los mecanismos de desjudicialización del conflicto igual que con menores de edades más avanzadas. Ahora bien, una vez que el menor de edad se introduce en el sistema penal, la aplicación de los mecanismos de desjudicialización no son automáticos, dependen de diversos factores, por lo tanto no se garantiza la evitación en todo caso del efecto pernicioso del sistema penal para el desarrollo del menor, por eso es preferible que en edades aún relativamente tempranas, en torno a los 12 y 13 años, el menor de edad quede al margen del DP de menores y sea sometido al sistema de protección y asistencial, con las modificaciones que resulten necesarias para diferenciar el régimen de tratamiento que ha adoptarse en relación con el menor en situación de abandono y de desprotección y el que ha de corresponder al menor que se encuentra en situación de riesgo o conflictividad social.

actuar sobre menores conflictivos a una edad temprana¹. Ahora bien, frente al mismo también se puede advertir que la elevación del límite de edad penal a los 14 años no supone olvidar la situación en la que se pueden encontrar los menores de esta edad, en situación de abandono y de riesgo, siendo en este caso obligación de las Administraciones públicas con competencias en materia de protección de menores las que han de intervenir para hacer frente a este tipo de situaciones, y será a través de los mecanismos de protección como habrá de darse respuesta a los hechos delictivos cometidos por el menor de 14 años para evitar ese riesgo de que surja la carrera delictiva, aun cuando la actuación se desarrolle sobre los aspectos que revelan la situación de desprotección o de desamparo, esto es, sobre los factores condicionantes del riesgo de que aparezca el comportamiento delictual. Porque en caso contrario nos encontraríamos ante una manifestación más del efecto expansivo, en este caso del DP de menores: como las instancias de protección del menor no funcionan, son inexistentes o ineficaces, resolvamos el problema a través del recurso al DP¹, como si esta rama del Derecho fuera la panacea y la solución de “todos los males”. Porque ciertamente el recurso al DP de menores supone el máximo nivel de garantismo, pero a costa de la judicialización del problema, con el recurso al Derecho penal y al sistema formal que éste implica con las consecuencias negativas y perjudiciales que ello puede suponer para el menor a edad temprana¹. Por otro lado, el argumento da a entender que, frente a menores de 12 o 13

⁶⁶ TAMARIT SUMALLA, en: *RP 8* (2001), 80; en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA, (coords. penal), *Justicia penal de menores*, 2002, 31. Se adhiere a esta tesis, COLÁS TURÉGANO, en: CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *Responsabilidad penal del menor*, 2002, 37. En sentido similar, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en: RUIZ-GALLARDÓN (ed.), *Los menores ante el Derecho*, 2005, 130, afirma que la intervención adecuada, pedagógico-educativa, a tiempo, puede impedir la aparición de la carrera delictiva de iniciación temprana, porque además los indicios revelan que la acción protectora y asistencial no es capaz de prevenir. Desde la perspectiva inversa, para defender el establecimiento de un determinado límite mínimo de edad, entre 12 o 13 años, GONZÁLEZ, en: *Epílogo a DE LEO, Justicia de menores*, 1985, 137, era partidario de fijar este límite mínimo para evitar que por debajo de esta edad un menor pueda pasar por los juzgados juveniles, no porque no se le reconozca capacidad de entender y querer, sino porque, desde un punto de vista polícticriminal de signo progresista no parece conveniente que, por debajo de esta edad, los menores entren en contacto con las instancias de control social formal y sufran las incidencias de un proceso contradictorio en el que ellos sean los protagonistas.

⁶⁷ TAMARIT SUMALLA, en: *RP 8* (2001), 80; en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA, (coords. penal), *Justicia penal de menores*, 2002, 31. Se adhiere a esta tesis, COLÁS TURÉGANO, en: CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *Responsabilidad penal del menor*, 2002, 37. En términos muy similares, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en: RUIZ-GALLARDÓN (ed.), *Los menores ante el Derecho*, 2005, 130, desde la consideración de que es más efectiva la intervención sancionadora-educativa para evitar el desarrollo de patrones delictivos que el recurso a la intervención protectora. Por su parte, FERNÁNDEZ MOLINA, *Entre la educación y el castigo*, 2008, 189, ha reconocido que el establecimiento del límite mínimo de 14 años para la aplicación de la LORRPM ha supuesto dejar fuera del sistema penal a menores de 12 y 13 años, pero el “aparcamiento” de estos menores en el sistema de protección entraña muchos problemas prácticos que ponen en duda esta decisión.

años, la intervención a través del DP será exitosa en el sentido de que logrará la reeducación del menor y hará desaparecer el factor de riesgo de desarrollar la “carrera delictiva”. Acaso porque este argumento se apoya en las tasas de ausencia de reincidencia que se consigue con la aplicación de la LORRPM a los menores entre 14 a 18 años, o porque se ha demostrado que los menores que reinciden son precisamente aquellos que ya habían cometido el primer delito antes de haber cumplido los 14 años, o porque ha quedado acreditada la plena eficacia educadora de la anterior LO 4/1992 con los menores entre 12 y 13 años (y hasta los 15 años, pues como se recordará, el ámbito subjetivo de aplicación de la antigua LO 4/1992 era para menores desde los 12 años hasta que el menor cumplía los 16 años).

En desarrollo y complemento de los argumentos mencionados hasta ahora se ha apoyado la rebaja del límite mínimo de la edad para la intervención penal en los siguientes términos. Por un lado, se ha alegado que una pronta intervención, proporcionada y adecuada a la edad del menor, puede evitar tener que intervenir en un momento posterior cuando las posibilidades de éxito del tratamiento educativo son más reducidas y/o los medios a adoptar deban ser algo más contundentes¹. Por otro lado, se ha advertido sobre la insuficiencia de los medios educativos convencionales para hacer frente a las situaciones más conflictivas, pudiendo resultar inoportuno tener que reaccionar con los mismos medios ante conductas gravemente antisociales y ante carencias asistenciales de los que el menor es víctima¹. Finalmente, se defiende que resulta preferible para el menor, en estrictos términos

⁶⁸ TAMARIT SUMALLA, en: *RP 8* (2001), 80; en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA, (coords. penales), *Justicia penal de menores*, 2002, 31. De la misma opinión, COLÁS TURÉGANO, en: CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *Responsabilidad penal del menor*, 2002, 37; LANDROVE DÍAZ, *Introducción al DP de menores*, 2003, 63; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en: RUIZ-GALLARDÓN (ed.), *Los menores ante el Derecho*, 2005, 130.

⁶⁹ V., en este sentido, CRUZ MÁRQUEZ, *Educación en DP de menores*, 2006, 76 n. 70, quien advierte que en ningún caso el DP de menores ha de asumir tareas y objetivos que corresponden en exclusiva al sistema educativo y asistencial; DE LA CUESTA ARZAMENDI, en: *RECPC 10-09* (2008), quien, en principio, rechaza la reducción del límite mínimo de 14 años para la intervención penal, proponiendo en su lugar que es mucho más razonable recurrir a la dotación de medios jurídicos y materiales adecuados a la jurisdicción civil y a los servicios sociales para el tratamiento de estos menores, incluyendo la posibilidad de aplicar medidas de contención impuestas de manera coactiva con las debidas garantías en los casos en los que proceda; DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, *Menores infractores*, 2010, 74.

⁷⁰ Se hacen eco de esta idea MORILLAS CUEVA/CRUZ BLANCA, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, 209. Sobre este particular, y con afirmaciones un tanto arriesgadas, DOLZ LAGO, *Responsabilidad penal del menor*, 2000, 44; *Legislación penal de menores*, 2007, 49, considera criticable que el legislador no haya previsto expresamente la posibilidad de un internamiento psiquiátrico de menores de 14 años que cometan delitos graves, pues advierte que no sería lógico que se mantuviera en libertad a un menor de esta edad que asesinara o realizara actos de terrorismo, “pues dichos actos serían exponentes de su desequilibrio mental”. Y concluye que en este caso habría que acudir al art. 763 LECrim para el internamiento forzoso. Por su parte, TAMARIT SUMALLA, en: *RP 8* (2001), 80; en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA (coords. penal), *Justicia penal de menores*, 2002, 31, teniendo en cuenta la falta de

garantistas, actuar en los casos más graves desde el sistema penal que a través de otras instancias que responden a una lógica y necesidades sociales distintas¹. Nuevamente estas objeciones ponen en entredicho, no el límite de edad a partir del cual se ha de establecer la responsabilidad penal, sino las deficiencias en los sistemas de protección de los menores de edad. Y habrá de ser la mejora de estas medidas la respuesta que haya de darse a esta situación, pero no la opción por la más y mayor intervención del DP, como en tantas ocasiones sucede¹. Y las otras instancias sociales encargadas de la protección y salvaguarda de los menores, ¿no han de preocuparse por los comportamientos que pronostican la conflictividad

tratamiento educativo adecuado aplicable al menor infractor desde el ámbito de protección, y valorando que una pronta intervención educativa, proporcionada y adecuada a la edad del menor, puede tener más éxito y puede evitar la intervención años más tarde cuando las posibilidades de éxito se reducen y los medios que se tienen que adoptar son más aflictivos, considera como aceptable la reducción del límite mínimo para la incorporación del menor de edad al sistema penal, planteando en su propuesta la diferenciación adecuada entre franjas de edad y la limitación de la intervención, en los sujetos de edad más temprana, a los delitos de mayor gravedad. En esta línea, TAMARIT se hace eco de las críticas que se han elevado contra el sistema penal alemán en el que tampoco se prevén respuestas adecuadas ante hechos delictivos graves cometidos por menores que no han cumplido los 14 años, mencionando sobre esta cuestión el artículo publicado por KLINGST, "Kriminelle Kinder", en el periódico *Die Zeit* de 27 de junio de 1997, 7, quien se planteaba qué hacer con menores de 12 años que han cometido delitos muy graves, proponiendo este autor como solución la redefinición del principio de bienestar del menor, así como la posibilidad de plantear una terapia en medio cerrado, por periodos cortos de tiempo, para niños especialmente violentos y peligrosos para los que no hay otra alternativa; también parece aceptar finalmente la posibilidad de reducción del límite mínimo de 14 años DE LA CUESTA ARZAMENDI, en: *RECPC 10-09* (2008), 33, pero advirtiendo que sólo si se comprueba que resulta inevitable la reducción de dicho límite, en cuyo caso sólo permitiría como respuesta excepcional respecto de menores próximos a cumplir los 14 años que hayan cometido determinados hechos muy graves y su tratamiento en el marco del sistema de protección no resulte oportuno y adecuado, dada su probada capacidad de discernimiento y peligrosidad, y teniendo en cuenta el interés del menor y las demás circunstancias concurrentes; DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO LOZANO, *Menores infractores*, 2010, 74. De otra opinión, CUELLO CONTRERAS, en: *RECPC 12-01* (2010), 17 s.; en: BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA (dirs.), *DP de menores a debate*, 2010, 142 s., quien se muestra sumamente crítico a las reformas operadas en la LORRPM desde los postulados de seguridad y de punitivismo, dejando sin contenido los fines educativos que debería inspirar esta ley. Advierte este autor que el argumento de la alarma social como inspirador de las últimas reformas también ha estado detrás de los intentos de reducción del límite mínimo de la LORRPM, pues cuando el menor que aún no ha cumplido los 14 años comete un delito grave, en ese caso la percepción popular y de los medios de comunicación es que nos encontramos ante "una especial malicia de los menores que lo cometen, dado que es impropio de esas edades llevar a cabo comportamientos tan graves". Frente a esta idea, advierte CUELLO CONTRERAS que la mayor o menor gravedad del hecho delictivo es independiente del grado de madurez del menor, o dicho de otra manera, si un menor comete un hecho delictivo grave, impropio de lo que normalmente es la delincuencia juvenil, este hecho no está indicando que estemos ante un menor más maduro, sino ante un menor con graves problemas en su desarrollo, por lo que no se debe reaccionar frente a él con el enfoque punitivo y sancionatorio, sino con el educativo.

⁷¹ Así lo reconoce, entre otros, TAMARIT SUMALLA, en: *RP 8* (2001), 80; en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA, (coords. penal), *Justicia penal de menores*, 2002, 31. Sigue la tesis de TAMARIT, COLÁS TURÉGANO, en: CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *Responsabilidad penal del menor*, 2002, 37. Este riesgo de que el límite mínimo se rebaje por la demanda de mayor intervención punitiva frente al menor infractor también es destacado por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en: RUIZ-GALLARDÓN (ed.), *Los menores ante el Derecho*, 2005, 130 s.

⁷² TAMARIT SUMALLA, en: *RP 8* (2001), 80; en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA, (coords. penal), *Justicia penal de menores*, 2002, 31. De la misma opinión, COLÁS TURÉGANO, en: CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *Responsabilidad penal del menor*, 2002, 37.

social? ¿no han de preocuparse por la formación y educación, corrigiendo comportamientos antisociales, entre los que se encuentran los delictivos? Y en estos casos, cuando se tienen que adoptar medidas que implican limitación de derechos de los menores, ¿no han de cumplirse con las garantías mínimas que eviten una aplicación desproporcionada, arbitraria, injusta en definitiva? ¿Y estas decisiones no son recurribles? En definitiva, si el menor de 14 años delinque, debe reclamarse una mejor de la respuesta asistencial y de protección para su tratamiento, pero no se debe reclamar la rebaja del límite mínimo de edad para la intervención penal con él, porque además esta necesidad de reducción del límite mínimo surgiría cada vez que apareciera un hecho delictivo cometido por un menor excluido de la intervención penal, nuevamente con el argumento de que las respuestas desde el ámbito de protección no son adecuadas y/o son insuficientes. Esto sin tener en cuenta que sería un contrasentido que en el ámbito civil a los menores de 10, 12 o 13 años no se le reconociera esta responsabilidad por sus actos y, sin embargo, sí se hiciera desde el ámbito penal.

En relación con estas últimas consideraciones alguna asociación progresista de jueces ha considerado que no es necesaria la rebaja del límite mínimo, pero sí aluden a la posibilidad de adoptar alguna medida de internamiento de carácter educativo en casos graves, porque el hecho demuestra que algo pasa y se debe actuar¹. Posiblemente tal posibilidad ya exista, en la legislación estatal y autonómica sobre protección de menores. Otra cosa es bajo qué condiciones y presupuestos puedan aplicarse estas medidas educativas, incluidas las que suponen privación de libertad del menor, y si las mismas son efectivamente adecuadas y de imposición coactiva, en su caso, cuando el interés del menor aconseje su aplicación. Todas estas consideraciones deben llevar a reflexionar sobre el sistema de protección vigente para constatar si el mismo es o no el adecuado para tratar las necesidades que puede presentar un menor que ha cometido un delito y que está fuera del ámbito de actuación del sistema penal por razón de la edad.

Los argumentos basados en consideraciones criminológicas y en la falta de una respuesta adecuada desde las instancias de protección para detectar y corregir la conducta delictiva del menor entroncan con la tesis de la tolerancia social. Desde esta perspectiva se afirma que en el establecimiento del límite mínimo de la edad en la LORRPM no se puede prescindir de la evolución social que pone de manifiesto la existencia de comportamientos violentos de mucha gravedad protagonizados por menores de 14 años, que pueden en algún momento llevar al

⁷³ V., en este sentido, MORENILLA ALLARD, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios Ley penal del menor*, 2007, 53 s.

legislador a ceder ante la demanda popular y mediática de una reforma legal que permita una condena y una respuesta penal más dura¹. Ciertamente, es necesario reconocer que existe el riesgo de que se reduzca el límite mínimo como consecuencia de las actuales políticas punitivas y de seguridad que guían la legislación penal, incluida la de menores, pero el hecho de que se trate de actos aislados, tal como demuestran los estudios criminológicos mencionados en otro lugar, ponen en entredicho la justificación de esta reducción de la edad de intervención penal, y debería ser un elemento valorado por las instancias con poder de decisión en esta materia, porque, además, para el caso de que efectivamente llegue a producirse un hecho grave, lo que habría de preocuparnos es la situación en la que se ha encontrado ese menor y la razón que le ha llevado a cometer un acto de esas características, más que si la respuesta a su hecho ha de adecuarse o no al sistema penal.

Otros argumentos esgrimidos para proponer la rebaja del límite mínimo a 12 años se apoyan en la edad en la que se puede establecer el comienzo de la adolescencia como fase evolutiva especialmente relevante en el tema que nos ocupa. Y sobre este particular se ha alegado que si bien es cierto que la adolescencia se prolonga, también es cierto que esta etapa evolutiva se anticipa, apareciendo aproximadamente a la edad de 12 o 13 años. Si alguna relevancia tiene en esta materia la diferenciación entre las fases de la niñez o de la adolescencia es para la delimitación de la frontera entre la aplicación o no del DP de menores, pues parece claro que el ámbito subjetivo de la LORRPM habrá de ser la conducta delictiva cometida por el menor-adolescente¹. Relacionado con esta consideración, también se ha defendido la rebaja del límite mínimo a los 12 años, el límite de la infancia y el comienzo de la adolescencia, porque a partir de esta edad ya se puede considerar que el menor es imputable¹.

⁷⁴ V., sobre esta cuestión, las exposiciones realizadas en las nn. 8 a 10, para constatar la falta de acuerdo doctrinal sobre la imputabilidad o inimputabilidad de los menores a partir de los 14 años. Desde esta perspectiva, expresamente BUENO ARÚS, en: *Prólogo a DÍEZ RIAZA* (coord.), *Cuestiones relevantes*, 2004, 15; en: *CDJ 2005-XXV*, 299; en: *EDJ 2006-110*, 354 s., descarta que se rebaje la edad penal a los 12 años porque a esta edad el sujeto no puede ser biológica ni psicológicamente imputable.

⁷⁵ Si adaptamos este argumento al momento actual, cuando la enseñanza obligatoria se ha de extender hasta los 16 años (y si tenemos en cuenta que esta es la edad para, con carácter general, poder recurrir a la emancipación de los menores sometidos a patria potestad y tutela, con los efectos de la emancipación, a casi todos los efectos el sujeto tiene capacidad de obrar plena, el argumento se refuerza), entonces, desde esta perspectiva, habría que abogar porque el límite a partir del cual el menor puede ser sometido a responsabilidad penal sería 16 años. Utilizan el argumento descrito en el texto, conectando el límite mínimo para establecer la responsabilidad penal y la enseñanza básica obligatoria, BUSTOS RAMÍREZ, en: *LH-Beristain* 1989, 481 s. Este autor añade que si el sujeto tiene más de 13 años pero no ha recibido la formación básica, no sería posible aplicarle el DP de menores, y el Estado en su lugar sólo puede asumir su función de asistencia social general, lo mismo que sucede con los menores de 13 años; CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil*, 1988, 228 s., 303, porque el Estado ha debido dar por finalizada la educación escolar obligatoria, a partir de entonces debe entenderse que el sujeto, objetivamente, ha adquirido plena capacidad de socialización y motivación social y jurídicopenal, añadiendo que el DP de menores debe adaptarse a las fases educativas del sistema general de enseñanza (p. 304).

Estas ideas nos enfrentan al debate abierto sobre la capacidad de culpabilidad del menor de edad, y a partir de qué edad puede afirmarse esta capacidad basada en la imputabilidad del mismo¹, pero aun cuando se pudiera demostrar esta capacidad de culpabilidad en una edad inferior a 14 años, la reducción del límite mínimo sería desaconsejable, porque el menor de esta edad en ningún caso puede serle reconocida la capacidad de actuación como si de un mayor de edad se tratara, y creo que éste es el límite de edad que ha de permitir la asunción de responsabilidades por los hechos propios también en el ámbito del DP.

- Partidarios de la reducción del límite mínimo a los 13 años:

El principal argumento se ha planteado desde la perspectiva de la obligación educativa del Estado, alegando que sólo se puede exigir una determinada responsabilidad al sujeto en la medida en que se le haya dado formación básica para una total capacidad de respuesta. Y en el momento en que se formulaba esta propuesta la enseñanza básica obligatoria finalizaba a los 13 años, por tanto éste era el límite mínimo que no podría rebajarse¹.

Otros argumentos se han planteado desde la más clásica discusión en torno a la capacidad de culpabilidad del menor de edad. Desde esta perspectiva, se ha considerado que el límite mínimo para exigir responsabilidad penal no puede estar por debajo de 13 años, ya que aplicar a un menor de esta edad una sanción penal implicaría una grave perturbación de su formación

⁷⁶ V., en este sentido, BUSTOS RAMÍREZ, en: *LH-Beristain* 1989, 482. También CARMONA SALGADO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP, II*, 1999, 35, en: *RECPC 04-03* (2002), 3 s., 8, en el sistema de tratamiento que ella propone, establece como límite mínimo los 13 años hasta los 18 años. En el segundo trabajo citado añade como argumento el dato comparativo de la reforma operada por la LO 11/1999, en la que se elevó a 13 años el límite de la edad en el caso de la víctima menor de edad de un delito sexual, resultando “chocante e injusto que la nueva LO 5/2000 declare irresponsables criminales con arreglo a la misma, remitiéndolos a las entidades públicas correspondientes, a los menores de catorce años, los cuales, al fin y a la postre, no son víctimas de delitos, sino infractores de normas jurídico-penales”. Aunque no se ha manifestado expresamente a favor de este límite, puede considerarse partidario de esta posición a CHOCLÁN MONTALVO, en: *AJA 214* (1995), 2, cuando reconoce que a partir de los 12 o 13 años el sujeto ya es capaz de motivarse por las normas, es por tanto imputable.

⁷⁷ Se han mostrado partidarios de la fijación del límite mínimo entre 13-14 años, entre otros, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los derechos humanos*, 1985, 164, 177; en: *Eguzkilore 2* (1988), 63, 68; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal*, 1998, 153 s.; VENTAS SASTRE, *Minoría de edad penal*, 2003, 193, quien se decanta por este límite mínimo entre 13 o 14 años desde la consideración de que hoy en día resulta comúnmente aceptado que por debajo de este límite someter a un menor a un proceso penal resulta inadecuado.

⁷⁸ V., en este sentido, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal*, 1998, 153 s., quien acompaña su interpretación proponiendo que, a partir de ese límite de edad, se aplique el DP juvenil que no se remita en bloque al DP para la tipificación de las conductas delictivas, sino que se excluya del primero los injustos bagatela, especialmente cuando son ocasionales, como por ejemplo pequeños hurtos en tiendas, ocupación clandestina del transporte público, delitos no graves en tentativa (p. 166); en: *AP 2000-3*, 706.

y desarrollo¹. O que el límite ha de estar en torno a los 13 o 14 años¹ recurriendo a un criterio objetivo, el biológico puro, para determinar cuando hay ausencia de culpabilidad por inimputabilidad, cuando el menor no ha alcanzado esa franja de edad¹.

También se ha sugerido la posibilidad de reducir el límite de edad a los 12 o 13 años teniendo en cuenta la evolución de la normativa "civil" en torno al reconocimiento, cada vez a una más temprana edad, de plena capacidad en el menor para tomar decisiones que afectan a aspectos vitales como la libertad sexual o la salud. Así, se ha afirmado que la madurez se ha de expresar no sólo para la celebración de actos jurídicos, también para imputar la responsabilidad que se pueda derivar de los mismos. Y si una menor de 13 años puede tener madurez suficiente para mantener relaciones sexuales, para interrumpir voluntariamente el embarazo, para someterse a una liposucción o una rinoplastia sin consentimiento paterno, o ha de ser oída en todos los procesos que le afecten, no se entiende por qué no tiene madurez para ser consecuente y responsable con el resultado de los hechos ilícitos que pudiera cometer¹. Ciertamente este argumento no está alejado del aquí propuesto, pero quizás como objeciones podemos alegar el hecho de que la plena capacidad para la toma de decisiones a los 13 años se hace depender de la comprobación del grado de madurez alcanzado por el menor, mientras que con la fijación del límite en 14 años se ha elevado un poco este límite, permitiendo presumir de forma generalizada dicha madurez, al menos la presunción es un poco más convincente. Y, en todo caso, desde la normativa civil la posibilidad de que se conceda la emancipación del menor de edad, con los efectos de esta institución tratando al

⁷⁹ Sobre esta tesis, MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *Menor víctima y victimario*, 2010, 101 s., si bien esta autora finalmente considera como más prudente no rebajar el límite mínimo de la edad penalmente relevante, proponiendo en su lugar que se actúe normativamente con más precisión e intensidad en los ámbitos civiles y administrativos para contrarrestar en muchos casos la inoperancia total de las actuaciones institucionales sobre los menores que han cometido hechos delictivos.

⁸⁰ Además de los autores que se han mencionado con anterioridad, parecen ser partidarios de establecer el límite mínimo en 13 años ANDRÉS IBÁÑEZ, en: *Psicología social y sistema penal*, 1986, 225; SERRANO MAÍLLO, en: *RDPC 5* (1995), 801 s., ya que advierte que, a partir de los 13 o 14 años, hay menores que tienen comportamientos delictivos, por lo que sea cual sea la mayoría de edad penal, los menores y jóvenes infractores han de ser objeto de control; DOLZ LAGO, en: *La Ley 1998-3*, 1510, ya que, en su análisis crítico al Anteproyecto Penal Juvenil de julio de 1997, esta cuestión no es sometida a observación o crítica.

⁸¹ Así se manifestaba GARCÍA PÉREZ, en: *RDPC 2ª época 3* (1999), 69.

⁸² La LOGSE (LO 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo) ha sido sustituida por la LOE, LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en la que se sigue manteniendo la educación obligatoria hasta los 16 años, y la educación secundaria obligatoria que se desarrolla normalmente entre los 12-16 años tiene como finalidad lograr que los alumnos adquieran los elementos básicos de la cultura, especialmente en los aspectos humanístico, artístico, científico y tecnológico, desarrollar y consolidar en ellos hábitos de estudio y trabajo, prepararles para su incorporación a estudios posteriores y para su inserción laboral y formarles para el ejercicio de sus derechos y obligaciones en la vida como ciudadanos (art. 22.2 LO 2/2006).

menor como si fuera mayor de edad, reconociéndole capacidad para la realización de múltiples actos y negocios jurídicos, lo que implica también la asunción de responsabilidades por sus propias acciones, no se produce hasta que el menor no ha cumplido los 14 años (aunque sea de forma muy excepcional, a través del matrimonio y con dispensa judicial), por esta razón, reconociendo la disparidad de edades existentes en la normativa civil a efectos de reconocer mayor o menor autonomía en el menor de edad, se prefiere mantener la uniformidad con la institución de la emancipación en la fijación del límite mínimo para el establecimiento del sistema penal de intervención frente al menor que delinque¹.

La tesis que ha defendido el establecimiento del límite mínimo en 13 años también ha sido objeto de críticas. Este límite se había propuesto en alguno de los Anteproyectos que se han redactado hasta la aprobación definitiva de la LORRPM, entre otros, en el Anteproyecto de 1997. Frente a esta propuesta se objetó que si el CP 1995 había “retrasado” la edad de la mayoría de edad a los 18 años (frente a los 16 del CP 1944/1973), por tanto, se retrasaba notablemente la edad de la plena incorporación a la responsabilidad penal de adultos, lo mismo se tenía que hacer en relación con el límite mínimo en el DP de menores, y como alternativa se proponía que, al menos, se optara por un sistema flexible en el que la edad mínima absoluta fuera 14 años y en los tramos entre 14 y 17 o 18 se exigiera un juicio de madurez para aplicar el régimen de la responsabilidad penal de los menores¹.

También frente a esta reducción del límite mínimo a 12 o 13 años se han ofrecido argumentos desde la comparación con otros sectores del ordenamiento jurídico, y valorando hasta qué edad se prolonga la educación obligatoria del menor de edad a cargo del Estado. Desde estas dos perspectivas se ha señalado que, en el plano educativo, la enseñanza obligatoria básica se ha prolongado hasta los 16 años, enseñanza básica que en el segmento entre 12-16 años tiene como finalidad formar a los menores para asumir sus deberes y ejercer sus derechos y prepararles para la incorporación a la vida activa o para acceder a la formación profesional (art. 18 LOGSE)¹; en el ámbito civil el menor de 16 años, salvo la excepción en caso de matrimonio, no tiene reconocida capacidad para regir su persona y bienes, pues hasta que

⁸³ V., con más detalle, GARCÍA PÉREZ, en: *RDPC 2ª época 3* (1999), 69. Añade este autor que si la responsabilidad penal “constituye un sistema de responsabilidad cualificado por la gravedad de sus consecuencias jurídicas y los procesos estigmatizadores que éstas conllevan, su contrapartida debe ser el establecimiento de requisitos más estrictos para poder quedar sujeto a ella”.

⁸⁴ Es la tesis defendida por FERRÉ OLIVÉ, en: *EP-Díaz Pita*, 2008, 674.

⁸⁵ Esta tesis es defendida por CEREZO MIR, *PG III/2*, 2001, 100 y n. 62, apoyando su propuesta en los resultados de la investigación criminológica que ha llevado a cabo SERRANO GÓMEZ, *Delincuencia juvenil en España. Estudio criminológico*, 1970, 182, 326 (citado en n. 62), y que, en opinión de CEREZO, como consecuencia de esta investigación, en el PCP 1980 se había propuesto que la edad de 15

el menor no cumple los 16 años (generalmente) no puede emanciparse; en el Derecho Laboral no tiene reconocida capacidad para trabajar hasta los 16 años. Atendiendo a estas consideraciones, no se entiende que se atribuya capacidad de orientación por las normas a quien no se le ha dado la oportunidad de prepararse para asumir sus derechos y deberes, y tampoco se le reconoce capacidad para trabajar ni para regir su persona y bienes¹.

- *Partidarios de la elevación del límite mínimo de la edad penalmente relevante*

Si bien en los últimos tiempos el debate se ha centrado en la posibilidad o no de reducción del límite mínimo de 14 años para la aplicación de la LORRPM, no faltan autores que se han

años era el límite de la mayoría de edad penal. Este autor es consciente de que SERRANO GÓMEZ, en un trabajo posterior, ha defendido la rebaja del límite de edad a 13 o 14 años, atendiendo precisamente a la realidad criminológica en España, pero ello no ha supuesto un cambio en la propuesta de CERESO MIR (aunque en otro trabajo de este autor, en: *CDJ 1996-XXVII*, 136, reconoce que el límite mínimo que se fijará en la futura ley del menor oscilará entre 13 o 14 años). En efecto, SERRANO GÓMEZ, en: *Delincuencia juvenil*, 1972, 15 ss., 19 ss., 26, lleva a cabo un análisis criminológico de la delincuencia juvenil (y este autor diferencia entre delincuencia de menores y de jóvenes), que él identifica con la delincuencia cometida por sujetos de 15 a 20 años, reconociendo que, en esta época, España no tiene todavía un problema grave de delincuencia juvenil, aunque la situación se está agravando, afirmando que dentro de pocos años llegará a tener importancia, reconociendo también que el menor se inicia cada vez a una edad más temprana. En un trabajo posterior, en: *RFDUC monográfico 6* (1983), 620 ss., recoge datos sobre comportamientos delictivos de los menores de 16 años, afirmando que “la edad criminológica está muy por debajo de la mayoría de edad penal (recordemos, en el CP 1944/1973 ésta se había fijado en 16 años), situación a tener muy en cuenta en el momento de controlar a esa juventud que perturba la pacífica convivencia social” (p. 621). Y como conclusión este autor, después de reconocer que hay que fijar una edad hasta la que sólo se podrán aplicar medidas tutelares, considera que “teniendo en cuenta que la edad criminológica en España se sitúa en la actualidad entre los catorce y los quince años, sin olvidar la gran participación de los trece, así como que cada vez la juventud se inicia a edad más temprana en la violación de las normas penales, esa edad mínima podría fijarse en los trece o catorce”.

⁸⁶ V., de esta opinión, BERISTAIN IPIÑA, en: *EPC XIV* (1991), 13, quien afirma que para que exista culpabilidad y responsabilidad penal, para poder aplicar una sanción penal al menor o joven infractor, no basta con que esté dotado del uso de la razón, ni de la culpabilidad moral, ni de la conciencia moral, necesita haber sido “iniciado” en el “artificial” cosmos jurídico, y esta iniciación jurídica en los países de nuestro entorno no sucede ni debe acontecer hasta por lo menos los 16, 17 o 18 años. En un trabajo anterior, BERISTAIN IPIÑA, en: *Jornadas de estudio*, 1985, 168 ss., 197 s., propone diferenciar tres grupos o tramos de edad: los niños, hasta 11 o 12 años, que quedarían al margen de cualquier intervención “penal”, los menores, entre los 11 o 12 años hasta los 16 o 18 años, quedarían al margen del DP, pero han de disfrutar de las garantías procedimentales en igual medida que los adultos, y los jóvenes, de edades comprendidas entre los 16 o 18 años hasta los 21 o 25 años, para los que habría que regular un DP propio, que sería penal-asistencial; URRA PORTILLO, en: *CDJ 1998-IX*, 222 s., pues a partir de esta edad el menor que delinque pasaría al Juzgado de Justicia Juvenil, aplicándose la ley del menor. Este autor propone que el menor entre 14 a 16 años esté excluido de toda responsabilidad penal, porque su culpabilidad está matizada, pero si comete un hecho delictivo se le impondrá, por el juez de familia, una medida reparadora o terapéutica, insistiendo que esto sucederá desde la red social de una administración implicada en la prevención; en: CORCOY BIDASOLO/RUIDIAZ GARCÍA (coords.), *Problemas criminológicos*, 2000, 166 s., 170 s.; APARICIO BLANCO, en: *CDJ 1999-IV*, 165, 229 s., quien añade que si se recurre al criterio biológico puro para fijar la edad mínima de capacidad penal, en tal caso el límite de 16 años es lo suficientemente elevado como para que se reduzca el riesgo que supone declarar penalmente imputables a menores carentes de la suficiente madurez; GARCÍA PÉREZ, en: *RDPC 2ª época 3* (1999), 65 ss.; CUELLO CONTRERAS, *El nuevo DP de menores*, 2000, 40, para quien la tesis de GARCÍA PÉREZ se apoya en argumentos sólidos, ya que sólo de los mayores de 16 años se puede

mostrado partidarios de una elevación de este límite mínimo, como vamos a ver a continuación.

- Partidarios de la elevación a los 15 años

A este grupo pertenecen los autores que denuncian que el trato que reciben los menores entre 14 y 15 años con la LORRPM, tras las diversas reformas operadas principalmente en los años 2000 y 2006, es claramente peor al que recibirían en el sistema tutelar, ya que las reformas de la ley del menor han hecho que el principio del interés del menor haya desaparecido. A la vista de esta situación, se reclama que algunos de estos menores retornen al sistema tutelar-administrativo con garantías, en el que se recupere con toda vigencia el principio del interés superior del menor y el respeto a los derechos fundamentales¹. Una crítica que no va dirigida principalmente a la fijación de un límite mínimo de edad más o menos elevado, sino a las consecuencias que se derivan de la utilización de una deficitaria política legislativa en la reforma de una ley trascendental desde premisas contrarias a los principios que han de guiar la LORRPM, como son las que se derivan del modelo de seguridad y de tolerancia cero frente a la delincuencia, incluida la cometida por los menores.

postular el mínimo de culpabilidad que exige el DP; BUENO ARÚS, en: *Prólogo a DÍEZ RIAZA (coord.), Cuestiones relevantes*, 2004, 15; en: *EDJ 2006-110*, 359, 362 s.

⁸⁷ V., para más detalles, GONZÁLEZ ZORRILLA, en: *DJ 37/40*, 1983, 177; CARMONA SALGADO, en: *Protección jurídica del menor*, 1997, 137 s.; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP, II*, 1999, 28 s.; en: *RECPC 04-03* (2002), 5, para quien no se puede afirmar en términos genéricos que todo menor de 16 años carezca de capacidad de culpabilidad, además de que esta afirmación lleva a resultados insatisfactorios e injustos (porque supone reconocer automáticamente esta capacidad en el sujeto que recién acaba de cumplir los 16) y se erige en una ficción jurídica que sólo se podría solventar adoptando el criterio del discernimiento, con las consecuencias de inseguridad jurídica que supondría decantarse por este criterio. Añade que si en el caso concreto efectivamente faltara tal capacidad, entonces habría que determinar la irresponsabilidad del menor de 16 años, pero no por tratarse de un menor, sino porque se ha constatado que en ese caso concreto su proceso evolutivo era deficiente; COLÁS TURÉGANO, en: CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *Responsabilidad penal del menor*, 2002, 37, afirma que no parece posible hoy en día mantener que los menores de 16 años son, en términos generales, incapaces de culpabilidad, en la actualidad se parte del presupuesto contrario, como lo demuestran los estudios empíricos, pues a muy temprana edad el menor ya es capaz de establecer una conexión con la norma. Hoy en día es posible afirmar que los menores a partir de una determinada edad, que ronda los 12 años, son capaces de culpabilidad, si bien se trata de una imputabilidad específica y condicionada por el propio hecho de la edad, lo que motiva y justifica arbitrar una respuesta especial; *DP de menores*, 2011, 126; PÉREZ MACHÍO, *Tratamiento jurídico-penal de los menores*, 2007, 70 s., para quien el menor a partir de 14 años ya es imputable, es decir, es capaz de comprender la ilicitud de sus actos y es perfectamente motivable a través de las sanciones inherentes a la infracción cometida. Para VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 241, se establece un límite demasiado alto, siendo partidario de que el DP de menores abarque toda la etapa de la adolescencia, que comienza a los 13 o 14 años, graduando las medidas según la edad.

También se ha defendido la elevación del límite mínimo de la LORRPM a los 15 años desde consideraciones que atienden al principio de culpabilidad y los fines del DP (también en el de menores). Desde esta doble perspectiva, se propone que con el límite de 15 años se establezca la presunción *iuris et de iure* de que el menor de esta edad carece de la capacidad de culpabilidad, y para el caso de que el menor que no ha cumplido esta edad cometa un hecho delictivo, será confiado a las entidades públicas de protección. Desde este planteamiento, se considera asumible la elevación de este límite mínimo si atendemos a los fines del DP, la reafirmación del ordenamiento jurídico la prevención general¹. Una tesis que supone negar la culpabilidad plena del menor de esta edad, lo que no se compagina con las modernas investigaciones en psicología evolutiva, a no ser que se pretenda que, por razones de política criminal, se presuma *iuris et de iure* la inimputabilidad del menor que no ha cumplido los 15 años, y que no tiene en cuenta que la creación de un DP de menores puede apoyarse en la persecución de fines específicos preventivo-especiales, o al menos con carácter prioritario, y estos fines son los que han de valorarse a la hora de fijar el límite mínimo para su aplicación, además de que se considere muy conveniente el mantenimiento de cierta coherencia en el reconocimiento de las capacidades/responsabilidades en los ámbitos civil y penal.

- Partidarios de la elevación a los 16 años

Varios han sido los argumentos esgrimidos para la defensa de esta elevación del límite mínimo a 16 años para la intervención del sistema penal. Por un lado, esta tesis se ha apoyado en la falta de plena capacidad de culpabilidad del menor de 16 años¹, una consideración que ha sido objeto de críticas, pues se ha replicado que difícilmente se puede defender, con

⁸⁸ V., sobre los argumentos del texto, más ampliamente, APARICIO BLANCO, en: *CDJ 1999-IV*, 167, 229; GARCÍA PÉREZ, en: *RDPC 2ª época 3* (1999), 66 ss., 70 ss.; en: *AP 2000-3*, 683 y n. 42; en: *MFC del CGPJ 9* (2000), 51 y n. 10; TERRADILLOS BASOCO, en: RUIZ RODRÍGUEZ/NAVARRO GUZMÁN (coors.), *Menores*, 2004, 55. Para DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios LORRPM*, 2001, 55, la tesis es interesante, pero olvida que el DP es la *ultima ratio*, que sólo está legitimado para actuar en los supuestos más graves y que, producidos éstos, debe intervenir dando respuesta matizada y flexible que el caso, con sus circunstancias y las del autor, requiera. Pero ello es distinto del plano social que, llevado al extremo, conduciría a postergar la responsabilidad penal hasta que el joven adquiriera una madurez suficiente, fuera autónomo para decidir y gozara de su independencia económica, tras haber completado su inserción social.

⁸⁹ Así, VIVES ANTÓN, en: *La libertad como pretexto*, 1995, 350 ss., propone mantener el límite de 16 años del anterior CP para la posibilidad de aplicar penas al menor de edad, y para el caso de que el menor de esta edad cometa un hecho delictivo, se le aplicarán medidas correctoras que no comporten ni privaciones de derechos que puedan interpretarse como castigos, ni reproches ni estigmas. La crítica formulada en el texto ha sido planteada por GIMÉNEZ-SALINAS/GONZÁLEZ ZORRILLA, en: *JD 3* (1988), 17, quienes han hecho esta objeción considerando que la respuesta que se daba al menor de 16 años con la anterior regulación, la del CP 1944/1973 estableciendo la mayoría de edad penal a los 16 años y la Ley de 1948 aplicable a los menores de 16 años que cometían un delito (además de otras conductas

carácter general, que todo menor de 16 años carece de la capacidad de culpabilidad necesaria para fundamentar la responsabilidad penal, máxime cuando los estudios de psicología evolutiva dan pruebas de que por debajo de este límite el menor de edad sí ha desarrollado las capacidades en las que fundamentar el juicio de culpabilidad¹.

En estrecha relación con la tesis de la falta de culpabilidad del menor de 16 años, se ha defendido el establecimiento de este límite mínimo atendiendo a las características de los menores y de la sociedad actual, apoyando tal postura en el concepto de adolescencia, una etapa de transición caracterizada por los cambios fisiológicos, psicológicos y sociales, y que en la actualidad se está produciendo una prolongación en cuanto a su duración, con el efecto del retraso de la asunción por parte del sujeto de roles propios de la etapa adulta. Completando esta argumentación, se recurre a la relevancia de la edad de 16 años en otros ámbitos jurídicos para proponer que también sea éste el límite de la intervención penal frente a menores que cometen un delito, como es la educación obligatoria hasta esta edad, o la incorporación al trabajo a partir de los 16 años¹.

Esta propuesta de elevación del límite mínimo a los 16 años se ha completado con la idea genérica de que, por debajo de esta edad, si el menor comete un hecho delictivo, la respuesta

desviadas), era una respuesta claramente punitiva, pero carente de las garantías propias del DP y del Derecho procesal. Tal crítica, *mutatis mutandis*, podrá hacerse extensiva a las propuestas doctrinales a favor de la elevación del límite mínimo de edad a los 16 años, “derivando” al sistema de protección administrativo a los menores que cometan un delito y no hayan cumplido esta edad, pues las respuestas que se ofrecerán desde el ámbito de protección al menor infractor carecerán de aquellas garantías procedimentales y materiales. Así, se podría adaptar esta crítica a la propuesta formulada por GARCÍA PÉREZ, en: *RDPC 2ª época 3* (1999), 71, de someter a formas de responsabilidad menos lesivas que la pena, como la civil, de los menores que no han cumplido los 16 años, y, en su caso, éstos serán objeto de atención por parte de las instancias protectoras de los menores y de las instituciones encargadas de la asistencia social. Este autor responde a esta objeción reclamando que se distinga entre una labor legítima de asistencia social dirigida a paliar las carencias del menor de lo que sería una intervención penal encubierta y, por tanto ilegítima (p. 71). También frente a la propuesta de GARCÍA PÉREZ, que en la práctica puede significar que las medidas sean adoptadas por los grupos primarios encargados de los menores, objeta VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 241, que esta propuesta sólo favorecería a los menores infractores socializados, siendo de difícil aplicación en el caso de menores procedentes de sectores sociales desfavorecidos.

⁹⁰ V., en este sentido, URRA PORTILLO, en: *CDJ 1998-IX*, 222 s.; en: CORCOY BIDASOLO/RUIDIAZ GARCÍA (coords.), *Problemas criminológicos*, 2000, 166 s., 170 s., quien propone que el menor entre 14 a 16 años esté excluido de toda responsabilidad penal, pero si comete un hecho delictivo se le impondrá, por el juez de familia, una medida reparadora o terapéutica; AYO FERNÁNDEZ, *Garantías del menor infractor*, 2004, 324, 326, quien propone que, por debajo de los 16 años, se deberían adoptar medidas educativas y asistenciales a través de la creación de juzgados de primera instancia dedicados a esta labor, con la colaboración de las entidades administrativas dedicadas a la protección y cuidado del menor.

⁹¹ Crítica formulada por GIMÉNEZ-SALINAS/GONZÁLEZ ZORRILLA, en: *JD 3* (1988), 24 s., quienes añaden que esta sensación de impunidad del menor infractor se puede traducir en actitudes sociales de rechazo aún más punitivas que las de la justicia y desprovistas de toda garantía; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en: RUIZ-GALLARDÓN (ed.), *Los menores ante el Derecho*, 2005, 125 n. 132. Frente a esta

habrá de darse desde las instancias de protección, lo que se ha censurado por no ser lo suficientemente garantista para el menor que es derivado al sistema de protección¹, si bien en ocasiones se ha desarrollado más esta forma de intervención, en concreto defendiendo la judicialización (por jueces de primera instancia o de familia) las medidas educativas y asistenciales aplicables en estos casos¹, lo que permitiría obviar la crítica de falta de garantismo para el menor de edad.

crítica, GARCÍA PÉREZ, en: *RDPC 2ª época 3* (1999), 72, reconoce que la objeción ha servido para poner de relieve cuáles son las finalidades del DP de menores, básicamente la prevención especial y, aunque no se quiera reconocer expresamente, también la prevención general. El problema es que la necesidad de una sanción desde el punto de vista de la prevención no implica simultáneamente que sea legítima; la legitimidad depende de que la sanción se aplique en el marco delimitado por los principios fundadores y limitadores del DP, entre ellos, el principio de culpabilidad, y para GARCÍA PÉREZ, por debajo de los 16 años no se puede atribuir al menor la infracción de la norma, por esta razón no puede recurrirse al sistema penal para exigirle responsabilidad por el hecho delictivo que haya cometido. Ciertamente, el planteamiento teórico es totalmente correcto, pero su punto débil estriba en la premisa de la que parte, la inimputabilidad del menor que no ha cumplido los 16 años. Otra ha sido la contestación ofrecida a la crítica de la generación de sensación de impunidad por parte de TERRADILLOS BASOCO, en: RUIZ RODRÍGUEZ/NAVARRO GUZMÁN (coords.), *Menores*, 2004, 55, para quien la sensación social de inseguridad no autoriza a prescindir de consideraciones de prevención especial ni a abandonar el plano propio de la intervención penal, el de la atribución individual. Y, por otro lado, este autor advierte que hay medios más idóneos de superar la “sensación social” que castigar indiscriminadamente al menor (por ejemplo, a través de políticas informativas y formativas de la opinión pública). Una argumentación plenamente certera, pero que no tiene que ver con la fijación del límite mínimo de la intervención penal en una determinada edad, sino con los principios y fundamentos y los fines del DP de menores y con la que podría ser la buena práctica de los medios de comunicación en la información sobre la delincuencia real del menor de edad (tasas de delincuencia, clases de delitos, edades, medidas aplicables, etc.).

⁹² V., en este sentido crítico, GIMÉNEZ-SALINAS/GONZÁLEZ ZORRILLA, en: *JD 3* (1988), 24 s.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en: RUIZ-GALLARDÓN (ed.), *Los menores ante el Derecho*, 2005, 125 n. 132. Frente a esta crítica, GARCÍA PÉREZ, en: *RDPC 2ª época 3* (1999), 72, advierte de que el hecho de que se excluya al menor de 16 años de la ley reguladora de la responsabilidad penal del menor no significa eximirle de cualquier tipo de responsabilidad, si bien en su propuesta ésta sería civil. También TERRADILLOS BASOCO, en: RUIZ RODRÍGUEZ/NAVARRO GUZMÁN (coords.), *Menores*, 2004, 55 s., ha dado respuesta a la crítica indicada en el texto, señalado que la autoafirmación de la responsabilidad del individuo, primer paso para su inserción, no se identifica con la exigencia de responsabilidad penal. A mayor abundamiento, destaca este autor que despenalizar un comportamiento no significa negar la responsabilidad de su autor, sino negar la forma más extrema de responsabilidad, la penal. Ahora bien, frente a estas explicaciones podríamos contraargumentar que tal solución daría lugar a una nueva modalidad de respuesta frente al delito: a las tradicionales respuestas a través de las penas y las medidas de seguridad, frente a los menores de 16 años tendríamos las sanciones civiles (y no se trata de la responsabilidad civil derivada del delito), con efectos que pueden ser idénticos a las sanciones aplicables a los mayores de 16 años. En resumidas cuentas, con la solución del problema a través de la vía civil, lo que se está proponiendo es un cambio de etiquetas para la exigencia de responsabilidad al menor de 16 años. También como crítica a la elevación de la edad a 16 años, GONZÁLEZ ZORRILLA, en: *DJ 37/40*, 1983, 177, alega los efectos que se han producido en relación con el aumento de los procesos de marginación y de exclusión de los menores de los procesos sociales y culturales, un efecto que se ha demostrado históricamente, cuando el límite de la mayoría de edad penal se había establecido precisamente en los 16 años.

⁹³ Algunas propuestas doctrinales aisladas han defendido un límite mínimo aún más elevado, como la propuesta de elevar este límite mínimo a los 21 años, planteada por CRUZ Y CRUZ, en: *CPC 77* (2002), 474, afirmando que a los 18 años no se ha desenvuelto del todo la capacidad mental, y mucho menos es considerada edad adecuada la de los 16 años; o por LÓPEZ BETANCOURT, en: *CPC 77* (2002), 479, quien propone elevar la edad a los 18 años, e incluso a los 21 años, porque antes de esa edad “biológica y anatómicamente no se ha efectuado un pleno desarrollo en los seres humanos; en consecuencia,

La principal objeción a esta tesis estriba en el hecho de que la elevación del límite mínimo para la intervención penal tiene un grave efecto negativo en la sociedad, al difundirse la idea de impunidad del menor de 16 años que comete un hecho delictivo, a veces de cierta gravedad¹. Y, sobre todo, desde la propia perspectiva del menor, con esta propuesta se produce como efecto la desresponsabilización del menor de 16 años por sus propios actos¹.

- Partidarios de la elevación a los 18 años

Finalmente, para concluir con este epígrafe sobre las propuestas de modificación del límite mínimo de la LORRPM, hemos de hacer referencia a la tesis doctrinal que ha defendido la elevación del límite mínimo a los 18 años¹, recurriendo para ello, por un lado, a argumentos biológico-evolutivos y político sociales, bien porque los menores de 18 años no son imputables, bien porque los menores que cometen hechos delictivos presentan carencias sociales, educativas, familiares, por lo que la respuesta ante ellos ha de ser la adopción de medidas educativas al margen del sistema penal. Se solicita, pues, la equiparación de la edad penal (y no sólo la mayoría de edad penal) con la edad civil, y, desde esta perspectiva, los menores de 18 años, sin límite inferior, estarían sometidos a la jurisdicción civil¹. Por otro lado, la defensa de la resolución de los conflictos a través del Derecho civil y el Derecho

impropiamente se les equipara a los adultos⁷⁷. Ahora bien, parece que este autor está pensando en la elevación de la mayoría de edad a los 18 o 21 años, ya que es partidario de la creación de un DP para menores infractores, proponiendo el sistema que debería adoptarse (pp. 481 ss., 485).

⁹⁴ Es la tesis propuesta por RÍOS MARTÍN, *Menor infractor*, 1994, 139; en: *ICADE 53* (2001), 203, 206 ss. También CUELLO CONTRERAS/MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, en: *La Ley 1997-6*, 1586 s., proponen excluir al menor de 18 años del DP, aunque sea un DP especial; si realmente se pretende crear un Derecho de menores dirigido a la educación de éste, tal recurso no se puede hacer a través del DP. Además, la intervención penal sobre el menor de 18 años es contraproducente, por los efectos estigmatizadores del procedimiento; CUELLO CONTRERAS, *PG*, 3ª, 2002, 970 s.; si bien este autor en: *Modernas tendencias*, 2001, 212, admite que la ley se aplique a partir de los 16 años.

⁹⁵ V., más ampliamente, PORTILLA CONTRERAS, en: *Protección jurídica del menor*, 1997, 109, 130 ss., quien completa su teoría proponiendo la destipificación de determinadas conductas como el hurto de uso, el robo con fuerza en las cosas, los daños, la legalización de las drogas. No explica, sin embargo, de qué forma se produciría la solución de este conflicto a través del Derecho civil y el Derecho administrativo, si hace propuestas diferenciadoras en el tratamiento del menor en situación de desprotección y de desamparo y el menor delincuente, o si el tratamiento consistirá en la aplicación de la normativa civil vigente o si pretende que las medidas aplicables a los menores delincuentes estén sometidas a las máximas garantías procedimentales, etc. Parece aceptar el planteamiento de este autor, AYO FERNÁNDEZ, *Garantías del menor infractor*, 2004, 199.

⁹⁶ V., para más detalles, ALASTUEY DOBÓN, en: *LH-Cerezo 2002*, 1544; y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 243 s., criticando la tesis de RÍOS MARTÍN y CUELLO CONTRERAS/MARTÍNEZ-PEREDA SOTO.

⁹⁷ Es la crítica dirigida a la propuesta de RÍOS MARTÍN por VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 243 s., una crítica que, ciertamente, hemos de advertir no afecta necesariamente a la elevación del límite mínimo de intervención penal a los 18 años sino, en su caso, a una posible ausencia

administrativo hasta los 18 años también se ha planteado por los partidarios de la abolición del DP de menores, una tesis que se fundamenta en la construcción de la teoría del bien jurídico con perspectivas minimizadoras y desde la concepción preventiva de la pena tendente a lograr la resocialización real de los menores¹.

Varias son las objeciones que se han formulado a este planteamiento, desde la negación de que todo menor de 18 años sea inimputable, por lo que tratar como tales a personas que no lo son puede ser contraproducente, además de inadecuado, perjudicial para el afectado por las medidas e, incluso, inadmisibles desde el respeto debido a su dignidad personal¹, o porque la propuesta excluyente del menor de 18 años del sistema penal, sometiéndolo al sistema civil y administrativo de protección, puede suponer obviar la necesaria separación entre las facultades de protección y las facultades de reforma¹, o que el recurso al sistema civil de protección de los menores puede ser una vuelta atrás al sistema tutelar, en el que defendía la adopción de medidas indeterminadas fundadas en la peligrosidad y/o el desamparo del menor, confundiendo a los menores delincuentes y a los menores desamparados, un sistema difícilmente compatible con las garantías recogidas en la CE y con las normas establecidas en los textos internacionales¹, o porque esta tesis parte de la premisa de que el menor de 18 años

de diferenciación en el ámbito asistencial y de protección entre el tratamiento que ha de dispensarse al menor en situación de abandono o desprotegido y el menor en situación de riesgo y conflictividad social. VÁZQUEZ GONZÁLEZ añade como objeción que RÍOS MARTÍN no establece un límite mínimo, por lo que se podrá juzgar, aunque sea civilmente, a niños que en el sistema penal de menores quedarían fuera. Frente a esta segunda objeción es cierto que el sistema penal sí establece unos límites sobre el ámbito subjetivo para su aplicación, en el caso del Derecho español de 14 a 18 años, pero eso no significa que en relación con niños que no hayan alcanzado esta edad no se produzca una intervención desde el ámbito de protección, aunque las razones para la adopción de medidas interventoras sean el abandono y la desprotección de este menor, pasando a un plano secundario (en un primer momento al menos) si, además, ha cometido un hecho delictivo. Otras objeciones que formula VÁZQUEZ GONZÁLEZ a la tesis de este autor son que la función del ordenamiento jurídico, sea penal o civil, no es solucionar los problemas de la infancia infractora en todas sus carencias sociales, educativas, familiares, pues para esto están otras vías, y según el modelo propuesto por RÍOS MARTÍN, el fiscal dirigirá la investigación de los hechos, interviene el abogado, se imponen medidas cautelares, se recurre a la AP, etc., en definitiva, las diferencias entre esta propuesta y la LORRPM es que en su tesis estamos ante el orden civil, en el caso de la LORRPM se trata del orden penal. Pero se olvida VÁZQUEZ GONZÁLEZ de una diferencia sustancial entre la propuesta de RÍOS MARTÍN y la LORRPM: al tratarse en el segundo caso de una intervención penal, ésta implica cierta formalidad, aunque esté muy mitigada en la ley, y, en cualquier caso, la intervención penal genera el efecto estigmatizador que estaría ausente en el sistema civil propuesto por este autor.

⁹⁸ V., para más detalles, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 242, objeciones que dirige al planteamiento defendido por CUELLO CONTRERAS/MARTÍNEZ-PEREDA SOTO.

⁹⁹ V., para más detalles, ALASTUEY DOBÓN, en: *LH-Cerezo 2002*, 1544; CANO PAÑOS, *DP juvenil europeo*, 2006, 191 n. 313.

¹⁰⁰ V., en este sentido, CERESO MIR, *PG III/2*, 2001, 100, para quien la elevación del límite a los 18 años implicaría un grave quebranto de las exigencias de reafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general, pues muchos de ellos tendrían la capacidad (plena o disminuida) de comprender el carácter ilícito de su conducta y de obrar conforme a esta comprensión; en términos parecidos, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 244.

que ha cometido un delito presenta un déficit educativo que debe ser paliado a través del sistema de protección, afirmación que no se puede generalizar, tal como demuestran las investigaciones criminológicas sobre las características del menor delincuente¹. Finalmente, tampoco pueden desmerecerse las objeciones a la elevación del límite mínimo a los 18 años desde consideraciones preventivas, en el sentido de que un límite tan alto puede suponer una merma importante de la posible intimidación de los potenciales menores delincuentes en esta franja de edad, pues no se debe perder de vista que se trata de sujetos que sí tienen capacidad de culpabilidad, y al tiempo puede suponer un riesgo para el mantenimiento del orden social¹. Todo ello sin olvidar que la elevación de la edad penal a los 18 años no supone que el menor que comete un hecho delictivo quede al margen del sistema legal: la intervención sobre él se realizará a través del ámbito civil y/o administrativo, respetando las máximas garantías procedimentales, pues esto parece necesario en todo caso. Pero en esta intervención desde el ámbito civil radicaría la contradicción, porque la intervención se basará en la comisión de un hecho delictivo, lo que supone que un juez no penal es el encargado del procedimiento en el que se ha de dilucidar si el menor ha cometido o no un delito para, en caso afirmativo, adoptar medidas que han de estar desprovistas de carga sancionatoria, porque el sistema de intervención sobre el menor de edad que se pretende perfilar no atiende a la responsabilización del menor por el hecho cometido, sino a la solución de las posibles deficiencias educativas y sociales que presenta el menor de edad. Y si para evitar la contradicción se admite que en este sistema alternativo también las medidas que se imponen al menor de edad tienen una parte sancionatoria, en ese caso no será cierto que el DP se está reservando para los mayores de 18 años, lo que se estará consiguiendo simplemente será que, en el caso de los menores de edad, los mecanismos para reaccionar frente al delito cometido por ellos se engloban en una rama del Derecho al que no se le ha querido dar la calificación de Penal, aunque materialmente lo sea.

6. Valoración final

* Las palabras que aparecen en negrita son las utilizadas como abreviaturas en las notas a pie de página.

¹⁰² El presente trabajo se enmarca en el contexto del Proyecto de Investigación DER 2010-16558, subvencionado por el MEC y fondos FEDER, dirigido por el Prof. Dr. D. MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, de cuyo equipo investigador formo parte. También se beneficia indirectamente del Proyecto de Investigación subvencionado por el Gobierno de Navarra, del que soy la investigadora principal y del Proyecto LE066A financiado por la Junta de Castilla y León, dirigido por el Prof. Dr. D. MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO.

¹⁰³ El número de víctimas mortales durante el segundo trimestre del 2009 ascendió a 479 personas. El número de heridos graves en ese mismo periodo fue de 189.

Llegados a este punto podemos reconocer que el legislador ha acertado en el establecimiento del límite mínimo para la aplicación de la LORRPM en los 14 años, si bien no lo ha estado en la fundamentación de esta decisión. A no ser que conscientemente se haya recurrido a un argumento claramente provisional, pues los hechos cometidos por menores que no han cumplido esta edad serán considerados de escasa entidad hasta que dejen de ser calificados de esta manera, y/o que frente a ellos no se considera conveniente la intervención penal mientras no se cambie radicalmente de opinión. Y el riesgo de que se produzca este cambio valorativo es elevado, pues como hemos visto existe un intenso debate tanto en la doctrina como en los operadores jurídicos en torno a una, si no justificable, al menos ¿conveniente? reducción (minoritariamente, elevación) del límite mínimo de la edad en la LORRPM, apoyado principalmente en el argumento de la insuficiente o nula respuesta del sistema de protección para el menor de 12 o 13 años (o edades aún más bajas, hasta los 10 años) que ha cometido un hecho delictivo, en ocasiones de gravedad notoria.

Pero hay otro motivo que nos hace temer que este cambio sobre el límite mínimo puede producirse en cualquier momento. Porque las recientes elecciones generales celebradas en noviembre han otorgado la mayoría absoluta al Partido Popular, por tanto a un partido que se ha manifestado públicamente a favor de la reducción del límite mínimo a 12 o 13 años. Bastará con que durante la próxima legislatura se produzca un hecho de los que generan alarma social, y para esto será suficiente con que el caso sea noticiable y los medios de comunicación hagan especial hincapié en el suceso (dando datos sobre la forma de comisión, ofreciendo una plataforma para las reivindicaciones de la familia de la víctima, “rescatando” casos tristemente célebres cometidos por menores de edad, presentando el caso como muestra de un gravísimo problema en nuestro país, porque no hay respuesta para el mismo y porque son casos habituales...) para que, acto seguido, la “maquinaria” reformadora se ponga en marcha optando por la vía más fácil y de mayor rendimiento a corto plazo para los grupos parlamentarios defensores de este cambio, la reforma de la legislación penal, en lugar de plantear el posible cambio legislativo en el sistema de protección de menores, con seguridad más complejo porque de entrada implica a varias Administraciones Públicas (el Estado y las CCAA), teniendo además como efecto que se difumina entre varias Administraciones los resultados positivos que pudieran alcanzarse con estos cambios, por lo que el rédito político de esta otra alternativa es claramente inferior.

Aun reconociendo que la legislación española carece de un criterio claro en cuanto al reconocimiento de la capacidad del menor de edad para realizar determinados actos con responsabilidad, sí podemos establecer un mínimo de coherencia entre los órdenes civil y penal en este aspecto: el recurso a la regulación civil sobre la emancipación permite dar un apoyo más sólido a la fijación del límite mínimo en 14 años, y desde luego evita la tendencia a la rebaja desde argumentos tan alejados de la perspectiva del principio de interés del menor como cercanos a planteamientos defensistas y punitivistas.

El mantenimiento del límite mínimo en 14 años tiene otro apoyo que no debe ser menospreciado: está en la línea de las recomendaciones planteadas desde el Consejo de Europa y es coincidente con la legislación interna de algunos países europeos.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA *

- AGUIRRE ZAMORANO, Pío: *Los jóvenes del siglo XXI: proyecto de ley de justicia juvenil*, en: EDJ 1999-18 (Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado),
- ALASTUEY DOBÓN, M^a Carmen: *El Derecho penal de menores: evolución y rasgos esenciales de la Ley Orgánica 5/2000*, en: LH-Cerezo 2002, 1533-1552.
- ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina: *La minoría de edad penal*, en: La Ley Penal 18 (2005), 5-10.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier: *Política criminal de menores*, en: CPC 88 82006), 23-50.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: *El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada*, en: **Psicología social y sistema penal**. Compilación de Jiménez Burillo/Clemente, Alianza Universidad, 1986, 209-228.
- APARICIO BLANCO, Prudencio: *Política criminal y delincuencia juvenil (Reflexiones sobre el proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de los Menores)*, en: CDJ 1999-IV: Política criminal, 149-231.
- ARIAS GINER, Carmen: *Problemas prácticos de aplicación de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores*, en: ASENCIO MELLADO/FUENTES SORIANO (coords.), **Nuevos retos de la justicia penal**, La Ley, Madrid, 2008, 381-392.
- ARROM LOSCOS, Rosa: *El proceso penal con implicación de menores (Ley Orgánica 5/2000 sobre responsabilidad penal de los menores)*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 2002.
- ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso: *La menor edad penal*, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), *Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, 179-188.
- AYO FERNÁNDEZ, Manuel: *Las garantías del menor infractor. (Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, sobre Responsabilidad Penal de los Menores y sus modificaciones posteriores)*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004.
- BARBERO SANTOS, Marino: *Delincuencia juvenil: tratamiento*, en: **Marginación social y Derecho represivo**, Bosch, Barcelona, 1980, 87-119.
- BARQUÍN SANZ, Jesús/CANO PAÑOS, Miguel Ángel: *Justicia penal juvenil en España: una legislación a la altura de los tiempos*, en: RDPC 2^a época, 18 (2006), 37-95.

- BARQUÍN SANZ, Jesús/CANO PAÑOS, Miguel Ángel: *Los cambiantes principios del Derecho penal Español de Menores*, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), **Derecho penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España**, Dykinson, Madrid, 2009, 15-75.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio: *Interrogantes cardinales para reformar la Legislación de los Infractores Juveniles*, en: **Jornadas de estudio de la legislación del menor**, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, 161-208.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio: *Aproximación jurídica, criminológica, victimológica y teológica a los jóvenes infractores. (El Derecho penal frente a la delincuencia juvenil)*, en: EPC XIV, 1991, 7-40.
- BERNUZ BENEITEZ, María José/FERNÁNDEZ MOLINA, Esther/PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima: *El tratamiento institucional de los menores que cometen delitos antes de los 14 años*, en: REIC 4 (2006), 1-25.
- BERNUZ BENEITEZ, María José/FERNÁNDEZ MOLINA, Esther/PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima: *Menores de 14 años que cometen delitos*, en: Boletín Criminológico, Instituto andaluz interuniversitario de Criminología, 4 (2007), 1-4.
- BLANCO BAREA, José Ángel: *Responsabilidad penal del menor: principios y medidas judiciales aplicables en el Derecho penal español*, en: Revista de Estudios Jurídicos 8 (2008), 43-77.
- BLANCO CORDERO, Isidoro: v. CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la/BLANCO CORDERO, Isidoro.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: en: GRACIA MARTÍN (coord.), **Tratado de las consecuencias jurídicas del delito**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: *El sistema de aplicación de las sanciones en el Derecho penal de los menores tras la Ley orgánica 8/2006, de 4 de diciembre*, en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), **Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?**, Atelier, Barcelona, 2007, 93-115.
- BUENO ARUS, Francisco: **Prólogo** a DÍEZ RIAZA (coord.), **Cuestiones relevantes en la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor**, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004.
- BUENO ARUS, Francisco: *La ley de responsabilidad penal del menor: compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal*, en: CDJ 2005-XXV: La ley de responsabilidad penal del menor: situación actual), 283-338.

- BUENO ARUS, Francisco: *De la jurisdicción de menores a la jurisdicción de vigilancia (Apunte de Sainete también titulado: "No crezcáis, que es peor" o "La razón de los monstruos produce sueño")*, en: RDPP 16 (2006), 39-74.
- BUENO ARUS, Francisco: *Menor edad: imputabilidad o inimputabilidad sui generis. Influencia en este punto de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor*, en: EDJ 2006-110, La actual doctrina de la imputabilidad penal, 317-368.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Imputabilidad y edad penal*, en: Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio **Beristain**, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, 471-482.
- CABALLERO, Juan José: *Juventud rebelde y subcultura juvenil*, en: CPC 27 (1985), 413-429.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel: *¿Es conveniente un endurecimiento del Derecho penal juvenil? Una toma de posición crítica*, ADP 2002, 285-317.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel: *El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España*, Atelier, Barcelona, 2006.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel: v. BARQUÍN SANZ, Jesús/CANO PAÑOS, Miguel Ángel.
- CANTARERO BANDRÉS, Rocío: *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, Montecorvo, Madrid, 1988.
- CARMONA SALGADO, Concepción: *La delincuencia de jóvenes y menores: hacia una nueva regulación jurídica*, en: Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, **Protección jurídica del menor**, Comares, Granada, 1997, 135-159.
- CARMONA SALGADO, Concepción: *Artículo 19*, en: COBO DEL ROSAL (dir.), **Comentarios al Código penal, tomo II. Artículos 19 a 23**, Edersa, Madrid, 1999, 21-70.
- CARMONA SALGADO, Concepción: *Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores, a raíz de la ley 5/2000, de 12 de enero*, en: RECPC 04-03 (2002), 1-14. También se ha publicado en Los derechos humanos. Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García, Granada, 2001.
- CASTELLÓ NICÁS, Nuria: *La responsabilidad penal del menor de edad y la aplicación de las causas de exención de la responsabilidad criminal*, en: MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ

- (coord.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)*, Dykinson, Madrid, 2010, 141-176.
- CEREZO MIR, José: *Las exigentes de culpabilidad*, en: CDJ 1996-XXVI: El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal, 131-151.
 - CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho penal español. Parte general III. Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001.
 - CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta: en: CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *La responsabilidad penal del menor de edad*, Tecnos, Madrid, 2002.
 - CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta: *Las medidas en el derecho penal de menores*, en: GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, Universidad Jaume I, Castellón, 2006, 121-160.
 - CEZÓN GONZÁLEZ, Carlos: *La nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Con las reformas introducidas en el articulado de las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000*, Bosch, Barcelona, 2001.
 - CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *La futura ley penal juvenil*, en: AJA 214 (1995), 1-4.
 - COLÁS TURÉGANO, Asunción: en: CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *La responsabilidad penal del menor de edad*, Tecnos, Madrid, 2002.
 - COLÁS TURÉGANO, Asunción: *Aspectos penales característicos de la delincuencia juvenil*, en: GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, Universidad Jaume I, Castellón, 2006, 79-119.
 - COLÁS TURÉGANO, Asunción: *Derecho penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
 - CÓRDOBA RODA, Juan: *La ley de responsabilidad penal de los menores: aspectos críticos*, en: RJCat 101, 2 (2002), 363-379.
 - CRUZ BLANCA, María José: *La responsabilidad de los menores de edad por la comisión de ilícitos penales*, en: *Revista de Estudios Jurídicos* 3 (2000), 47-79.
 - CRUZ BLANCA, María José: *La ley de responsabilidad penal de los menores tras la reforma operada por las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000, de 22 de diciembre*, en: CPC 75 (2001), 481-515.

- CRUZ BLANCA, María José: **Derecho penal de menores** (*Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*), Edersa, Madrid, 2002.
- CRUZ BLANCA, María José: v. MORILLAS CUEVA, Lorenzo/CRUZ BLANCA, María José.
- CRUZ Y CRUZ, Elba: *La edad penal*, en: CPC 77 (2002), 457-474.
- CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz: **Educación y prevención general en el derecho penal de menores**, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz: *El régimen penal del joven adulto-mayor de dieciocho y menor de veintiuno*, en: CPC 96 (2008), 5-44.
- CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz: *Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente*, en: AFDUAM 15 (2011), 241-269.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín: **El nuevo Derecho penal de menores**, Civitas, Madrid, 2000.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El nuevo Derecho penal español de menores a la luz de las modernas tendencias del Derecho penal y la Criminología*, en: **Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología**, UNED, Madrid, 2001, 205-217.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª, Dykinson, Madrid, 2002.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *La ley de responsabilidad penal del menor. Una vigencia plagada de reformas*, en: BENÍTEZ ORTÚZAR (coord.), **Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI**, Dykinson, Madrid, 2008, 23-31.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes jóvenes con trastorno narcisista de la personalidad*, en: BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA (dirs.), **El Derecho penal de menores a debate**, I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil, Dykinson, Madrid, 2010, 123-146.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes jóvenes con trastorno narcisista de la personalidad*, en: RECPC 12-10 (2010), 1-19.

- CUELLO CONTRERAS, Joaquín/MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, Leonor: *La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el Código penal de 1995: una ambigüedad insoportable*, en: La Ley 1997-6, 1582-1588.
- CUERDA ARNAU, María Luisa: v. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/CUERDA ARNAU, María Luisa.
- CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la: *La reforma de la legislación tutelar: ¿un Derecho penal de menores y jóvenes?*, en: **Los derechos humanos ante la Criminología y el Derecho penal**, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1985, 153-229.
- CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la: *Líneas directrices de un nuevo derecho penal juvenil y de menores*, en: Eguzkilore 2 (1988), 61-69.
- CUESTA ARAZAMENDI, José Luis de la: *¿Es posible un modelo compartido de reeducación y reinserción en el ámbito europeo?*, en: RECPC 10-09 (2008), 1-36.
- CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la/BLANCO CORDERO, Isidoro: *El enjuiciamiento de menores y jóvenes infractores en España*, en: ReAIDP/e-RIAPL 2006, 1-24.
- CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la/BLANCO CORDERO, Isidoro: **Menores infractores y sistema penal**, Instituto Vasco de Criminología, Universidad del País Vasco, 2010 (puede consultarse en cvb.ehu.es/open...y.../derecho-penal-menoresocw-2010.pdf).
- CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la/GIMÉNEZ-SALINAS, Esther: *Situación actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España*, en: EM-Casabó I, 1997, 539-567.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: v. GARCÍA PÉREZ, Octavio (dir.)/DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima/GARCÍA RUIZ, Susana.
- DOLZ LAGO, Manuel Jesús: *Algunos aspectos de la legislación penal de menores*, en: La Ley 1998-3, 1507-1515.
- DOLZ LAGO, Manuel Jesús: *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentario a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Revista General de Derecho, Valencia, 2000.
- DOLZ LAGO, Manuel Jesús: *Comentarios a la legislación penal de menores. Incorpora las últimas reformas legales de la LO 6/2006*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *Sobre el contenido y la evolución del Derecho Penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000*, en: RJUAM 4 (2001), 9-70.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: Arts. 1 y 5, en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, 59-66 y 81-103.

- FERNÁNDEZ MOLINA, Esther: *Entre la educación y el castigo. Un análisis de la justicia de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

- FERNÁNDEZ MOLINA, Esther: v. BERNUZ BENEÍTEZ, María José/FERNÁNDEZ MOLINA, Esther/PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima.

- FERNÁNDEZ MOLINA, Esther: v. RECHEA ALBEROLA, Cristina/FERNÁNDEZ MOLINA, Esther.

- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos: *Otro experimento legislativo en materia de Derecho penal de menores: la Ley Orgánica 8/2006*, en: EP-Díaz Pita 2008, 661-679.

- FIERRO GÓMEZ, Avelino: *La Ley del Menor: Crónica de una reforma anunciada*, en: La Ley 2006-3, 1751-1762.

- GARCÍA ARÁN, Mercedes: v. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes.

- GARCÍA PABLOS, Antonio: *Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores*, en: CDJ 1996-XV: Menores privados de libertad, 249-288.

- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Reflexiones criminológicas y políticocriminales al modelo de responsabilidad (penal) de la LORRPM 5/2000, de 12 de enero*, en: RUIZ-GALLARDÓN (ed.), *Los menores ante el Derecho*, Universidad Complutense, Madrid, 2005, 73-169.

- GARCÍA PÉREZ, Octavio: *Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico*, en: RDPC 2ª época 3 (1999), 33-76.

- GARCÍA PÉREZ, Octavio: *La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales*, en: AP 2000-3, 673-698.

- GARCÍA PÉREZ, Octavio: *Capítulo II. La competencia de los órganos de la administración de Justicia de menores, las bases de la responsabilidad de estos y el Derecho supletorio (artículos 2, 3, 4, 5, y 6 del Título Primero y artículos 10, 11 y 12 del Título Segundo)*, MFC del CGPJ:

Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, 9, 2000, 45-80.

- GARCÍA PÉREZ, Octavio: *La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores*, en: CDJ 2005-XXV: La ley de responsabilidad penal del menor: situación actual), 397-438.

- GARCÍA PÉREZ, Octavio: *La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores*, en: SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), **Derecho penal y psicología del menor**, Comares, Granada, 2007, 25-57.

- GARCÍA PÉREZ, Octavio: *La reforma de 2006 de la ley de responsabilidad penal de los menores: la introducción del modelo de seguridad ciudadana*, en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), **Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?**, Atelier, Barcelona, 2007, 23-55.

- GARCÍA PÉREZ, Octavio (DIR.)/DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima/GARCÍA RUIZ, Susana: *La delincuencia juvenil ante los Juzgados de Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008-

- GARCÍA RIVAS, Nicolás: *Aspectos críticos de la legislación penal del menor*, en: RP 16 (2005), 88-105.

- GARCÍA RUIZ, Susana: v. GARCÍA PÉREZ, Octavio (dir.)/DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima/GARCÍA RUIZ, Susana.

- GARCÍA VALDÉS, Carlos: *Aspectos más importantes de la reforma que justifican la aparición del nuevo Código Penal*, en: Sistema 108 (1992), 15-24.

- GARCÍA-ANDRADE, José A.: *Política criminal y edad penal*, en: Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan **del Rosal**, Edersa, Madrid, 1993, 505-518.

- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther: *Principios básicos para un nuevo Derecho Penal Juvenil*, en: **Jornadas de estudio de la legislación del menor**, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, 247-274

- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther: *Justicia de menores y ejecución penal*, en: Poder y Control 0 (1986), 213-236 (número titulado Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas).

- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther: *La mayoría de edad penal en la reforma*, en: Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan **del Rosal**, Edersa, Madrid, 1993, 607-645.
- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther: *La nueva ley de justicia juvenil en España: un reto para el 2000*, en: EDJ 1999-18 (Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado), 99-137.
- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther: *Capítulo I. Comentarios a la exposición de motivos y al título preliminar*, en: MFC del CGPJ: *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, 9, 2000, 27-43.
- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther: *La justicia juvenil en España: un modelo diferente*, en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *La **responsabilidad penal de los menores***, Universidad Castilla La Mancha, Cuenca, 2001, 19-44.
- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther: *Principios orientadores de la responsabilidad penal de los menores*, en: ***Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos***, Ararteko, 2001, 31-56.
- GIMÉNEZ-SALINAS, Esther/GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos: *Jóvenes y cuestión penal en España*, en: JD 3 (1988), 17-26.
- GIMÉNEZ SALINAS, Esther: v. CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la/GIMÉNEZ-SALINAS, Esther.
- GÓMEZ PAVON, Pilar: *Marco legal de la violencia juvenil*, en: RUIDÍAZ GARCÍA (comp.), ***Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar***, Edersa, Madrid, 1998, 65-73.
- GÓMEZ RIVERO, M^a Carmen: *La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/5000 y 7/2000*, en: RP 9 (2002), 3-26.
- 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 BORRALLA (dir.), *Tendencias de la **justicia penal de menores** (Una perspectiva comparada)*, lustel, Madrid, 2010, 97-137.
- GONZÁLEZ, Carlos: *Epílogo* al libro de Gaetano de Leo *La **justicia de menores***, Teide, Barcelona, 1985.

- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/CUERDA ARNAU, María Luisa: *Derecho Penal de Menores: criterios generales de aplicación de las medidas*, 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)**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 79-130.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José: *El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias*, en: MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), **El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)**, Dykinson, Madrid, 2010, 103-140.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José: *Sobre el fundamento de la responsabilidad criminal del menor*, en: **LH-Landrove**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 511-529.
- GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos: *Minoría de edad penal. Imputabilidad y responsabilidad*, en: DJ 37/40, 1983, 161-181.
- GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos: v. GIMÉNEZ-SALINAS, Esther/GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos.
- GUALLART DE VIALA, A.: *La minoría de edad en nuestra legislación penal. Evolución*, en: BOLDOVA PASAMAR (ed.), **El nuevo Derecho penal juvenil español. (Jornadas sobre la nueva Ley Penal del Menor, celebradas en la Universidad de Zaragoza los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001)**, Zaragoza, 2002, 13-37.
- HALL GARCÍA, Ana Paola: *Art. 3*, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), **Comentarios a la ley penal del menor (Conforme a las reformas introducidas por la LO 6/2006)**, Iustel, Madrid, 2007, 74-79.
- HAVA GARCÍA, Esther/RÍOS CORBACHO, José Manuel: *Las medidas aplicables a menores en la Ley 5/2000*, en: RUIZ RODRÍGUEZ/NAVARRO GUZMÁN (coords.), **Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 143-179.
- HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel: en: HERNÁNDEZ GALILEA (coord.), **El sistema español de justicia juvenil**, Dykinson, Madrid, 2002.
- HERRERO HERRERO, César: **Delincuencia de menores. Tratamiento criminológico y jurídico**, 2ª, Dykinson, Madrid, 2008.
- HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe: *El problema de la imputabilidad de los menores y de los jóvenes en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, en: BOLDOVA PASAMAR (ed.), **El nuevo Derecho penal juvenil español. (Jornadas sobre la nueva**

Ley Penal del Menor, celebradas en la Universidad de Zaragoza los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001), Zaragoza, 2002, 71-89.

- HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe: **Derecho penal juvenil**, Bosch, Barcelona, 2003.
- HUÉLAMO BUENDÍA, Antonio Jesús. V. POLO RODRÍGUEZ, José Javier/HUÉLAMO BUENDÍA, Antonio Jesús.
- JIMÉNEZ DÍAZ, M^a José: *La impropriadamente denominada Eximente de Minoría de Edad en Derecho Penal Español*, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), **Derecho penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España**, Dykinson, Madrid, 2009, 131-170.
- JIMÉNEZ DÍAZ, María José: *Edad y menor*, en: MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), **El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)**, Dykinson, Madrid, 2010, 33-71.
- JUANES PECES, Ángel: *El menor en el nuevo Código penal*, en: AJA 269 (1996), 1-5.
- LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel: *Minoría de edad penal y estructura del delito: especial referencia a la imputabilidad*, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), **Derecho penal juvenil**, 2^a, Dykinson, Madrid, 2007, 233-268.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo: *Marco operativo de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, en: La Ley 2000-4, 1667-1673.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo: **Introducción al Derecho penal de menores**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- LLORIA GARCÍA, Paz: *Art. 5, n: GÓMEZ RIVERO (coord.), Comentarios a la ley penal del menor (Conforme a las reformas introducidas por la LO 6/2006)*, Iustel, Madrid, 2007, 86-102.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo: *El delito y los menores en México*, en: CPC 77 (2002), 475-486.
- MACHADO RUIZ, M^a Dolores: *Minoría de edad e imputabilidad penal*, en: AP 2003-1, 93-137.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: *La legislación penal juvenil en Alemania*, en: CDJ 1996-XV: Menores privados de libertad, 83-100.
- MARTÍN CANIVELL, Joaquín: *Algunos problemas actuales de la delincuencia juvenil en España*, en: CPC 13 (1981), 35-48.

- MARTÍN CRUZ, Andrés: *Los fundamentos de la **capacidad de culpabilidad** penal por razón de la edad*, Comares, Granada, 2004.
- MARTÍN CRUZ, Andrés: *El menor y el semiadulto ante la moderna psicología evolutiva y ante la ley orgánica 8/2006 de modificación de la LORRPM*, en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), **Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?**, Atelier, Barcelona, 2007, 117-169.
- MARTÍN LÓPEZ, M^a Teresa: *Consideraciones sobre la delincuencia de menores*, en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), **Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas**, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2000, 101-141.
- MARTÍN LÓPEZ, M^a Teresa: *Delincuencia juvenil y normativa internacional*, en: Homenaje al Dr. Marino **Barbero** Santos. In memoriam, volumen I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y de Salamanca, 2001, 329-352.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel: *La imputabilidad*, en: La Ley 1996-1, 1608-1616.
- MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, Leonor: v. CUELLO CONTRERAS, Joaquín/MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, Leonor.
- MATALLÍN EVANGELIO, Ángela: *La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, en: CPCrim XXII (2000), 55-102.
- MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte general*, 9^a a cargo de Víctor GÓMEZ MARTÍN, Reppertor, Barcelona, 2011.
- MONTERO HERNANZ, Tomás: *La **justicia juvenil** en España. Comentarios y reflexiones*, La Ley, Madrid, 2009.
- MORA ALARCÓN, José Antonio: **Derecho penal y procesal de menores (doctrina, jurisprudencia y formularios)**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MORENILLA ALLARD, Pablo: *Art. 1, n: GÓMEZ RIVERO (coord.), **Comentarios a la ley penal del menor** (Conforme a las reformas introducidas por la LO 6/2006)*, lustel, Madrid, 2007, 39-66.

- MORENO CATENA, Víctor: *Ámbito de aplicación y garantías procesales en el proceso penal de menores*, en: GONZÁLEZ PILLADO (coord.), **Proceso penal de menores**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 21-47.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo/CRUZ BLANCA, María José: *Del menor delincuente y de las medidas a aplicar*, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), **Derecho penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España**, Dykinson, Madrid, 2009, 199-251.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta: *Régimen del menor de catorce años*, en: MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), **El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)**, Dykinson, Madrid, 2010, 73-102.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho penal. Parte general*, 8ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- NÁQUIRA, Jaime/NUÑEZ, Benjamín/VIAL, Paula/VIDAL, Víctor/ROSENBLUT, Verónica: *Principios Fundamentales de la Legislación Chilena sobre Responsabilidad Penal Adolescente*, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), **Derecho penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España**, Dykinson, Madrid, 2009, 77-101.
- NÁQUIRA, Jaime/NUÑEZ, Benjamín/VIAL, Paula/VIDAL, Víctor/ROSENBLUT, Verónica: *Análisis del Estatuto Legal Chileno y legislación Comparada, en relación con los límites de la Responsabilidad Penal Juvenil y los modelos utilizados para su determinación*, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), **Derecho penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España**, Dykinson, Madrid, 2009, 103-130.
- NAVARRO FRÍAS, Irene: *El necesario regreso del principio de culpabilidad al Derecho penal de menores*, en: SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), **Derecho penal y psicología del menor**, Comares, Granada, 2007, 99-135.
- NUÑEZ, Benjamín: v. NÁQUIRA, Jaime/NUÑEZ, Benjamín/VIAL, Paula/VIDAL, Víctor/ROSENBLUT, Verónica.
- ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario: **Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre y a su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio**, 4ª, Bosch, Barcelona, 2007.

ORTA I RAMÍREZ, Teresa/ROGENT I ALBIOL, Elies: *El menor de edad y la nueva ley penal*, en: RJCat 101, 1 (2002), 103-136.

- PANTOJA GARCÍA, Félix: *Unas notas sobre la imputabilidad de los menores y su tratamiento en la Ley de responsabilidad penal de los menores*, en: AFDUAM 15 (2011), 307-314.

- PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima: **Menores infractores: estudio empírico de la respuesta penal**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

- PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima: v. BERNUZ BENEÍTEZ, María José/FERNÁNDEZ MOLINA, Esther/PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima.

- PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima: v. GARCÍA PÉREZ, Octavio (dir.)/DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima/GARCÍA RUIZ, Susana.

- PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel: *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores –LO 8/2006– (Aspectos de Derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

- PÉREZ MARTELL, Rosa: **El Proceso del Menor. Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor**, Aranzadi, Pamplona, 2002.

- POLO RODRÍGUEZ, José Javier/HUÉLAMO BUENDÍA, Antonio Jesús: *La nueva ley penal del menor*, 3ª, Colex, Madrid, 2007.

- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: *Fundamentos teóricos de una alternativa al concepto tradicional de inimputabilidad del menor*, en: Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, **Protección jurídica del menor**, Comares, Granada, 1997, 103-133.

- POZUELO PÉREZ, Laura: *El futuro del Derecho penal juvenil: de un Derecho penal de menores a un Derecho penal de adultos*. Recensión a Miguel Ángel Cano Paños, *El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España*, Barcelona (Atelier), 2006, 336 págs., en: Indret.com 1/2009, 1-11.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: **Parte general del Derecho penal**, con la colaboración de Fermín MORALES PRATS, 4ª, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

- RECHEA ALBEROLA, Cristina/FERNÁNDEZ MOLINA, Esther: *Impacto de la nueva ley penal juvenil en Castilla-La Mancha*. Informe de investigación nº 7, 2000, Centro de Investigación en

Criminología de la Universidad de Castilla-La Mancha
(http://www.uclm.es/criminologia/pdf/07_2000.pdf).

- RECHEA ALBEROLA, Cristina/FERNÁNDEZ MOLINA, Esther: *La nueva justicia de menores: la delincuencia juvenil en el siglo XXI*, en: CPC 74 (2001), 325-351.
- RÍOS CORBACHO, José Manuel: v. HAVA GARCÍA, Esther/RÍOS CORBACHO, José Manuel.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos: *El menor infractor ante la ley penal*, Comares, Granada, 1994.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos: *La ley de responsabilidad penal de los menores: cambio de paradigma: del niño en peligro al niño peligroso*, en: ICADE 53 (2001), 203-241.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro: *Ley orgánica de responsabilidad penal de los menores*, Dijusa, Madrid, 2005.
- RODRÍGUEZ MESA, María José: *El menor como delincuente. Cuestiones criminológicas*, en: RUIZ RODRÍGUEZ/NAVARRO GUZMÁN (coords.), **Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 225-244.
- ROGENT I ALBIOL, Elies: en: ORTA I RAMÍREZ, Teresa/ROGENT I ALBIOL, Elies.
- ROSA CORTINA, José Miguel de la: *Novedades en el sistema de justicia juvenil sobre las medidas imponibles y sus reglas de determinación*, en: La Ley Penal 36 (2007), 48-68.
- ROSA CORTINA, José Miguel de la: v. URBANO CASTRILLO, Eduardo de/ROSA CORTINA, José Miguel de la.
- ROSAL BLASCO, Bernardo del: *Joven delincuente y Derecho penal*, en: CPC 54 (1994), 1037-1051.
- ROSENBLUT, Verónica: NÁQUIRA, Jaime/NUÑEZ, Benjamín/VIAL, Paula/VIDAL, Víctor/ROSENBLUT, Verónica.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel: **Minoría de edad penal y derecho penal juvenil**, Comares, Granada, 1998.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor*, en: AP 2000-3, 699-727.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel: *El sistema de medidas en la ley penal del menor y las alternativas al proceso*, en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), **Nuevo Derecho penal**

juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?, Atelier, Barcelona, 2007, 67-91.

- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Francisco de Asís: *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/1992*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

- SANTOS MARTÍN OSTOS, José de: *Especialidades procesales del enjuiciamiento de menores*, en: ASENCIO MELLADO/FUENTES SORIANO (coords.), *Nuevos retos de la justicia penal*, La Ley, Madrid, 2008, 345-357.

- SEGOVIA BERNABÉ, José Luis: *Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos*, en: *Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos*, Ararteko, 2001, 57-80.

- SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Panorámica general de la delincuencia juvenil en España*, en: *Delincuencia juvenil. Estudio de su problemática en España*, Ministerio de la Gobernación, Madrid, 1972, 13-36.

- SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *La mayoría de edad penal en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal (Edad penal y edad criminológica)*, en: RFDUC monográfico 6, 1983, 609-625.

- SERRANO MAÍLLO, Alfonso: *Mayoría de edad penal en el Código de 1995 y delincuencia juvenil*, en: RDPC 5 (1995), 775-802.

- SERRANO SOLÍS, Miguel: v. SOLA RECHE, Esteban/SERRANO SOLÍS, Miguel.

- SERRANO TÁRRAGA, María Dolores: *Legislación penal de menores en España. Antecedentes históricos*, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *Derecho penal juvenil*, 2ª, Dykinson, Madrid, 2007, 271-315.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)*, en: *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, JM Bosch, Barcelona, 1997, 159-195.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *El Derecho penal juvenil en la encrucijada*, en: *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, 105-143.

- SOLA RECHE, Esteban/SERRANO SOLÍS, Miguel: *Presente y futuro de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (aspectos problemáticos de la aplicación de la Ley Penal del Menor)*, en: SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES

MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), *Derecho penal y psicología del menor*, Comares, Granada, 2007, 3-24.

- TAMARIT SUMALLA, Josep María: *El nuevo Derecho Penal de menores: ¿creación de un sistema penal menor?*, en: RP 8 (2001), 71-89.

- TAMARIT SUMALLA, Josep María: *Principios político-criminales y dogmáticos del sistema 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)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 13-46.

- TAPIA PARREÑO, Jaime: *Incidencia de la reforma de la Ley penal de menores en materia antiterrorista en los principios inspiradores*, en: Eguzkilore 15 (2001), 167-182.

- TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: *Responsabilidad penal de los menores*, en: RUIZ RODRÍGUEZ/NAVARRO GUZMÁN (coords.), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 47-64.

- URBANO CASTRILLO, Eduardo de/ROSA CORTINA, José Miguel de la: *Comentarios a la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

- URBANO CASTRILLO, Eduardo de: en: URBANO CASTRILLO/ROSA CORTINA, *La Responsabilidad Penal de los Menores. Adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

- URRÁ PORTILLO, Francisco Javier: *Respuesta social al joven infractor. Metalegislación*, en: CDJ 1998-IX (Política criminal comparada, hoy y mañana), 209-240.

- URRÁ PORTILLO, Francisco Javier: *Siglo XXI. Legislación del joven infractor*, en: CORCOY BIDASOLO/RUIDIAZ GARCÍA (coords.), *Problemas criminológicos en las sociedades complejas*, Universidad Pública de Navarra, 2000, 159-174.

- VAELO ESQUERDO, Esperanza: *Algunos aspectos sustantivos de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, en: La Ley 2001-5, 1591-1602.

- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos: *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*, Colex, Madrid, 2003.

- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos: *La delincuencia juvenil*, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *Derecho penal juvenil*, 2ª, Dykinson, Madrid, 2007, 3-34.

-
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos: *La ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos*, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), **Derecho penal juvenil**, 2ª, Dykinson, Madrid, 2007, 319-345.
 - VENTAS SASTRE, Rosa: *Artículo 19*, en: COBO DEL ROSAL (dir.), **Comentarios al Código penal**, tomo II. Artículos 19 a 23, Edersa, Madrid, 1999, 71-98.
 - VENTAS SASTRE, Rosa: *Estudio de la minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*, Edersa, Madrid, 2002.
 - VENTAS SASTRE, Rosa: *La minoría de edad penal*, Edersa, Madrid, 2003.
 - VIAL, Paula: v. NÁQUIRA, Jaime/NUÑEZ, Benjamín/VIAL, Paula/VIDAL, Víctor/ROSENBLUT, Verónica.
 - VIANA BALLESTER, Clara: *La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores*, en: RP 13 (2004), 151-184.
 - VIDAL, Víctor: v. NÁQUIRA, Jaime/NUÑEZ, Benjamín/VIAL, Paula/VIDAL, Víctor/ROSENBLUT, Verónica.
 - VILLAMERIEL PRESENCIO, Luis P.: *Razones del proyecto de ley de reforma de la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), **Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?**, Atelier, Barcelona, 2007, 15-22.
 - VIVES ANTÓN, Tomás S.: *Constitución y Derecho penal de menores*, en: **La libertad como pretexto**, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 337-352.

LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL Y SU RELACIÓN CON LOS RESULTADOS LESIVOS¹

PROF. DRA. INÉS OLAIZOLA NOGALES

Catedrática de Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra

Resumen: En el trabajo que se presenta se aportan criterios que sirvan para graduar la gravedad de la imprudencia. Se parte de un grupo de delitos, los delitos contra la seguridad vial porque es muy frecuente la producción de resultados lesivos (muerte y lesiones) en el ejercicio de esta actividad. Además, se trata de una actividad especialmente reglada tanto por la regulación penal como por una exhaustiva regulación extrapenal. En este estudio se tratará de demostrar la influencia que la infracción de la normativa penal y de la normativa extrapenal tiene en la graduación de la imprudencia. Se mantiene la tesis de que la imprudencia será grave cuando la conducta encaje en un delito de peligro.

Abstract: This paper aims to analyse the connection between crimes of endangerment and the injuries suffered, when determining whether negligence is grosso or slight, particularly within the scope of traffic activity. The thesis is upheld that negligence will always be gross when the injury suffered is attributable to an action typified as a crime of endangerment.

Palabras claves: Imprudencia. Delitos de peligro. Cuidado debido. Víctima.

Keywords: Negligence. Endangerment crimes. Due Care. Victim.

Sumario: I. PLANTEAMIENTO. II. IMPRUDENCIA-GRAVE-IMPRUDENCIA LEVE: CRITERIOS DE DELIMITACIÓN. 1. Introducción. 2. Criterios generales utilizados por la doctrina y la jurisprudencia para la determinación de la gravedad o la levedad de la imprudencia. 3. Opinión personal. III. IMPRUDENCIA GRAVE-IMPRUDENCIA LEVE: CRITERIOS DE DETERMINACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD VIAL. 1. La relevancia de los delitos de peligro en el juicio de la gravedad o levedad de la imprudencia. 2. Delitos contra la seguridad vial. 2.1. El delito de conducción a alta velocidad o con altas tasas de alcohol: arts. 379.1 y 379.2 último inciso. 2.2. El delito de conducción bajo los efectos de drogas tóxicas, sustancias estupefacientes, psicotrópicas o bebidas alcohólicas: art. 379.2 primer inciso CP. 2.3. El delito de conducción temeraria: art. 380 CP. 2.3.1. Primer párrafo del precepto. 2.3.2. Segundo párrafo del art. 380 CP. 3. La relevancia de los delitos contra la seguridad vial en la consideración de la gravedad de la imprudencia. 4. La relevancia de la conducta de la víctima. 4.2. Concurrencia de imprudencias. 5. La infracción de las normas extrapenales. 5.1. La relevancia de las reglas

¹ El ámbito de la actividad laboral lo he estudiado en otro trabajo publicado en la revista *In Dret* 2010: *Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 317) y su relación con los resultados lesivos*.

técnicas en la determinación de la imprudencia penal. 5.2. La relevancia de las normas extrapenales para determinar la gravedad o la levedad de la imprudencia. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

En este trabajo intentaré analizar si es factible o no, y con qué limitaciones, el establecimiento de criterios que permitan con cierto carácter general determinar cuándo puede ser calificado de grave o leve un comportamiento imprudente. Especialmente trataré de estudiar si la tipificación penal de los delitos de peligro y la normativa extrapenal en determinados ámbitos pueden servir como pautas a la hora de responder a la cuestión de si un delito imprudente debe ser calificado como imprudencia grave o leve.

Me voy a centrar en los supuestos en los que se producen resultados de muerte o lesiones, puesto que son los casos en los que la imprudencia leve es punible, y, específicamente, en un ámbito: en el ámbito de la seguridad vial. Reduzco mi estudio a este ámbito por varios motivos:

-En primer lugar, por la frecuencia con la que se producen los resultados lesivos de muerte y lesiones en este ámbito de actividad. Las cifras que nos ofrece la Dirección General de Tráfico son, a pesar de que el número de accidentes va descendiendo, muy preocupantes¹.

-En segundo lugar, porque en relación con el tráfico rodado se tipifican también delitos de peligro, que tratan de evitar la realización de las conductas infractoras de normas de cuidado. Ello lleva a pensar que se trata de ámbitos de la vida social en los que la norma de cuidado es susceptible de una cierta tipificación y analizaré si dicha tipificación penal tiene relevancia en la determinación de la gravedad o levedad de la imprudencia.

-En tercer lugar, porque nos encontramos, a la par de la regulación penal, una regulación extrapenal exhaustiva en cuanto a las medidas de seguridad y de precaución que se deben adoptar para evitar los resultados lesivos. La importancia de las reglas extrapenales (reglas técnicas) en cuanto a la delimitación de la conducta imprudente es una cuestión controvertida y muy discutida por parte de la doctrina. Trataré de dar mi opinión al respecto y, dando un paso más, estudiaré la posible relevancia de estas reglas a la hora de delimitar la gravedad o levedad de la imprudencia.

Soy consciente de que hay otros ámbitos de actividad, también peligrosos para la vida o la integridad de las personas, entre otros, el ámbito de la actividad laboral y el de la

²PAREDES CASTAÑÓN, El riesgo permitido, 1995, 146 ss.

actividad médica. Respecto al ámbito de la actividad laboral adelanto ya que las conclusiones de este estudio son traspasables e éste. Razones de espacio me impiden analizarlo¹. En cuanto a la actividad médica he preferido no incluir su análisis porque creo que en la actividad médica se producen una serie de problemas específicos, tales como el avance vertiginosos de la ciencia, que hace mucho más difícil concretar o fijar normas de cuidado, la importancia del consentimiento del paciente, la configuración de la *lex artis* a través de normas no jurídicas (aunque hay excepciones), etc. Por otro lado, además, aunque aumenta el número de reclamaciones judiciales contra las actuaciones del personal sanitario, los datos de muertes y lesiones producidos como consecuencia de dicha actividad distan mucho, afortunadamente, de los producidos como fruto del tráfico rodado, o de la actividad laboral.

II. IMPRUDENCIA GRAVE-IMPRUDENCIA LEVE: CRITERIOS DE DELIMITACIÓN

1. Introducción

Parto de un concepto normativo de imprudencia. La conducta imprudente se caracteriza por constituir una infracción del deber objetivo de cuidado. Matizando esta idea, quizá sería más conveniente hablar de infracción del deber de conducta como hace PAREDES CASTAÑÓN¹, en el sentido de que la infracción del deber no proviene de la no adopción de las medidas de cuidado, sino de actuar sin haberlas adoptado. El conductor de un vehículo debe asegurarse de que se dan las condiciones idóneas para hacerlo. Debe preocuparse de que dichas condiciones no cambien y, si cambian, procurar que vuelvan a instaurarse. Si no puede, tendrá que dejar de conducir. Por lo tanto, no hay un deber autónomo de tomar medidas de cuidado, sino que ese es un deber derivado en ciertos casos del deber de mantener el riesgo bajo control.

Esta característica presupone la existencia de previsibilidad del resultado típico, puesto que respecto de aquello que no es previsible no existe ni puede existir un deber de cuidado (o de conducta) para intentar evitarlo. No obstante, no basta con la previsibilidad, pues aunque sea previsible la posibilidad de realizar un hecho típico, si el sujeto observa todas las medidas de diligencia y de cuidado impuestas por las normas y pese a ello se

³LUZÓN PEÑA, PG I, 1996, 499 ss.

⁴ LUZÓN PEÑA, PG I, 1996, 515 ss.; CEREZO MIR, PG II, 5ª, 1997, 165; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en FERNÁNDEZ (dir.), Responsabilidades por riesgos laborales en la edificación, 1999, 193 s.

produce el hecho objetivamente típico, su conducta no es imprudente, sino que está amparada por el caso fortuito o por el riesgo permitido¹.

2. Criterios generales utilizados por la doctrina y la jurisprudencia para la determinación de la gravedad o levedad de la imprudencia

La valoración sobre cuándo una imprudencia debe ser considerada grave o leve no ha sido objeto de demasiado estudio. La jurisprudencia y la doctrina suelen interpretar que la imprudencia grave supone la omisión de todas las precauciones o medidas de cuidado o al menos una grave infracción de normas elementales de cuidado, mientras que la imprudencia leve supone una infracción más leve o una pequeña desatención a normas importantes de cuidado, o una infracción de normas de cuidado no elementales, sino secundarias.

Se alude también al grado de peligro en relación con la clase de bien jurídico y al grado de control o descontrol. Así afirma LUZÓN PEÑA que habrá una infracción total o al menos grave de normas básicas o elementales de cuidado, cuando la conducta cree u opere ante un elevado peligro, bien incontrolable o controlable pero sin emplear ninguna o con muy escasas e insuficientes medidas de control (pues en estos casos tanto la norma de cuidado como su infracción son clarísimas, elementales y asequibles para cualquiera); y teniendo en cuenta que para determinar el grado de peligrosidad puede combinarse lo cuantitativo con lo cualitativo, se puede concluir que un grave peligro para un bien jurídico de media o baja importancia requerirá un número bastante elevado de posibilidades de lesión, mientras que no hará falta que sea cuantitativamente tan elevada esta posibilidad de lesión si el peligro afecta a bienes jurídicos básicos. Habrá, por otra parte, imprudencia leve, cuando se produzca una infracción de normas no elementales de cuidado o una infracción pequeña de normas básicas de cuidado, en la medida en que se concreta en una actuación con un peligro superador del riesgo permitido, pero no elevado, o en una actuación con un peligro en principio alto, pero efectuada con cierto grado de control, aunque insuficiente para evitar el riesgo de la actuación¹.

En sentido parecido se manifiesta MIR PUIG, para quien la imprudencia grave se caracteriza por la infracción de la atención o del cuidado que puede exigirse al menos cuidadoso,

⁵ MIR PUIG, PG, 8ª, 2008, 286 ss. En sentido similar, TENCKHOFF, ZStW 88 (1976), 900 ss.; VOLK, GA 1976, 161 ss.; WECHSCHEIDER, ZStW 98 (1986), 630 ss.; CORCOY BIDASOLO, El delito imprudente, 1989, 367 ss.; El delito imprudente, 2ª, 2005, 357 ss.; SILVA SÁNCHEZ, en: COBO (dir.), Comentarios CP I, 1999, 613.

atento o diligente. Supone la ausencia u omisión de las más elementales medidas de cuidado o atención. A estos efectos, opina MIR PUIG que deberán tenerse en cuenta tanto la peligrosidad de la conducta como la valoración social del riesgo. Para determinar la peligrosidad de la conducta deben combinarse dos variables fundamentales: el grado mayor o menor de probabilidad de la lesión y la mayor o menor importancia del bien jurídico afectado (a igual probabilidad de lesión, mayor gravedad si se refiere a un bien jurídico más importante). La valoración social del riesgo depende de si se produce en ámbitos en que se admiten determinados grados de riesgo permitido: un grado de peligrosidad que podría ser grave fuera de uno de estos ámbitos puede ser leve dentro de ellos¹.

Según QUINTERO OLIVARES para valorar la gravedad de la imprudencia, propone atender a la entidad de la violación de la norma de cuidado y a la potencialidad del daño¹.

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN entienden que la calificación de grave, atribuida a la imprudencia, guarda una indudable relación con la infracción del deber que se haya cometido. Para medir la intensidad de la infracción del deber habrá que tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes y muy especialmente la índole del riesgo creado y la previsibilidad objetiva *ex ante* del resultado producido. Sin embargo, estos autores no aceptan la vinculación que otros autores establecen entre la gravedad de la imprudencia y la importancia del bien jurídico¹.

BACIGALUPO ZAPATER se muestra bastante crítico con las posiciones anteriores y afirma que la vinculación entre la gravedad de la imprudencia y la importancia del bien jurídico significa caracterizar la gravedad de la imprudencia atendiendo a la gravedad del hecho. Por otro lado, en relación al criterio de la creación de un peligro elevado no seguido de suficientes medidas de control entiende que se trata en realidad de un único elemento, la creación de un peligro elevado, dado que la insuficiencia del control es, precisamente, lo que define la imprudencia como tal. Por ello, propone otro posible criterio consistente en analizar el grado de desinterés revelado por el autor respecto a bienes ajenos. Reconoce que de esta forma no se alcanza un concepto preciso, pero, al menos, puede situarse la cuestión en el lugar que le corresponde sistemáticamente, que según este autor son las perspectivas de la prevención especial¹.

⁶ QUINTERO OLIVARES, PG, 2005, 351.

⁷ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 5ª, 1999, 633 ss.

⁸ BACIGALUPO ZAPATER, PG, 4ª, 1997, 249. En sentido similar, MAURACH, FS-Hienitz, 1972, 430 s.; MAIWALD, GA 1974, 275 s.

⁹ LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, PG, 7ª, 2004, 230.

LANDECHO MOLINA/ MOLINA BLÁZQUEZ¹ fundamentan la gravedad de la imprudencia en la evitabilidad del resultado.

MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN afirman que, al igual que en la determinación del deber de cuidado, en la valoración de si la imprudencia es grave o leve, habrán de tenerse en cuenta la capacidad, rol específico y conocimientos especiales del sujeto¹.

La jurisprudencia ha utilizado criterios muy semejantes a los manifestados por la doctrina. Así se repiten argumentos como los que a continuación se detallan para justificar la entidad de la imprudencia:

- El nivel de cuidado exigido es mayor cuanto más importantes sean los bienes jurídicos en juego (STS 2445/2001, de 22 de diciembre)
- La imprudencia grave está relacionada con la infracción de normas elementales de cuidado (STS 1082/1999, de 28 de junio; 1188/1999, de 14 de julio; 1611/2000, de 19 de octubre; 208/2001, de 16 de febrero; 291/2001, de 27 de febrero; 561/2002, de 1 de abril).
- La naturaleza extraordinaria del riesgo, es decir, la peligrosidad de la propia actividad también influye en la exigencia de mayor nivel de cuidado (STS 1646/1998, de 22 de diciembre; 1233/2002, de 29 de julio).

Por otra parte, la mayoría de la doctrina considera irrelevante para valorar la gravedad o levedad de la imprudencia el hecho de que ésta sea consciente o inconsciente¹. La imprudencia consciente se dará cuando, si bien no se quiere causar la lesión (o –en delitos de mera conducta activa u omisiva- realizar el hecho típico), se advierte su posibilidad y, sin embargo, se actúa: se reconoce el peligro de la situación, pero se confía en que la actuación no dará lugar al resultado lesivo o, en los delitos de mera conducta, a realizar el hecho típico. Si el sujeto deja de confiar en esto, concurre ya el dolo eventual. La imprudencia inconsciente implica, en cambio, que no sólo no se quiere el hecho típico (en su caso el resultado lesivo), sino que ni siquiera se prevé su posibilidad: no se advierte el peligro. Ambas clases de imprudencia pueden tener la misma gravedad, atendiendo a los criterios manejados por la doctrina. Así, puede ocurrir que, por no ser siquiera consciente del peligro

¹⁰ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 7ª, 2007, 287.

¹¹ LUZÓN PEÑA, PG I, 1996, 514 s.; CEREZO MIR, PG II, 5ª, 1997, 165; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉ, *Lecciones II*, 1999, 173 s.; SILVA SÁNCHEZ, en: COBO (dir.), *Comentarios CP I*, 1999, 612 s.; JESCHECK/WEIGEND, PG, 2002, 622 s.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, AT, 11ª, 2003, 527 s.; KÜHL, *StGB Kommentar*, 25ª, 2004, 112; KINDHÄUSER, AT, 2005, 270; QUINTERO OLIVARES, PG, 2005, 351; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 7ª, 2007, 288; MIR PUIG, PG, 8ª, 2008, 286 ss.

¹² LUZÓN PEÑA, PG I, 1996, 514 s.

¹³ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, 2001, 260 s.

o de la posibilidad de realizar el tipo, el sujeto infrinja una norma básica o elemental del deber de cuidado, con un alto grado de peligro sin control alguno. Por ejemplo, el sujeto que por no haber pasado la revisión obligatoria del vehículo no es consciente de que las ruedas las tiene en muy mal estado y, como no lo sabe, circula a 140 kms/h por la autovía con el peligro de que estalle alguna de las ruedas. Frente a éste, otro sujeto, conocedor del mal estado de las ruedas, también circula por la autovía pero, precisamente por conocer el riesgo al que se expone, es probable que tome ciertas medidas de precaución o de control, por ejemplo disminuir la velocidad, lo que podría en algún caso reducir la gravedad de la imprudencia, al disminuir el grado de probabilidad de resultado lesivo. En otras ocasiones, sin embargo, en la imprudencia consciente podrá darse ciertamente la misma gravedad de la infracción del deber de cuidado que en una imprudencia inconsciente (en nuestro ejemplo, el sujeto, aun sabiendo que sus ruedas están en mal estado, circula a 140 kms/h) lo que, unido a la conciencia de la situación, puede suponer un desvalor de la acción mayor¹.

FEIJOO SÁNCHEZ afirma, sin embargo, que la imprudencia consciente es más grave que la inconsciente, en el sentido de que cuantos más datos objetivos tenga el autor para ser cuidadoso más evidente y grave será la falta de cuidado. Por ejemplo, cuantos más datos tenga el dueño de un perro de la peligrosidad de éste más grave será la falta de cuidado con el animal¹. Por su parte ROXIN entiende que, si bien la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente no posee gran relevancia, dado que el legislador no vincula a ella diferentes consecuencias jurídicas, sin embargo, en su opinión, la imprudencia consciente resulta más merecedora de pena que la inconsciente, de modo este mayor merecimiento de pena debería repercutir en la medición de la pena. Afirma ROXIN que únicamente puede darse el caso de un mayor contenido de culpabilidad de la imprudencia inconsciente cuando se compara una grave falta de atención con un caso en el que la confianza en la no producción del resultado estaba poco más o menos justificada. Si por el contrario se toma por base el mismo grado de creación de riesgo no permitido, la imprudencia consciente resulta más merecedora de pena que la inconsciente, porque la representación de una posible realización del tipo proporciona al sujeto un motivo en contra de la actuación sustancialmente más fuerte que los indicios que se daban al sujeto para advertir el peligro procedente del riesgo creado en la imprudencia inconsciente. ROXIN concluye que este mayor merecimiento de pena debe repercutir en la calificación de la imprudencia como

¹⁴ ROXIN, AT I, 4ª, 2006, 1086 ss. (= PG I, 1997, 1019 ss.).

¹⁵ Así, MIR PUIG, PG, 8ª, 2008, 288.

temeraria: “cuando el sujeto actúa con imprudencia consciente, se deberá ya enjuiciar como temerario un aumento del peligro que rebase de manera no insignificante el riesgo permitido, mientras que, en el caso de un sujeto que actúa con imprudencia inconsciente, la puesta en peligro provocada por el mismo -con las variaciones que resulten de las demás circunstancias que haya de tener además en cuenta- debe ser tan grande que la posibilidad de realización del tipo salte directamente a la vista”¹.

3. Opinión personal

En mi opinión el juicio sobre la gravedad o la levedad de la imprudencia es un juicio en el que se valora el desvalor de acción, que repercute en la clase de tipo. Se trata de un problema de grado de injusto, por tanto objetivo-general, que se analizará desde una perspectiva *ex ante*.

La conducta imprudente es una conducta que infringe una norma objetiva de cuidado, peligrosa para un determinado bien jurídico y superadora del nivel de riesgo permitido. El mayor o menor grado en el que se constate la existencia estos requisitos es lo que determinará la gravedad o levedad de la imprudencia.

Para que la conducta constituya una infracción del cuidado *debido* es necesario que supere el nivel de riesgo permitido. Por tanto, no cabrá hablar de imprudencia grave o leve en función de si la conducta supera o no el riesgo permitido, sino que el ámbito del riesgo permitido servirá para restringir las conductas penalmente relevantes, es decir, sólo cuando se supere el nivel de riesgo permitido cabrá hablar de conducta imprudente en sentido normativo. Ahora bien, la valoración social del riesgo depende de si se produce en ámbitos en que se admiten determinados grados de riesgo permitido: como afirma MIR PUIG, un grado de peligrosidad que podría ser grave fuera de uno de estos ámbitos puede ser leve dentro de ellos¹. Por tanto, la mayor o menor superación de dicho riesgo será un criterio para valorar la gravedad o la levedad de la imprudencia. Los límites del riesgo permitido varían de unas actividades a otras. Es éste un concepto ya en su origen ligado a la nueva sociedad industrial y, en consecuencia, ligado a la solución de conflictos que planteaban las distintas actividades peligrosas con utilidad social. La ponderación de intereses, como presupuesto para la delimitación del riesgo permitido es una decisión política, pues supone aceptar o rechazar riesgos que afectan al conjunto de la sociedad¹.

¹⁶ Ampliamente, CORCOY BIDASOLO, El delito imprudente, 1989, 308 ss; El delito imprudente, 2ª, 2005, 324 ss.; Delitos de peligro, 1999, 86 ss; PAREDES CASTAÑÓN, El riesgo permitido, 1995, *passim*.

¹⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, 1994, 135.

En dicha ponderación se atiende, por un lado, al valor de los bienes jurídicos amenazados, al grado de peligro que corren y a las posibilidades de control; y, por otro lado, a la importancia, necesidad o interés social y beneficios de la conducta peligrosa. Los límites del riesgo permitido son bastante claros cuando dicha ponderación de intereses la plasma el legislador en leyes o reglamentos escritos que regulan la correspondiente actividad. Así ocurre precisamente en el tráfico rodado. En este caso los límites de las conductas permitidas en abstracto vienen marcados por el propio legislador.

Por otro lado, otro criterio relevante en el juicio de gravedad de la imprudencia será el de la mayor o menor peligrosidad de la conducta. La peligrosidad implica la probabilidad de lesión de un bien jurídico y la lesión es más o menos probable dependiendo del ámbito de actividad donde se desarrolle la conducta. Serán muy importantes las medidas de control con las que opere el sujeto, en tanto en cuanto sirvan para neutralizar el peligro, aunque finalmente sean insuficientes. Pero la peligrosidad no sólo debe analizarse desde un punto de vista cuantitativo, es decir, desde el estudio de si la probabilidad de lesión es baja, media o alta, sino desde un punto de vista cualitativo, en este sentido se afirma que, dependiendo de cuál sea el bien jurídico puesto en peligro, se podrá valorar que una conducta es más o menos peligrosa. Aunque esta afirmación pueda resultar discutible, por ejemplo, por entender que dicha consideración constituye un *bis in idem*, puesto que la relevancia del bien jurídico protegido ya la ha tomado en cuenta el legislador para tipificar la conducta (por ejemplo, considerando suficiente un pequeño desvalor de acción – imprudencia leve- cuando el desvalor de resultado es grande), sin embargo, lo que parece más claro es que cuando el bien jurídico que está en juego es un bien fundamental (como la vida, la salud o la integridad de las personas) el nivel de cuidado que se exige es mayor y, en este sentido, las medidas de control que se exigen al sujeto en su actuación son mayores, porque la superación del riesgo permitido en estos casos es menos aceptable.

Otro criterio más para determinar la gravedad o levedad de la imprudencia será el de la clase de norma infringida, pues no todas las normas de cuidado que rigen en el ámbito de una actividad peligrosa tienen la misma importancia de cara a evitar la lesión del bien jurídico. Deberá tenerse en cuenta también la gravedad de la infracción de dicha norma de

¹⁸ Es importante destacar que, conforme a los datos oficiales de la Dirección General de Tráfico, el número de accidentes de tráfico va disminuyendo paulatinamente en los últimos años. Así, por ejemplo, las víctimas mortales en el año 2008 descendieron un 20'4% respecto del año anterior y los fallecidos en el año 2008 respecto del año 2003 suponen un descenso acumulado del 45'9%, a pesar de que se ha incrementado notablemente el parque de vehículos. Esta tendencia a la baja del número de víctimas continúa en el año 2009.

cuidado; criterios como el de la frecuencia, la reiteración o la duración en el tiempo de la infracción también pueden ser relevantes.

Por último, deberá determinarse el grado de previsibilidad de la lesión. Esto quiere decir que al hombre medio ideal, puesto en la situación del autor y con los conocimientos de éste (concretamente el baremo de referencia deberá ser el de la posición que ocupe el sujeto en el tráfico jurídico con las facultades y capacidades que le son atribuidas normativamente) le es exigible prever la peligrosidad de su conducta. La mayor o menor previsibilidad de la peligrosidad también será un criterio de determinación de la gravedad o levedad de la imprudencia, no así la efectiva previsión. Desde mi punto de vista, la efectiva conciencia que del peligro tenga el sujeto no afecta a la gravedad o a la levedad de su imprudencia. En mi opinión, la conducta es objetivamente igual de grave tanto si el sujeto conoce que está infringiendo una norma de cuidado o no lo conoce pero debería conocerlo. Desde luego, el sujeto que, sabiendo que está infringiendo una norma de cuidado, realiza la conducta demuestra un mayor desprecio del riesgo, que, en algún caso, podría tenerse en cuenta en la determinación de la pena, pero no en la valoración de la imprudencia como más o menos grave. Al contrario, sin embargo, si el sujeto que conoce la situación toma medidas de control, para intentar neutralizar el riesgo, podremos afirmar que reduce las probabilidades de lesión y, por tanto, la peligrosidad de su conducta será menor, aunque finalmente se produzca el mismo resultado y, por tanto, la imprudencia podría considerarse leve. Pero la levedad en este caso no se debe a que el sujeto sea o no consciente de la peligrosidad de su conducta, sino al hecho de haber tomado medidas de control, criterio que sí hemos admitido como relevante para juzgar la gravedad o levedad de la imprudencia.

Una vez adoptados estos criterios generales, es el momento de analizar si en el ámbito concreto de actividad rodada se pueden aportar algunas pautas más concretas de valoración.

III. IMPRUDENCIA GRAVE-IMPRUDENCIA LEVE: CRITERIOS DE DELIMITACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD VIAL

1. Relevancia de los delitos de peligro en el juicio de la gravedad o levedad de la imprudencia.

Se puede afirmar, siguiendo a RODRÍGUEZ MONTAÑÉS¹ que existen ciertos ámbitos de la actividad social en los que la norma de cuidado no es absolutamente indeterminada, sino que es susceptible de una cierta tipificación, por la naturaleza de la actividad y la experiencia acumulada, lo cual, unido al alto riesgo que tales conductas representan para bienes jurídicos esenciales, lleva al legislador a su punición expresa, sin esperar a la producción de un resultado lesivo. Surgen así los delitos de peligro, y, en este proceso de creación de delitos de peligro, el legislador debe atender a tres criterios: el grado de riesgo e importancia del bien jurídico, la naturaleza de la actividad (que permite “la tipificación” de la norma de cuidado, lo que se pone de relieve en la existencia de una normativa que las regula) y la experiencia acumulada, que permite constatar la potencialidad lesiva de ciertas conductas, contribuyendo a la tipificación de la norma de cuidado. Estos requisitos parecen propios tanto de la actividad laboral como de la actividad rodada, y, efectivamente, en ambos casos el legislador ha optado por la tipificación expresa de los delitos de peligro. A continuación analizaré las conductas tipificadas en los delitos de peligro, relacionados con la actividad rodada, con el fin de valorar si la tipificación realizada en este ámbito ha sido correcta.

2. Delitos contra la seguridad vial

Centraré el estudio de los delitos contra la seguridad vial en el análisis de las conductas típicas recogidas en los arts. 379 y 380 CP, por ser los que con más frecuencia, en la práctica, producen los resultados lesivos imprudentes de muerte o de lesiones; también, porque son los que han sido objeto de una mayor modificación en virtud de la LO 15/2007.

Hay acuerdo doctrinal y jurisprudencial sobre la necesidad de la intervención penal en esta materia, teniendo en cuenta la importancia del vehículo a motor como medio de transporte, el notable incremento del parque automovilístico y del correlativo tráfico viario que ha generado un crecimiento constante del riesgo de accidentes, poniendo en peligro

¹⁹ Art. 379 CP: “1. El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, a la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años./2. Con las mismas penas, será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0’60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.”

bienes jurídicos fundamentales como la vida y la integridad de las personas¹. Sobre lo que no hay acuerdo, como se verá a continuación, es en la forma de legislar penalmente especialmente a partir de la reforma operada por la LO 15/2007.

2.1. El delito de conducción a alta velocidad o con altas tasas de alcohol: art. 379.1 y art. 379.2 último inciso¹

La introducción de este precepto ha sido objeto de una importante discusión doctrinal. Un sector doctrinal, hasta el momento mayoritario, considera que esta reforma implica una administrativización del Derecho Penal, donde el precepto carece de antijuridicidad material al consistir la conducta típica simplemente en la superación de determinados límites tasados, bien de velocidad o bien de alcohol¹. En contra, se manifiesta GONZÁLEZ CUSSAC, quien afirma que este precepto viene a poner fin, aunque parcialmente, a múltiples, variadas, dispares y en ocasiones contradictorias discusiones e interpretaciones

²⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, EDJ 114, 2007, 345; MORILLAS CUEVA, en: MORILLAS (coord.), Delincuencia en materia de tráfico, 2007, 429; GALLEGO SOLER, en: MIR/CORCOY (dirs.), Seguridad vial, 2008, 170 ss.; HORTAL IBARRA, en: MIR/CORCOY (dirs.), Seguridad vial, 2008, 150 ss.; QUERALT JIMÉNEZ, en: MIR/CORCOY (dirs.), Seguridad vial, 2008, 66 s. Resulta curioso que los índices indicados en el segundo inciso del art. 379.2 sólo se refieran al alcohol y no a otras drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, en cuyo caso seguirá siendo necesario demostrar que la ingestión de tales sustancias ha influido en la conducción. En el mismo sentido TRAPERO BARREALES, Los delitos contra la seguridad vial, 2011, 95 s. Señala esta autora que es necesario realizar un estudio en profundidad sobre la legitimidad de la intervención penal, ocupando un papel central la valoración de la eficacia preventiva de los otros medios de prevención. EN una segunda fase se tendría que valorar si la tipificación penal de la conducción peligrosa para la vida e integridad de las personas se ha de limitar a la peligrosidad derivada de la velocidad inadecuada o si sería conveniente una tipificación genérica de la conducción temeraria, incluyendo una cláusula ejemplificativa de conducciones temerarias, mencionando la conducción a velocidad excesiva. La autora es partidaria de la primera opción, porque la segunda opción plantearía un serio problema de delimitación respecto de la infracción administrativa muy grave de conducción temeraria.

²¹ GONZÁLEZ CUSSAC, EDJ 114, 2007, 289 ss. Es interesante reseñar la STS 1133/2001, de 11 de junio, debido a que reconocía una especie de “incapacidad absoluta” para la conducción a partir de la superación de determinada tasa de alcohol. El TS afirma que “no obstante, los Tribunales entienden que a partir de determinada impregnación alcohólica en la sangre queda superado el límite penalmente permisible en cuanto cualquier persona vería disminuida su capacidad de percepción, reflejos y en definitiva sus facultades para la conducción, y así se han pronunciado cuando se superan 1,20 gramos de alcohol por 1.000 CC de sangre. Distintas son las cifras cuando se trata de aparatos que miden la concentración de alcohol en aire espirado –etilómetros- considerándose suficiente la mitad de la mencionada, es decir, cuando se superan 0,60 miligramos por litro”. Señalo esta Sentencia porque ya en ella se señalan precisamente los límites del art. 379 CP, reconociendo que superados estos límites se puede presumir la incapacidad de una persona para la conducción. También TAMARIT SUMALLA opina que el precepto no puede ser tachado de ilegítimo y que trata de salir del paso ante los problemas de indeterminación generados por los delitos de conducción temeraria y de conducción bajo la influencia del alcohol, en: QUINTERO (dir.)/MORALES (coord.), Comentarios CP PE, T III, 5ª, 2008, 398.

²² En este sentido, MIR PUIG, en: MIR/CORCOY (dirs.), Seguridad vial, 2008, 18; QUERALT JIMÉNEZ, en: MIR/CORCOY (dirs.), Seguridad vial, 2008, 65; MUÑOZ CONDE, PE, 17ª, 2009, 642. TRAPERO BARREALES, Los delitos contra la Seguridad vial, 2011, 114 ss. Esta autora, refiriéndose al delito de conducción con determinadas tasas de alcohol afirma que aunque se le pueda reconocer como valores positivos al precepto la seguridad y la certeza, no cumple el principio de ofensividad

de la ley penal al establecer unos límites claros para la intervención penal en supuestos de excesos de velocidad y de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas. Además, afirma este autor, al ser tan elevadas las cantidades límites empleadas por el legislador, no contradicen a los parámetros del sentido común, a algunas orientaciones asentadas de la jurisprudencia, a las instrucciones de las fiscalías, a los protocolos de actuación policial, etc.¹.

En mi opinión la inclusión de este precepto no era necesaria ni idónea y, además, estimo que puede tener un efecto contraproducente como a continuación señalaré. Considero que no era necesaria porque precisamente en este ámbito la eficacia del Derecho administrativo es clara, puesto que los avances tecnológicos permiten detectar las infracciones y sancionar a los infractores. Por ello, entiendo que la política legislativa debe ir en el sentido de aumentar la intervención del Derecho administrativo –entendida dicha intervención en sentido amplio, como por ejemplo, aumentar los controles de velocidad, los controles de alcoholemia, utilización de sistemas que impidan el arrancado del vehículo cuando se detecte que el conductor ha bebido, incremento de las sanciones, etc-. Y se debe dejar el Derecho penal como la *ultima ratio*, el último recurso cuando las demás vías resulten ineficaces y para sancionar aquellas conductas que supongan un plus de lesividad cualitativo y no sólo cuantitativo respecto a las conductas sancionadas por el Derecho administrativo¹. Así, con la regulación que había hasta la reforma se podían sancionar penalmente esas conductas de exceso de velocidad y de ingesta de alcohol o drogas, siempre y cuando se hubiera generado un peligro concreto en el primer caso o un peligro abstracto en el segundo. Este peligro era lo que dotaba de antijuridicidad material a las conductas y lo que las distinguía de las infracciones administrativas.

En segundo lugar, la regulación no resulta idónea porque establece presunciones *iuris et de iure* que casan mal con el Derecho penal. Cualquier presunción supone una inversión de la carga de la prueba, muy discutible en el Derecho Penal. Pero es que además una presunción *iuris et de iure* implica que no cabe prueba en contrario, por lo que resulta inadmisibile. Al menos, aunque yo abogo por la no tipificación, se debería haber añadido una referencia al peligro abstracto como “cuando con ello se cree un riesgo para la seguridad vial” para evitar conductas en las que a pesar, por ejemplo, del exceso de

²³ CARBONELL MATEU, en: MORILLAS (coord.), *Delincuencia en materia de tráfico*, 2007, 386 ss. Este autor considera que la introducción de esta referencia al peligro abstracto es necesaria sólo respecto al exceso de velocidad, no en los casos de ingesta de alcohol puesto que ésta produce en el sujeto una alteración de su capacidad que convierte sin más su conducta en peligrosa.; DE VICENTE MARTÍNEZ, EDJ 114, 2007, 345; MUÑOZ CONDE, PE, 17ª, 2009, 643.

²⁴ LUZÓN PEÑA, en: CANO/CARBONELL/LUZÓN/DE LLERA/MARTÍNEZ, *Derecho penal y Seguridad vial*, 2007, 33 s.

velocidad resulten absolutamente inócuas¹. En el supuesto de conducción con altas tasas de alcohol, LUZÓN PEÑA propone que se tipifique un apartado 1 en el que se sancionase la conducta de conducción “bajo la influencia de”, que implica falta de suficiente control en el conductor y por tanto peligrosidad abstracta de su conducción, y añadir un apartado 2 que establezca una presunción *iuris tantum* de influencia de alcohol al superarse una cifra de alcoholemia¹. El establecimiento de estas fórmulas permite admitir la excepción de que, en algún caso, a pesar de haberse superado determinado nivel de velocidad o determinadas tasas de alcohol, se pueda probar, bien que no hubo peligro, ni siquiera abstracto para la seguridad vial, o bien que el alcohol no influía peligrosamente en la conducción del sujeto.

He afirmado también que esta regulación puede tener un efecto contraproducente, como es el que se considere que por debajo de estos límites indicados en el art. 379 CP, la conducta no puede constituir delito. Esta interpretación supondría, a mi modo de ver, un gran error, porque desde luego puede ocurrir que por debajo de esos límites, por ejemplo de velocidad, el sujeto haya generado un peligro para la vida o la integridad de alguien (piénsese en el conductor que pasa a más velocidad de la debida, pero sin superar el límite del art. 379 CP por una zona de colegios a la hora de entrada o de salida de los escolares) o en el caso de ingesta de alcohol, podamos encontrarnos con un sujeto que, a pesar de no haber superado el límite del art. 379 CP dé positivo en una prueba de alcoholemia y además se detecte que dicha ingesta influye en su conducción. Cabe también el riesgo de que se interprete que la conducción sólo será temeraria en los supuestos de exceso de velocidad o de alcohol.

Conforme al nuevo art. 380.2, al que luego me referiré, se reputará manifiestamente temeraria la conducción en la que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior. Podemos imaginarnos muchos supuestos en los que sin haber exceso de velocidad o de alcohol la conducción pueda ser temeraria –por ejemplo, conducir en dirección contraria, conducir por zona peatonal, saltarse un stop, saltarse un semáforo-. El que el legislador haya

²⁵ Hasta tal punto parece esa la razón que en el art. 379.2 último inciso sólo se hace referencia al alcohol y no a otras drogas, cuestión ésta muy criticada, con razón, por la doctrina. Así, por ejemplo, GALLEGO SOLER, en: MIR/CORCOY (dirs.), Seguridad vial, 2008, 170 ss.

²⁶ En el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, en: CANO/CARBONELL/LUZÓN/DE LLERA/MARTÍNEZ, Derecho penal y Seguridad vial, 2007, 33. Este autor añade además que esta presunción resulta inútil, puesto que los jueces admitirán prueba en contrario en el caso concreto si ello desvirtúa el peligro presunto, por lo que al final será una presunción *iuris tantum*.

tipificado en el art. 379 CP los supuestos de exceso de velocidad y de alcohol puede tener que ver con la frecuencia en que estos excesos están relacionados con los accidentes, pero también con la facilidad para ser detectados¹. Habrá que estar atentos a la interpretación que hace la jurisprudencia de estos preceptos porque se corre el peligro de que sólo se consideren delitos los supuestos de exceso de velocidad y de alcohol y además sólo cuando superen los límites del art. 379 CP.

En conclusión, más allá de que se pueda certificar a través de estudios científicos o estadísticos que ese exceso de velocidad o esos niveles de alcohol están presentes en muchos de los accidentes, no me parece correcta esta forma de legislar. No niego que la presunción tiene su "lógica", pero no veo la necesidad de su tipificación por las razones ya expuestas y porque esta clase de técnica legislativa atenta contra principios básicos del Derecho Penal, tales como el principio de ofensividad, porque puede haber casos concretos en los que ni siquiera haya peligro abstracto para la circulación¹.

2.2. El delito de conducción bajo los efectos de drogas tóxicas, sustancias estupefacientes, psicotrópicas o bebidas alcohólicas: art. 379.2 primer inciso CP

En el art. 379. 2 primer inciso se mantiene el tradicional delito de peligro abstracto en el que se castiga una conducta generalmente peligrosa, concretamente la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas u otra clase de sustancias, sin que sea necesario que se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido.

Existe acuerdo doctrinal respecto a los requisitos típicos de este precepto, entendiéndose que harán falta dos elementos: la conducción habiendo ingerido bebidas alcohólicas u otras sustancias y que dicha ingestión influya en la conducción.

El núcleo central de la conducta típica es que la conducción se realice bajo los efectos de alguna de las sustancias mencionadas en el tipo. Esta exigencia típica debe

²⁷ En este sentido, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, Derecho de la circulación, 1993, 149 ss; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, 1994, 325 ss; OLMEDO CARDENETE, RECPC 2002, 2 ss. (<http://criminnet.ugr.es/recpc>); ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, PE, 2004, 822 ss.; GUÉREZ TRICARICO, LL 2005-4, 1743 ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, Derecho penal de la circulación, 2006, 217 ss.; MUÑOZ CONDE, PE, 17ª, 2009, 688 ss; TRAPERO BARREALES, Los delitos contra la Seguridad vial, 2011, 107 ss

²⁸ Ampliamente, OLMEDO CARDENETE, RECPC 2002, 3 s. (<http://criminnet.ugr.es/recpc>); DE VICENTE MARTÍNEZ, Derecho penal de la circulación, 2006, 218 s.

interpretarse en el sentido de que la ingestión del alcohol o las drogas influya efectivamente en la conducción afectando a la capacidad del sujeto para conducir con seguridad, haciendo la conducción peligrosa *ex ante*, potencialmente lesiva para la vida o la integridad de los demás partícipes en el tráfico. La efectiva peligrosidad de la conducta dependerá, por tanto, no sólo del grado de concentración alcohólica, sino de otros factores, fundamentalmente de las características físicas del sujeto y su grado de tolerancia al alcohol, el grado de habilidad que tenga para conducir, etc.¹.

Estos factores deben considerarse en todos los casos, de manera que, si de la consideración de estos aspectos, se llega a la conclusión de que el sujeto no infringe con su conducta el deber objetivo de cuidado, que la conducta no es peligrosa *ex ante* para la vida o la integridad de los demás participantes en el tráfico, por no ser objetivamente previsible *ex ante* la producción de resultado lesivo alguno, no se realiza el tipo, por mucho que el nivel de concentración de alcohol en sangre supere las tasas administrativamente permitidas. Esto constituirá un ilícito administrativo, pero no delito (conforme al RD 1428/2003, de 21 de noviembre las tasas de alcohol se sitúan en 0'5 gramos por litro de alcohol en sangre y de 0'25 miligramos por litro en aire espirado).

Esta es la línea de interpretación seguida en general por la jurisprudencia que exige, para considerar comprobada la influencia un serie de circunstancias como a) signos externos: halitosis alcohólica, ojos brillantes, habla pastosa, repetitiva, memoria confusa, rostro congestionado, etc. b) características de la conducción: circulación en zigzag, velocidad inadecuada, invasión de carril contrario, elusión de señales de tráfico, colisión con objetos móviles o fijos, etc. c) constituye un indicio importante el que el propio sujeto reconozca el haber tomado alguna clase de sustancia que influye en su conducción¹.

Esta interpretación también ha sido apoyada por el TC que en diversas sentencias: 145/1985, de 28 de octubre, 148/1985, de 30 de octubre y 222/1991, de 25 de noviembre, donde afirmó que el tipo de conducción bajo la influencia de alcohol “no consiste en la presencia de un determinado nivel de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo bajo la influencia de bebidas alcohólicas, lo que requiere que aquella circunstancia se refleje en la conducción” o que “la influencia de bebidas alcohólicas constituye un

²⁹ ORTS BERENGUER, en: VIVES (coord.), Comentarios CP, 1996, 1717.; PE, 2004, 823; ORTS BERENGUER/ALONSO RIMO, RGDP 4 (2005), 9; MOLINA FERNÁNDEZ, en: BAJO (dir.), PE II, 1998; MORENO ALCÁZAR, Los delitos de conducción temeraria, 2003, 84 ss.; ALCÁCER GUIRAO, LLPenal 10 (2004), 7 ss.; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO (dir.)/MORALES (coord.), Comentarios CP PE, T III, 5ª, 2008, 414; MUÑOZ CONDE, PE, 17ª, 2009, 644 s.

³⁰ Por todos, MORENO ALCÁZAR, Los delitos de conducción temeraria, 2003, 84 ss.

elemento normativo del tipo penal que, consecuentemente, requiere una valoración del juez en el que éste deberá comprobar si en el caso concreto de que se trate el conductor se encontraba afectado por el alcohol". Al margen de que este precepto se pueda seguir interpretando así, la introducción de los nuevos preceptos, antes analizados, hará que sólo sea necesario probar la influencia del alcohol en la conducción cuando no se superen las tasas indicadas en el segundo inciso de este precepto.

2.3. El delito de conducción temeraria: art. 380 CP

2.3.1. Primer párrafo del precepto

El art. 380.1 CP reza: "El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años".

La conducta típica en este delito consiste en conducir con temeridad manifiesta un vehículo a motor o un ciclomotor. Se trata de un delito de peligro concreto ya que exige la producción de un concreto peligro para la vida o la integridad de las personas. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han interpretado el concepto de temeridad como la vulneración de las más elementales normas cuidado en el ámbito de la conducción de vehículos. Se trata del incumplimiento grave de las normas de tráfico más elementales, atendiendo también a los factores externos que se den en el caso concreto, tales como la visibilidad, climatología, densidad de tráfico, estado de la calzada, etc. Se produce una equiparación entre los conceptos de temeridad e imprudencia grave¹.

Igualmente, SSTs 25/1999, de 18 de enero – conducción de ciclomotor a exceso de velocidad y sin luces-; 1140/1999, de 6 de julio –velocidad mayor de la debida, invadiendo el carril contrario-; 1553/1999, de 22 de febrero –saltarse un semáforo en rojo-; 25 de febrero 2000 –adelantamiento en un lugar prohibido-; 1325/2000, de 17 de julio –girar en lugar prohibido, invadiendo el carril contrario-; 857/2001, de 10 de mayo –velocidad desproporcionada con pavimento mojado y en zona de obras-; 1111/2004, de 13 de octubre –conducir a velocidad muy superior a la permitida).

La temeridad debe ser manifiesta, es decir, patente, evidente, notoria para un ciudadano medio¹. Estoy de acuerdo con la interpretación que de este término ha hecho

³¹ ALCÁCER GUIRAO, LLPenal 10 (2004), 8 ss.

ALCÁCER GUIRAO, entendiendo que se trata de un juicio normativo y, por tanto, el criterio para evaluar la notoriedad de la conducción temeraria es la perspectiva de un espectador objetivo con un conocimiento completo de los hechos. Por tanto, la afirmación de si una conducción es manifiestamente temeraria no dependerá de la percepción del testigo presencial o real, puesto que entonces los conocimientos para evaluar la temeridad tendrían que limitarse a los que fueran perceptibles por ese testigo en el caso concreto, teniendo que excluirse otros que sólo después de acaecidos los hechos devinieran conocidos. Es muy claro al respecto el ejemplo propuesto por ALCÁCER GUIRAO: “la conducción a 60 kms/h por una céntrica avenida superando en verde los semáforos nunca sería calificada como temeraria, pero sí lo sería el hecho de la conducción a 60 kms/h por una céntrica avenida, superando en verde los semáforos y *sin frenos*, dato éste, la ausencia de frenos, que no es perceptible por el espectador real, pero que ha de ser tenido en cuenta por el espectador ideal”¹.

Como ya se ha dicho, se trata de un delito de peligro concreto, que exige por tanto que efectivamente se produzca el resultado de peligro para la vida o la integridad de las personas. La cuestión de cuándo se produce el peligro ha sido objeto de diversas teorías¹. Sin ninguna posibilidad aquí de profundizar en este tema, creo que puede hablarse de peligro concreto desde el momento en que el bien jurídico protegido entra en el ámbito de eficacia de la acción típica peligrosa y deja de ser segura la evitación de la lesión. El bien jurídico entra en “aguda crisis”, la situación se hace crítica respecto de un cierto encuentro sin poder ser dominada o controlada con seguridad, deja de ser razonablemente segura la evitación del resultado¹. Creo que es importante, siguiendo a CORCOY BIDASOLO¹, observar que la solución pasa por dos niveles de análisis. El primer nivel consistirá en determinar

³² Ampliamente, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, 1994, 13 ss.; CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, 40 ss.

³³ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, 1994, 13 ss.; CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, 40 ss.

³⁴ CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, 262 ss.

³⁵ CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, 262 s. Posiciones parecidas a la anterior, aunque sin distinguir los dos niveles de análisis son las mantenidas por LASCURAIN SÁNCHEZ y ALCÁCER GUIRAO. LASCURAIN SÁNCHEZ, en: R. MOURULLO (dir.)/JORGE (coord.), Comentarios CP, 1997, 1047 s. entiende por situación de peligro concreto aquella en la que el curso del riesgo se dirige, con suma probabilidad, hacia el objeto de la acción y tanto la trayectoria e intensidad de aquél como la defensa de la víctima ha caído fuera del campo de control ordinario del agente, de la víctima o de un tercero, de forma que la posterior no producción del resultado lesivo sólo podrá deberse a una medida extraordinaria de salvación en la que no cabía seriamente confiar³⁵. Desde mi punto de vista esta posición es demasiado restrictiva porque parece que no admitiría el peligro concreto tampoco cuando la no producción de la lesión se debiera a una conducta de la víctima en la que el sujeto podría seriamente confiar, y, eso, no creo que sea relevante a los efectos de considerar la existencia o no de un resultado de peligro, sino que será relevante a efectos del dolo eventual o imprudencia con la que actúa el autor en relación con el posible resultado

cuándo existe resultado de peligro y, posteriormente, en un segundo nivel, habrá que averiguar si ese peligro, como resultado que es, es imputable objetivamente a la acción. Creo que se entenderá mejor con un ejemplo: un sujeto adelanta en línea continua, por tanto en zona prohibida, cuando de pronto ve cómo aparece un coche de frente. Pues bien, respondiendo al primer nivel de análisis existirá resultado de peligro siempre que el resultado de lesión no se haya producido porque ha concurrido alguna circunstancia que ha permitido controlar o disminuir el peligro, ya sea proveniente de la naturaleza, por ejemplo una ráfaga de viento que ha desviado el vehículo que venía de frente, de la habilidad del conductor que venía de frente, de la especial habilidad del conductor que adelanta, etc. No habrá resultado de peligro cuando la lesión no se produce pese a que no concurre circunstancia que disminuya o controle el riesgo que “aparentemente” existía, por ejemplo porque la carretera era más ancha de lo que parecía. En un segundo nivel, una vez constatado el peligro será necesario imputar ese resultado a la conducta típica y ahí es donde se diferenciarán según la clase de circunstancia que haya servido para disminuir o controlar el riesgo y evitar la lesión. Así, el resultado será imputable a la conducta típica cuando la circunstancia que ha disminuido o controlado el riesgo y evitado el resultado de lesión está fuera del dominio o la competencia del autor y no será imputable cuando la circunstancia provenga de su dominio o competencia. Según el criterio de protección de la

lesivo que se produzca. Intentaré aclarar esta idea con un ejemplo: En un adelantamiento, en una zona prohibida, A ve el coche que viene de frente pero comprueba que el arcén es muy ancho y confía, podríamos decir que racionalmente, en que el coche que viene de frente se apartará hacia el arcén, como efectivamente ocurre. Desde mi punto de vista, A habrá creado un resultado de peligro concreto que le será perfectamente imputable. Si el coche que viene de frente no se aparta y se produce un resultado lesivo, dicho resultado le será imputado a A a título de imprudencia, porque él confiaba racionalmente en que no se produjera tal resultado. Cambiemos el ejemplo. Supongamos que A realiza el adelantamiento en una carretera estrecha y ve que viene un coche de frente. Imaginemos que el conductor del coche que viene es un experto corredor de rallies y consigue evitar la colisión porque pone el coche en posición de dos ruedas. En este caso se habrá producido igualmente un peligro concreto imputable a A. La diferencia en este supuesto es que si se llega a producir el resultado lesivo podremos afirmar que A, dada la situación concreta (carretera muy estrecha) no podía confiar racionalmente en que el resultado no se produjera y por tanto el resultado le sería imputado a título de dolo eventual.

ALCÁCER GUIRAO, LLPenal 10 (2004), 9 afirma que se producirá el resultado de peligro concreto cuando se den tres condiciones: 1) Existencia de una o varias personas que se hallen en el ámbito de eficacia causal de la acción peligrosa; 2) que el agente ya no pueda ejercer un control seguro del riesgo, en cuanto ha trascendido de su esfera de dominio; 3) inminencia en la producción del resultado lesivo, cuya ausencia sólo pueda explicarse por el azar, esto es, por causas *ex ante* imprevisibles³⁵. En mi opinión esta tercera condición debería matizarse afirmando que la ausencia del resultado lesivo sólo pueda explicarse por causas ajenas al autor.

³⁶ ORTS BERENGUER, PE, 2004, 827; MAGALDI PATERNOSTRO, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), Comentarios PE II, 2004, 1717; CARMONA SALGADO, en: COBO (coord.), PE, 2ª, 2005, 807; MORILLAS CUEVA/SUÁREZ LÓPEZ, en: MORILLAS (coord.), Delincuencia en materia de tráfico, 2007, 311; MUÑOZ CONDE, PE, 17ª, 2009, 645.

norma, la prohibición de crear situaciones de peligro concreto está dirigida a evitar que se creen riesgos graves para el bien jurídico no controlables por el autor. En el ejemplo del adelantamiento, si el conductor del vehículo que adelanta, en el momento que ve el vehículo que viene de frente, tiene la capacidad de frenar y ponerse de nuevo en su carril, la sensación de amenaza e inseguridad para el bien jurídico resulta compensada por la “confianza” que inspira su control del riesgo; si, por el contrario, lo que ocurre es que el coche que venía de frente se aparta, el resultado de peligro es imputable y el conductor del primer vehículo mencionado responderá por el delito de conducción temeraria. CORCOY BIDASOLO compara esta solución con lo que ocurre en la tentativa, y lo considera un supuesto análogo al desistimiento activo: “Si el resultado de peligro consiste en la “amenaza” para el bien jurídico, ese desvalor queda desvirtuado cuando es el propio autor quien demuestra que se podía confiar en su capacidad de evitar la lesión”¹.

La mayoría de la doctrina no asume posiciones tan restrictivas y exige únicamente que el riesgo sea real y potencialmente efectivo para la vida o la integridad de las personas o que exista una probabilidad grande de lesión. Es decir, se conforman con la afirmación de lo que en este trabajo se ha considerado el primer nivel de análisis¹.

2.3.2. Segundo párrafo del art. 380 CP

La LO 15/2007 ha modificado este precepto, a mi modo de ver, de manera positiva. El actual art. 380.2 CP reza: “A los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en la que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior”.

El art. 381. 2 CP, introducido por la reforma del CP operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, establecía: “En todo caso, se considerará que existe temeridad manifiesta y concreto peligro para la vida o la integridad de las personas en los casos de conducción bajo

³⁷ MORENO ALCÁZAR, Los delitos de conducción temeraria, 2003, 120 ss.; ALCÁCER GUIRAO, La LLPenal 10 (2004), 12 s.; MAGALDI PATERNOSTRO, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, Comentarios PE II, 2004, 1716; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, PE, 2004, 828 GANZENMÜLLER/DE LAMO RUBIO/ROBLEDO VILLAR/ESCUDERO/FRIGOLA, Delitos contra la seguridad del tráfico, 2005, 232; GUÉREZ TRICARICO, LL 2005-4, 1747 s.; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO (dir.)/MORALES (coord.), Comentarios PE, 5ª, 2005, 1459; ORTS BERENGUER/ALONSO RIMO, RGDP 4 (2005), 9 ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, Derecho penal de la circulación, 2006, 416 ss.; MUÑOZ CONDE, PE, 17ª, 2009, 644 ss.

³⁸ LUZÓN PEÑA, en: CANO/CARBONELL/DE LLERA/LUZÓN/MARTÍNEZ, Derecho penal y seguridad vial, 2007, 32 s. Este autor, desde mi punto de vista con razón, considera que dicha presunción del peligro concreto suponía una vulneración frontal del principio de ofensividad, y que también supondría una vulneración de tal principio que el se estableciese una presunción de peligro abstracto.

los efectos de bebidas alcohólicas con altas tasas de alcohol en sangre y con un exceso desproporcionado de velocidad respecto de los límites establecidos”.

Este precepto fue criticado por todos los autores que se ocuparon de él¹, siendo las críticas variadas, así como las propuestas de interpretación del precepto.

Lo más criticable es la presunción del peligro concreto. Una lectura literal del anterior art. 381.2 CP llevaría a afirmar que este precepto daba por sentado que en todos aquellos casos en que se conduzca en las condiciones por él descritas habría un peligro concreto para la vida o la integridad de las personas.

Ya hemos visto más arriba que para que pueda afirmarse la existencia del peligro, éste debe haber sido real, es decir, debe haber una amenaza efectiva del bien jurídico protegido¹. Esta lectura literal del anterior art. 381.2 CP llevaba a desvirtuar la noción de peligro concreto, por ello la doctrina intentó dar interpretaciones distintas a la puramente literal¹.

A partir de la LO 15/2007 se mantiene únicamente la presunción de temeridad, lo que, desde mi punto de vista, hace que el precepto mejore considerablemente. Se pueden resaltar, sin embargo, algunas cuestiones criticables. En primer lugar, se van a considerar delito dos conductas cuya antijuridicidad, como ya he mencionado es puramente formal, al consistir simplemente en la superación de determinados límites tasados, bien de velocidad o bien de alcohol. Desde mi punto de vista, todo delito debe estar dotado de cierto grado de antiuridicidad material, en este sentido, creo que la interpretación de estas conductas deberá hacerse desde la exigencia de cierta peligrosidad de las mismas de manera que pueda afirmarse la presencia de cierto riesgo, abstracto, pero real. Ahora bien, la literalidad del precepto, desde luego, no lo exigirá. La segunda cuestión criticable consiste en que tal y como está redactado el precepto, “A los efectos de este precepto se reputará manifiestamente temeraria...”, se podría dar la paradoja de que se interpretase que sólo se considerarían temerarias las conductas del art. 379 y no otras, en vez de considerar que se trata de una presunción ejemplificativa. La tercera cuestión es que en el precepto puede

³⁹ Para algunos autores lo que el legislador consideraba peligro concreto era en realidad un peligro abstracto, en cuanto no era necesario probar que se había producido un resultado de peligro. Así, ALCÁCER GUIRAO, LLPenal 10 (2004), 14 ss.; MAGALDI PATERNOSTRO, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), Comentarios PE II, 2004, 1719; CARMONA SALGADO, en: COBO (coord.), PE, 2ª, 2005, 810; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO (dir.)/MORALES (coord.), Comentarios CP PE, T III, 5ª, 2008, 416. Para otros autores debía realizarse una interpretación restrictiva del precepto hasta el punto de exigir la presencia de un peligro concreto. Así, ORTS BERENGUER/ALONSO RIMO, RGDP 4 (2005), 14 ss.

⁴⁰ SSTS 1561/1997, de 16 de diciembre; 1082/1999, de 28 de junio; 1550/2000, de 10 de octubre; 208/2001, de 16 de febrero; 2147/2002, de 5 de marzo; 270/2005, de 22 de febrero.

⁴¹ En este sentido se ha manifestado la mayoría de la doctrina, así, DE VICENTE MARTÍNEZ, EDJ 114 (2007), 349; MORILLAS CUEVA/SUÁREZ LÓPEZ, en: MORILLAS (Coord.), Delincuencia en materia de tráfico, 2007, 321; HORTAL IBARRA, en: MIR/CORCOY (dirs.), Seguridad vial, 2008, 154 ss.;

parecer necesario que se den las dos circunstancias conjuntamente, esto es, la superación de la tasa de alcohol y la superación del límite de velocidad. -Aunque la literalidad del precepto no hace obligatoria esta interpretación, puesto que la conjunción “y” puede considerarse como acumulativa o disyuntiva, hubiera sido mejor que se utilizase la conjunción “o”. Debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia considera que existe temeridad manifiesta cuando se dan cualquiera de las dos condiciones sin que sea preciso que se produzcan a la vez, y además en muchas resoluciones se considera manifiestamente temeraria la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas independientemente de la tasa de alcohol⁴². En cuarto lugar, como he mencionado más arriba, las presunciones casan mal con el Derecho penal. Por ello abogo por la supresión de este precepto que no añade nada y sin embargo puede llevar a confusión. No añade nada porque en los casos en que se den los supuestos del art. 379 y además, como exige el art. 380.1 CP, se ponga en concreto peligro la vida y la integridad de las personas, dada la gravedad de las conductas, normalmente se considerará conducción manifiestamente temeraria, por haber infringido el sujeto normas elementales de cuidado. Pero no sólo estas conductas pueden ser temerarias, porque, atendiendo a los supuestos concretos, una velocidad mucho menor

⁴² La situación era distinta en el anterior CP desde la L 8-4-1967 y antes de la reforma de la LO 3/1989, de 21-6, cuando la comisión por cualquier clase de imprudencia, incluyendo la temeraria o grave, de una falta (de un hecho que con dolo sería falta) contra las personas o de daños estaba castigada asimismo como falta en los arts. 586,3.º y 600 (mientras que desde la reforma de 1989 ya en el CP anterior y en el art. 621 del CP actual es atípica la producción imprudente de hechos que con dolo serían faltas). Por eso era perfectamente posible que como consecuencia de delitos de peligro que implican imprudencia grave como la conducción con influencia de bebidas o la conducción temeraria se produjera, yendo más allá del simple peligro, un resultado de lesiones leves o daños leves, que eran punibles como falta imprudente, por lo que se planteaba la cuestión del concurso entre el delito de peligro y la falta imprudente de lesiones o daños, que el art. 340 bis a, penúltimo párr., había optado por resolver como concurso de leyes conforme a la regla de la alternatividad. Cfr. al respecto y sobre los cambios producidos desde 1989 LUZÓN PEÑA, Derecho Penal de la Circulación, 2ª, 1990, 227 ss., 230-234. El Proyecto de LO, de 15 de enero de 2007, cambia sustancialmente las consecuencias penales para los supuestos de homicidio imprudente. Así, el nuevo art. 142.1 quedaría redactado con el siguiente tenor: “El que por imprudencia causare la muerte de otro será castigado como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de seis meses a dos años. Si la imprudencia fuera grave la pena será de dos a cuatro años de prisión”. Ningún homicidio tendría la calificación de falta en el CP. Tanto si se comete meramente por imprudencia como si se comete por imprudencia grave, sería considerado delito. Por su parte, el delito de lesiones imprudente no se modifica, distinguiéndose entre delito y falta igual que en el CP actual. Es necesario reseñar que en el Anteproyecto de modificación parcial del CP, aprobado por el Consejo de Ministros celebrado el 17 de julio de 2006, la reforma que se proponía en este ámbito era mayor, porque afectaba no sólo al delito de homicidio, sino también al delito de lesiones. Concretamente el art. 152 del Anteproyecto sancionaba al que por imprudencia causare las lesiones del art. 147.1, con la pena de prisión de tres a seis meses; con la pena de prisión de uno a tres años, al que causare por imprudencia las lesiones del art. 149; con la pena de prisión de seis meses a dos años, si las lesiones causadas por imprudencia fueran las del art. 150. La pena se imponía en su mitad superior si las lesiones fueran cometidas por imprudencia grave.

también puede ser temeraria, u otras infracciones como saltarse un semáforo en rojo, un stop, un paso de cebra, etc.¹

3. Relevancia de los delitos contra la seguridad vial en la consideración de la gravedad de la imprudencia.

Hasta aquí he tratado de explicar brevemente cuáles son las conductas tipificadas como delitos de peligro en los ámbitos relacionados con la seguridad vial. Se trata de conductas que recoge el CP y por tanto conductas consideradas graves y nocivas para la sociedad. La cuestión que planteo en este epígrafe es la siguiente: si un sujeto realiza una conducta tipificada en el CP como alguno de los delitos de peligro que hemos analizado y se deriva de tal conducta un resultado lesivo imprudente, ¿será relevante para la valoración de la gravedad de la imprudencia el hecho de que la conducta realizada esté tipificada como delito?

Debe tenerse en cuenta que la calificación de un hecho como imprudencia grave o leve es sumamente relevante puesto que los homicidios o lesiones cometidos por imprudencia leve serán considerados faltas (a excepción, y sería el único caso posible de las lesiones del art. 147.2 CP que pueden ser faltas también cuando la imprudencia sea grave)¹.

Desde mi punto de vista, cuando un sujeto ha cometido un delito de peligro y el peligro se materializa en un resultado lesivo se podrá afirmar siempre que se den determinados requisitos, que dicho resultado lesivo será imputable como imprudencia grave y no será posible la imputación a título de imprudencia leve.

Los requisitos para poder afirmar lo expuesto son:

1º) Que el sujeto cumpla los criterios para poder ser considerado autor del resultado lesivo que se haya producido. Es decir, siempre que con su conducta haya determinado objetiva y positivamente el hecho.

2º) **Que se pueda afirmar la imputación objetiva entre el resultado lesivo y la conducta tipificada como delito de peligro. Esto es, que el resultado sea concreción de la conducta realizada.**

3º) Que no haya dolo eventual. Sigo a LUZÓN PEÑA cuando considero que habrá dolo eventual cuando el sujeto no pueda confiar racional y fundadamente en la no producción del resultado. Es decir, la aceptación o consentimiento, propio del dolo eventual, sólo se

⁴³ LUZÓN PEÑA, PG I, 1996, 418 ss.

⁴⁴ Igual, CORCOY BIDASOLO, en: MIR/CORCOY (dirs.), Seguridad vial, 2008, 91.

excluye por una confianza mínimamente fundada de forma objetiva, aunque errónea, en que no se produzca el hecho¹.

Una vez cumplidos los anteriores requisitos, la conducta debería poder calificarse de imprudencia grave. Ello, porque cumplirá las características que con carácter general he mencionado que debía reunir la imprudencia para ser calificada de grave. La conducta, que habrá rebasado el riesgo permitido, será peligrosa sin lugar a dudas puesto que el propio legislador penal la habrá escogido y tipificado como delito de peligro precisamente por la constatación de que se trata de un tipo de conducta especialmente peligrosa, tanto cuantitativa como cualitativamente. En cuanto a la clase de norma que transgrede el sujeto, se trata de una norma penal, por lo que se podrá afirmar que el propio CP considera dichas conductas graves. En cuanto a la previsibilidad objetiva del resultado tampoco será discutible, porque precisamente para cualquier sujeto deberá ser previsible que de una conducta tipificada como peligrosa en el CP se pueden derivar resultados lesivos, en la medida en que se tipifiquen como delitos de peligro aquellas conductas en las que se constata su potencialidad lesiva. El CP ejerce, en este sentido, una importante función de llamada de atención para los ciudadanos.

Lo anterior me parece indiscutible desde luego en los supuestos en los que el sujeto haya cometido el delito del art. 380.1, esto es cuando haya conducido de manera manifiestamente temeraria. Ya se ha visto más arriba que por conducción temeraria debe entenderse precisamente aquella en la que el sujeto transgrede normas elementales de cuidado¹.

En el supuesto en que el sujeto haya conducido bajo la influencia del alcohol o de otras sustancias tóxicas, de la misma manera se podrá afirmar que el sujeto ha infringido una norma elemental de cuidado y que por tanto ha infringido gravemente el deber de cuidado, puesto que partimos de que las conductas tipificadas en el CP son conductas graves. Si el resultado lesivo es imputable a esa infracción podrá catalogarse la conducta como imprudencia grave.

No creo que sea relevante a estos efectos el hecho de que en el primer caso se trate de un delito de peligro concreto y en el segundo de un delito de peligro abstracto, puesto que estamos ante supuestos en los que el peligro –concreto o abstracto- ya se ha materializado en un resultado lesivo imputable al riesgo creado por el sujeto.

⁴⁵ No se debe olvidar además que conforme al art. 380.2 dicha conducta se calificará como manifiestamente temeraria.

⁴⁶ Por ende, la conducta encajaría en el art. 380.1 porque parece evidente la puesta en peligro del conductor del coche (B)

Pueden plantear más problemas los supuestos en los que la conducta consiste en superar determinados límites de velocidad o tasas de alcohol y, sobre todo, la presunción contenida en el art. 380.2 CP conforme a la cual la conducción superando tales indicadores se considerará temeridad manifiesta. Ahora bien, con todas las críticas que se pueden hacer a esta forma de legislar, creo que ello tampoco afectará a la tesis que mantengo.

Se puede plantear algún ejemplo con el que aclarar esta cuestión. Supongamos que un sujeto (A) va conduciendo por una autovía a 202 Kms/h y debido a ese exceso de velocidad no puede frenar a tiempo cuando un coche (B), que iba delante de él, se pone a adelantar a otro vehículo. Se produce un choque en el que fallece el conductor del coche (B) ¿Cómo calificaremos la conducta del conductor (A)? Desde luego, conforme a la regulación actual se puede afirmar que A ha cometido un delito contra la seguridad vial del art. 379.1 CP, puesto que superaba los límites de velocidad establecidos en tal precepto⁴⁷. Es a su vez autor del delito de homicidio imprudente⁴⁸, porque con su conducta ha determinado objetiva y positivamente el hecho y se puede afirmar también que el resultado lesivo es imputable a la conducta de A. ¿Cómo calificaremos la imprudencia? En mi opinión lo coherente será calificarla de grave, puesto que el sujeto ha transgredido una norma de cuidado que el ordenamiento jurídico –criticable o no- considera elemental, puesto que la ha tipificado como delito⁴⁹. Sería, desde mi punto de vista contradictorio, alegar por un lado que determinadas conductas constituyen delito y por otro, cuando a esa conducta le es imputable un resultado lesivo, afirmar que no se ha infringido una norma elemental de cuidado, porque no hay normas más elementales que las incluidas en el CP. Otra cuestión es si determinadas conductas que se tipifican no cumplen los requisitos necesarios para ser tipificadas, pero eso es una cuestión de mejor o peor técnica legislativa y habrá que pedir que se excluyan del CP aquellos delitos que no cumplan con los principios básicos del Derecho penal, tales como el principio de ofensividad, subsidiariedad, *ultima ratio*, etc. En mi opinión, sólo en aquellos casos en los que la legislación fuera tan nefasta que se pudiera afirmar que la conducta tipificada como delito de peligro no constituye en realidad ningún peligro, ni siquiera remoto, se podría cuestionar la tesis que sostengo.

Por supuesto, que en todos los casos habrá que estar al hecho concreto, sobre todo para valorar si el resultado lesivo es concreción del riesgo generado por el autor –a través de la realización de un delito de peligro- o es la concreción de otros riesgos, porque en ese

⁴⁷ Incluso ha calificado de temeridad manifiesta las conductas tipificadas en el art. 379 CP

⁴⁸ Extensamente sobre esta doctrina del TS y sus inicios, LUZÓN PEÑA, Derecho penal de la circulación, 2ª, 1990, 73 ss.

⁴⁹ LUZÓN PEÑA, Derecho penal de la circulación, 2ª, 1990, 75; JESCHEK /WEIGEND, PG, 2002, 619 s.

caso quizás no le sea imputable el resultado a ese riesgo o al menos no completamente y ya he expuesto que uno de los requisitos es que el resultado sea imputable a la conducta del autor. Al hilo de esta cuestión adquiere especial relevancia la conducta de la víctima, porque la jurisprudencia y parte de la doctrina considera que dicha conducta puede tener el efecto de que una imprudencia *a priori* grave del autor pueda rebajarse a leve. A esta cuestión le dedico el epígrafe siguiente.

4. Relevancia de la conducta de la víctima

El TS a partir de los años 70 inicia la denominada doctrina de la “conurrencia de culpas”, en virtud de la cual considera que debe medirse la incidencia causal de cada conducta (la del autor y la de la víctima) en el resultado para atribuir éste al autor y a la víctima en proporción a la diferente contribución de cada una en la producción del daño¹. A través de esta doctrina el TS considera la posibilidad de rebajar una imprudencia, en principio grave, a leve. Lógicamente el TS valora también la contribución al hecho de terceros, pero en este apartado sólo haré referencia a las conductas del autor y de la víctima.

La objeción más importante que se efectúa a esta doctrina es que reduce el problema de la relevancia de la conducta de la víctima a un problema de causalidad, y ello resulta erróneo porque la importancia de la contribución de una conducta al resultado para nada afecta a la relación de causalidad, es decir, la relación de causalidad existirá o no independientemente de lo mínima que sea la contribución, puesto que una acción es o no causal para el resultado, pero no es más o menos causal¹.

En la actualidad, el TS sigue aplicando esta teoría, pero va cambiando su fundamentación, trasladando la cuestión del análisis de la relación de causalidad al ámbito de la teoría de la imputación objetiva (SSTS 17-7-1990, 20-2-1990, 29-2-1992, 17-9-1999, 1548/2000, de 5 de octubre, 207/2001, de 16 de febrero; 681/2001, de 24 de abril, 282/2005, de 4 de marzo).

En mi opinión, en los supuestos en que la producción de un resultado lesivo no se debe a una única conducta imprudente, sino que la actuación imprudente de una persona influye causalmente en la producción del resultado junto con o a través de otra u otras conductas

⁵⁰ LUZÓN PEÑA, ADP 1989, 902; *Derecho penal de la circulación*, 2ª, 1990, 85 ss.; Estudios Penales, 1991, 199 ss.; PG I, 1996, 507 ss.; CUERDA RIEZU, ADP 1992, 502 ss.; PÉREZ MANZANO, Autoría, 1999, 97 s.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en FERNÁNDEZ (dir.), Responsabilidades por riesgos laborales en la edificación, 1999, 219 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en LUZÓN (dir.), EPB, 2002, 170 ss.; ROSO CAÑADILLAS, Autoría, 2002, 594 ss.

⁵¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN, Relevancia de la actuación de la víctima, 2004, 57 s.

no dolosas –de la propia víctima-, lo verdaderamente problemático será determinar si se dan o no los elementos del delito imprudente, desde la propia infracción del deber de cuidado, pasando por la relación causal -que en algún supuesto excepcional podrá ya faltar, pero que en general podrá constatar su existencia-, la comprobación del cumplimiento de los requisitos necesarios para afirmar la autoría –debe tenerse en cuenta que yo participo de la posición doctrinal que considera que la participación imprudente no es punible¹- hasta la imputación objetiva del resultado a la conducta. Una vez en este punto, en el que podemos decir que el sujeto ha cometido un delito imprudente, es donde nos plantearemos si la conducta de la víctima tiene alguna relevancia para determinar la gravedad o la levedad de la imprudencia del autor.

Estoy de acuerdo con DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN¹, en que la propia terminología “autor” y “víctima” es poco correcta si no se aclara el contexto en el que se utiliza, pues, precisamente, en determinados casos puede resultar que quien ha sufrido la lesión de algún bien jurídico propio acabe por no ser considerado sujeto pasivo de una infracción penal, o sea, víctima, y, del mismo modo, el llamado autor puede que, tras el análisis correspondiente, no resulte autor de delito o falta alguna, autor penalmente responsable, o ni siquiera autor en sentido de quién reúne las características propias de la autoría (por ejemplo, se le acabe considerando un mero favorecedor de una autolesión de la que es autor –no penalmente responsable- la “víctima”, o sea, el que la sufre).

También debe destacarse que cuando se alude a la relevancia de la conducta de la víctima bajo este epígrafe se suelen estudiar supuestos muy diversos. Así, se analizan los casos en los que “autor” y “víctima” cometen, ambos, sendas conductas imprudentes y de la confluencia de ambas se produce un resultado lesivo, por ejemplo: -A conduce su coche por la autopista a 180 Kms/h y choca con B quien se incorpora a la autopista bruscamente y sin utilizar el carril de incorporación a la vía, debido al choque, A muere-; los casos denominados “heteropuestas en peligro consentidas”¹, por ejemplo: –A accede a montarse en el coche de B a pesar de saber que B ha bebido mucho y que está muy borracho, como consecuencia de la influencia del alcohol, B pierde el control del coche y choca contra un árbol. A pierde la vida en el accidente-; o las denominadas “autopuestas en peligro”¹, por

⁵² Terminología propuesta por ROXIN, Problemas básicos, 1976, 183 ss.

⁵³ ROXIN, Problemas básicos, 1976, 183 ss.

⁵⁴ El principio de confianza es un principio aceptado unánimemente por la doctrina; cfr. por todos, WELZEL, Das Deutsche Strafrecht, 11^a, 1969, 132 ss.

ejemplo: –Un sujeto accede, animado por B, a participar en una carrera de motos donde sabe que tendrá que realizar maniobras extraordinariamente peligrosas. El sujeto muere porque al realizar una de esas maniobras se cae de la moto-.

A pesar de que los temas relacionados con las heteropuestas y autopuestas en peligro son sumamente interesante no voy a referirme a ellos en este trabajo, por razones de espacio y porque además se trata de supuestos en los que, a pesar de que el comportamiento de la víctima tiene relevancia, éste no va a incidir en la posible gravedad o levedad de la imprudencia cometida por el autor. Por ello, sólo me referiré a los supuestos de nominados como “conurrencia de imprudencias”.

4.1. Principio de confianza

Como consideración previa debe señalarse que en el tráfico rodado rige el principio de confianza, principio creado por la jurisprudencia y aceptado por la doctrina. Según este principio, “el participante en el tráfico puede confiar en que los demás se comporten también correctamente, mientras no conste lo contrario por circunstancias especiales del caso”⁵⁵.

El principio de confianza sirve para restringir el ámbito del deber objetivo de cuidado, delimitando en qué casos los riesgos procedentes de terceros o de la víctima deben ser controlados por el sujeto. Ahora bien, el principio de confianza está sujeto a restricciones: la primera es la que se ampara bajo el principio de defensa, que sirve para proteger a determinados grupos de personas como niños, ancianos, minusválidos, etc., de los que es posible prever, por sus características, comportamientos “anormales”. Por ejemplo, comportamientos repentinos, impulsivos, excesivamente rápidos o excesivamente lentos. También quiebra el principio de confianza en aquellos casos en los que el sujeto tiene ya motivos para pensar que el otro participante en el tráfico no se va a comportar correctamente, por ejemplo, porque comienza a realizar una conducta incorrecta. En todo caso, al sujeto no se le puede exigir la previsión de lo imprevisible, es decir, el principio de confianza puede servir de criterio de selección de las conductas peligrosas de terceros o de la víctima que deberán ser abarcadas por el deber objetivo de cuidado. Ahora bien, sólo podrán considerarse entre éstas las que *ex ante* fuesen cognoscibles para el autor. Por

⁵⁵ Ampliamente, CORCOY BIDASOLO, El delito imprudente, 1989, 170 ss.; en: MIR/CORCOY (dirs.), Seguridad vial, 2008, 84 ss.

⁵⁶ WELZEL, AT, 11ª, 1969, 133; CEREZO MIR, PG II, 5ª, 1997, 161 ss; CRAMER, StGB Kommentar, 21ª, 2001, 289; JESCHECK/WEIGEND, PG, 2002, 607 s.; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 5ª, 2004, 386 ss.

ejemplo, atendiendo al principio de defensa, sólo en la medida en que sea cognoscible para el autor que la víctima o un tercero es un niño, un anciano o un loco, se le puede exigir “prever” reacciones “imprevisibles”⁵⁷.

Por otra parte, se suele limitar el principio de confianza a los casos en que el sujeto ha actuado correctamente⁵⁸.

Una parte de la doctrina considera que también se podrá apreciar el principio de confianza cuando el autor ha actuado incorrectamente⁵⁹. En mi opinión, un sujeto que, por ejemplo, se salta un semáforo en rojo, no puede confiar en que, dado que la visibilidad es buena, el coche que debe arrancar porque tiene el semáforo en verde, no lo hará porque le verá y esperará. Es decir, creo que el principio de confianza no puede justificar la propia conducta imprudente, pero también es cierto, que la conducta imprudente del sujeto no puede dar lugar a que deba responder por la conducta imprudente de otros participantes en el tráfico. Por ejemplo, en los supuestos de choques en cadena, el primer conductor que causa, por su comportamiento imprudente, el primer choque, no puede responder por todos los choques que se causen a continuación, porque estos conductores no guardaban, a su vez, la distancia de seguridad exigida que les hubiera permitido frenar⁶⁰.

Hechas estas consideraciones previas sobre el principio de confianza, se pueden ya analizar los supuestos más frecuentes de conducta relevante de la víctima en el ámbito del tráfico rodado.

4.2. Concurrencia de imprudencias

Considero, siguiendo a LUZÓN PEÑA, que en los supuestos de concurrencia de imprudencias es especialmente importante decidir cuáles de las conductas imprudentes son de autoría y cuáles no, pues, además, si se parte de la idea, como en este trabajo defiendo, de que la

⁵⁷ CORCOY BIDASOLO, El delito imprudente, 1989, 171.

⁵⁸ ROXIN, Problemas básicos, 1976, 149 ss.; RUDOLPHI, Causalidad e imputación objetiva, 1998, 56 s. Opinan estos autores, con los que estoy de acuerdo, que el primer causante del daño puede en principio confiar en que terceros, incluso la misma víctima, se comporten cumpliendo el deber; es decir, que aquél solamente debe contar con daños contrarios al deber producidos por terceros o por la propia víctima, cuando para ello existan en el caso particular señales o indicios especiales. La aplicación del principio de confianza no se puede excluir con el argumento de que el mismo autor ha actuado contrariamente al deber, pues ello llevaría a un *versari in re illicita*. En contra una delimitación del ámbito de responsabilidad con ayuda del principio de confianza, PUPPE, La imputación objetiva, 2001, 114 ss.

⁵⁹ LUZÓN PEÑA, Derecho penal de la circulación, 2ª, 1990, 78 ss.; PG, I, 1996, 526 ss.

⁶⁰ Siguen esta tesis, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en FERNÁNDEZ (dir.), Responsabilidades por riesgos laborales, 1999, 204 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN, Relevancia de la actuación de la víctima, 2004, 62 ss;

participación imprudente es impune, de quien resulte sólo partícipe no tiene sentido seguir indagando siquiera sobre la concurrencia de otros elementos del tipo objetivo, en concreto la imputación objetiva⁶¹.

Sólo cuando se compruebe que la conducta del sujeto es de autoría, entendiendo que es su conducta la que ha determinado objetiva y positivamente el hecho, deberemos seguir investigando si el resultado concreto es imputable a la conducta del autor⁶¹. Si se puede afirmar que el resultado producido es concreción de la conducta del autor, y, por tanto, que el resultado es imputable a dicha conducta, se podrá entrar a valorar si el comportamiento de la víctima puede ser relevante a efectos de rebajar la gravedad de la imprudencia del autor.

La jurisprudencia y una parte muy importante de la doctrina aceptan la posibilidad de que una imprudencia *a priori* grave pueda rebajarse a leve cuando la conducta imprudente de la víctima haya sido relevante en la producción del resultado lesivo, atendiendo, por un lado, a que en la conducta del autor pudiera concurrir una menor previsibilidad, probabilidad y aun evitabilidad del accidente y, por otro, entendiendo que no todo el riesgo que se realiza en el resultado es imputable al autor, lo que determina que, aun cuando su infracción de cuidado hubiera podido calificarse como grave, no toda ella se ha realizado *ex post* en el resultado y por tanto deberá calificarse como leve⁶¹.

En contra, otros autores consideran que la imprudencia grave del autor seguirá siendo grave, independientemente de cuál haya sido la conducta de la víctima⁶¹. Según estos autores, si una conducta imprudente es grave se debe a que la propia conducta tenía un alto grado de peligrosidad y de previsibilidad objetiva en cuanto a la producción del resultado, por lo que la entrada de un nuevo riesgo, como puede ser la conducta de la

⁶¹ Dan especial relevancia a la imputación objetiva, CORCOY BIDASOLO, El delito imprudente, 1989, 177 ss.; MIR PUIG, ADP 1991, 259 ss.

⁶² Así, LUZÓN PEÑA, Derecho penal de la circulación, 2ª, 1990, 77 ss; PJ 21,(1991), 134 s.; PG I, 1996, 527 s.; CANCIO MELIÁ, Conducta de la víctima, 1998, 124 s. (aunque este autor lo fundamenta en la tesis de la competencia por organización); BONET ESTEVA, La víctima del delito, 1999, 136 ss; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 5ª, 1999, 633; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en: FERNÁNDEZ (dir.), Responsabilidades por riesgos laborales, 1999, 204 s.; CORCOY BIDASOLO/CARDENAL MONTRAVETA/HORTAL IBARRA, PJ 21 (2003), 61 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN, Relevancia de la actuación de la víctima, 2004, 63; CORCOY BIDASOLO, en: CORCOY/MIR (dirs.), Seguridad vial, 2008, 97.

⁶³ CEREZO MIR, PG II, 5ª, 1997, 175 s; GRACIA MARTÍN, Comentarios PE, 1997, 100 s.; ROSO CAÑADILLAS, PJ 46 (1997), 282 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, EP-Ruiz Antón, 2004, 447; Cobo del ROSAL/SÁNCHEZ VERA, CPC 82 (2004), 15 s; ROPERO CARRASCO, en: CUERDA (dir.), La respuesta del Derecho penal, 2005, 135 ss.

⁶⁴ ROSO CAÑADILLAS, PJ 46 (1997), 282.

⁶⁵ GIMBERNAT ORDEIG, EP-Ruiz Antón, 2004, 447.

víctima, no hará que la primera conducta deje de ser grave. Ahora bien, algunos de estos autores reconocen que, cuando se pueda comprobar que, a pesar de ser el resultado imputable a la conducta del autor, la conducta de la víctima no permita hablar en puridad de una total imputación del resultado concreto a la conducta imprudente del autor, podrá tenerse en cuenta esta circunstancia en la medición de la pena, pudiendo apreciarse, incluso, una atenuante analógica. Según ROSO CAÑADILLAS, dicha analogía sería con aquellas atenuantes que se basan en una disminución del injusto, no por su parecido morfológico a ellas, sino por su *telos*¹. Por su parte, GIMBERNAT ORDEIG, también se muestra partidario de esta modulación en la determinación de la pena y realiza la analogía con los tipos privilegiados contenidos en los arts. 143.3 y 155 CP, aunque creo que esta solución es más adecuada para los casos de heteropuesta en peligro consentida, en que la víctima asume un riesgo, cuando, por ejemplo se monta en el coche con un conductor borracho o un conductor que no sabe conducir, etc. y es consciente de ello, de ahí la analogía con estos tipos privilegiados en los que la víctima quiere que la maten o que la lesionen¹.

La solución de este problema resulta compleja. Por un lado, parece difícil aceptar que si una conducta imprudente ya *a priori* es grave, por infringir normas elementales de cuidado, por ser peligrosa y porque de ella es previsible que se produzcan resultados lesivos, como los que se han producido en el caso concreto, se pueda posteriormente rebajar a leve por la conducta imprudente de la víctima. Pero, por otro lado, también es verdad que no parece que la solución pueda ser la misma cuando la víctima se ha comportado imprudentemente y dicho comportamiento ha tenido influencia en la producción del resultado, que cuando la actuación de la víctima ha sido correcta. Quizá la solución pase por diferenciar en cada supuesto si la conducta imprudente de la víctima, a su vez, es grave o leve. Me explico: si la conducta imprudente de la víctima es leve es probable que se pueda afirmar que la conducta imprudente grave del autor siga siéndolo, porque cuanto más leve sea la imprudencia de la víctima menos habrá influido en el resultado concreto, tal y como se produjo, y más previsible será para el autor. Sin embargo, a medida que la imprudencia de la víctima sea más grave, más habrá influido en la producción del resultado y menos previsible será para el autor. En la medida en que el grado de previsibilidad es un criterio para determinar la gravedad de la imprudencia se

⁶⁶ WELZEL, Das Deutsche Strafrecht, 11ª, 1969, 134; SCHÜNEMANN, FS-Lackner, 1987, 367 ss. (= ADP 1994, 307 ss.); CORCOY BIDASOLO, El delito imprudente, 1989, 107 ss; El delito imprudente, 2ª, 2005, 73 ss.; Delitos de peligro, 1999, 305 ss; CÓRDOBA RODA, CDJ-1993-I, 204; PAREDES CASTAÑÓN, El riesgo permitido, 1995, 112, ss.; LUZÓN PEÑA, PG I, 1996, 504; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, Lecciones II, 1999, 176; JESCHECK/WEIGEND, PG 2002, 626; ROXIN AT I, 4ª, 2006, 1068 ss. (= PG I 1997, 1001 ss.).

⁶⁷ BINA VINCE, Der vier Momente der Fahrlässigkeitdelikte, 1969, 77 s.

podrá considerar que en el supuesto concreto, en la producción de ese resultado concreto, tal y como se produjo, la conducta del sujeto constituye una imprudencia leve, por ser la conducta de la víctima altamente imprevisible.

5. La infracción de normas extrapenales

Hemos afirmado que los delitos de peligro son actuaciones imprudentes graves en los que la naturaleza de la actividad y la experiencia acumulada han permitido “tipificar” la norma de cuidado, la descripción legal de la acción típica es expresión de la valoración del riesgo. Por tanto, en los delitos de peligro, la descripción de la acción en su dimensión típicamente relevante, nos da la pauta de la norma y el deber objetivo de cuidado. Pero junto a las conductas tipificadas como delitos de peligro habrá otro elenco de conductas imprudentes no tipificadas como delito de peligro a las que se les pueda imputar un resultado lesivo. En estos casos, a diferencia de los anteriores, el legislador penal no se ha manifestado, pero en muchas de estas ocasiones – un claro ejemplo es la regulación sobre la circulación vial- nos encontramos con una regulación extrapenal exhaustiva en la que vienen indicadas solo pautas de conducta. En este apartado se analizará la importancia de estas normas extrapenales en la determinación de la conducta imprudente y posteriormente la relevancia de dichas normas en la valoración de la gravedad o levedad de la imprudencia.

5.1. La relevancia de las reglas técnicas en la determinación de la imprudencia penal

El ámbito de la circulación rodada está sujeto a una exhaustiva regulación extrapenal. Concretamente está regulado por el 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 y por el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre que aprueba el Reglamento General de Circulación, entre otras normas.

El papel que esa normativa extrapenal cumple en relación con la determinación y concreción de la medida de cuidado debido y del riesgo permitido es un tema ampliamente discutido en relación con los delitos imprudentes de resultado. La doctrina dominante entiende que la existencia de normas especiales no modifica el hecho de que el juicio sobre la infracción del deber de una conducta dependa de la concreción judicial de la medida general de cuidado, porque lo peligroso en abstracto puede no serlo en concreto

y, por muy perfecta que sea una reglamentación, sólo puede hacer referencia a los supuestos más usuales, sin tener en cuenta otras circunstancias concurrentes que pueden ser relevantes en el caso concreto y que pueden hacer que la infracción de la norma extrapenal no suponga una infracción del deber de cuidado o incluso que el cumplimiento de la norma extrapenal suponga una infracción del deber de cuidado. Sin embargo, dado el alto grado de precisión y detalle de estas normas, frente a la gran imprecisión del criterio relativo a la medida general de cuidado, suele decirse que tienen un valor indiciario del deber de cuidado¹. Por el contrario BINAVINCE afirma que si el sujeto cumple lo que él denomina “regla de conducta” no cabe calificar la conducta como realización típica¹. Recientemente también en España GIL GIL ha manifestado que una conducta cuidadosa para el Derecho administrativo no puede ser descuidada para el Derecho penal y viceversa¹.

En mi opinión, en las situaciones normales, en las que la conducta ostenta cierta peligrosidad, aunque sea remota, la infracción de esas normas, cuya finalidad consiste en la evitación de la producción de resultados lesivos para un bien jurídico penalmente protegido, implicará la creación de un riesgo no permitido que sirva de base a la imputación por imprudencia¹. Para ello es preciso realizar algunas observaciones.

1. Estoy de acuerdo con PAREDES CASTAÑÓN en que para que un conjunto de reglas determine una única pauta de valoración las mismas han de constituir un sistema normativo: un conjunto de normas con una serie de metarreglas para los casos de concurrencia de las mismas sobre un objeto de regulación, con la finalidad de que la

⁶⁸ GIL GIL, El delito imprudente, 2007, 265 ss. Esta autora entiende que entre la infracción penal y la infracción administrativa existe sólo una diferencia cuantitativa y afirma en que los únicos casos en los que la infracción de la norma extrapenal no suponga a su vez una infracción penal serán 1) los casos en que la infracción de la norma extrapenal no tenga la suficiente gravedad para constituir un ilícito penal; 2) aquellos supuestos en los que la infracción de una cautela extrapenal haya sido sustituida por otra cautela también admitida en la normativa extrapenal; c) la tercera posibilidad vendría integrada por aquellos casos en los que la norma infringida fuera una norma antepuesta de las que darían lugar, si el legislador hubiera decidido castigar estas modalidades, a una participación o un acto preparatorio imprudente. Según GIL GIL, la idea de que la infracción de la normativa extrapenal es sólo un indicio para la constatación de un injusto penal es sólo cierta si se está pensando en que además debe comprobarse la gravedad del injusto penal, y, desde luego, no podrá excluirse la tipicidad penal con el argumento de que se trata de un riesgo permitido.

⁶⁹ ROXIN, AT I, 4ª, 2006, 1068 (= PG I 1997, 1001.)

⁷⁰ PAREDES CASTAÑÓN, El riesgo permitido, 1995, 112.

⁷¹ SCHÜNEMANN, FS-Lackner, 1987, 367 ss.; ROXIN, AT I, 4ª, 2006, 1068 ss. (= PG I, 996 ss.). En contra GIL GIL, El delito imprudente, 2007, 273 s. Opina esta autora que es indiferente el carácter normativo o no de las regulaciones extrapenales porque estas reglas se incorporan al tipo para integrar el elemento normativo “conducta descuidada” y el ordenamiento da por buena la realización de tal manera de la actividad al admitirla. Las reglamentaciones extrajurídicas de determinadas actividades implican también la ponderación de intereses en juego.

regulación definitiva de dicho objeto no sea contradictoria¹. Por lo tanto, para que pueda predicarse un juicio de desvalor de acción, será preciso en todo caso que exista un incumplimiento de dicho conjunto sistemático de reglas de conducta: una conducta contraria al sentido normativo obtenido a partir del conjunto del sistema. Habrá que atender, además, al conjunto normativo en materia de circulación vial, distinguiendo del conjunto de normas, aquellas cuya finalidad directa es la evitación del resultado dañoso de aquellas otras que tienen finalidades organizativas o políticas.

2. Es importante *diferenciar según la procedencia de las reglas*. Por un lado, aquellas reglas aprobadas por el legislador a través de leyes o reglamentos con las que trata de conjurar peligros provenientes de un determinado sector (así, por ejemplo el ámbito de la circulación). Cada una de estas reglas es fruto, o debería serlo, de una ponderación de intereses en juego: 1º) la necesidad de la actividad de que se trate; 2º) la cantidad probabilística de riesgo que supone el incumplimiento de esa regla; 3º) la merma de utilidad y eficacia de la actividad por la limitación derivada de la existencia de la regla.

Otro grupo de reglas pueden provenir de reglamentaciones que se crean por asociaciones o consorcios de intereses privados, por ejemplo en el terreno técnico, deportivo, etc. O, por ejemplo, a través de Protocolos en el ámbito médico.

Desde mi punto de vista, no se puede atribuir a estos preceptos la misma trascendencia que a las prohibiciones provenientes del legislador, puesto que las instituciones que los crean pueden tener otros intereses distintos, en los que influyan determinados grupos de presión¹.

Pues bien, cuando se infringen reglas de cuidado provenientes del legislador, por tanto normas jurídicas cuya finalidad es evitar el resultado dañoso, deberá reconocerse la peligrosidad, al menos en abstracto, de dicha conducta. La unidad y la coherencia intrasistemática del ordenamiento jurídico exigen hacerlo. Y, desde mi punto de vista, no es un simple indicio, sino que será un indicio bastante cualificado de la posible infracción imprudente. Es verdad que estas reglas se establecen para casos *estándar* y que deberá analizarse el caso concreto para comprobar otros factores concurrentes y la influencia de la infracción de la regla en la creación del peligro, pero podemos afirmar que la infracción de una regla técnica que tenga como finalidad la evitación del resultado producido creará un peligro que, al menos probabilísticamente, se constata como relevante, lo que quiere decir, a su vez, que en la mayoría de los casos dichas conductas son peligrosas en el ámbito

⁷² CORCOY BIDASOLO, El delito imprudente, 1989, 108 s.; El delito imprudente, 2ª, 2005, 93 ss.

⁷³ En las argumentaciones que expongo sigo las indicaciones que en diversas conversaciones me ha dado el Prof. LUZÓN PEÑA. Desde aquí mi agradecimiento por sus importantes sugerencias.

de la actividad de que se trate. Y que, a la inversa, cuando un sujeto actúa conforme a las reglas de cuidado establecidas, por ejemplo, respetando todas las normas de circulación, serán excepcionales los casos en que podamos afirmar la infracción imprudente. Esto sobre todo es trasladable a ámbitos de actividad donde las reglas que regulan dicha actividad son exhaustivas, por ejemplo el ámbito de la circulación.

3. Además de comprobar la presencia de la infracción de la regla extrapenal, para poder sancionar a un sujeto por un delito imprudente, será preciso comprobar que se cumplen los demás elementos objetivos del tipo de injusto, en particular los requisitos necesarios para afirmar la autoría y la imputación objetiva del resultado a la acción, especialmente importante en los delitos imprudentes, en los que sólo se castiga la infracción cuando está consumada, y comprobar asimismo la ausencia de causas de justificación. Por ello, en el siguiente ejemplo propuesto por CORCOY BIDASOLO¹, referido al ámbito de la circulación no me acaban de convencer en todos sus extremos sus conclusiones y la fundamentación de las mismas¹: “A, conduciendo atentamente, observa que saltándose un semáforo en rojo no crea ningún peligro efectivo y evita, al mismo tiempo, que el coche que le sigue –del que ha advertido que no tiene tiempo de frenar- le embista por detrás. En este caso, afirma CORCOY, pese a infringir el deber de cuidado genérico –no detenerse ante un semáforo en rojo- no ha infringido el deber objetivo de cuidado”. Desde mi punto de vista este ejemplo es problemático por diversas razones: (a) En primer lugar, porque es discutible si realmente no se infringe el deber (penal) de cuidado con tal conducta; CORCOY no plantea el caso con resultado lesivo, lo cual en principio parece confirmar que era correcta la apreciación de que no se creaba ningún peligro efectivo, pero en determinadas circunstancias sí habrá pese a todo peligrosidad, aunque más remota, en tal conducta, por lo que se podrá afirmar la existencia de infracción del deber de cuidado frente a bienes jurídicos. (b) No obstante, aunque haya infracción del deber de cuidado, si seguimos operando con un caso sin resultado lesivo, difícilmente podremos hablar de una infracción penalmente relevante como delito imprudente de resultado consumado (otra cosa es si pudiera constituir o no la base de un delito de peligro de conducción temeraria). (c) Por el contrario, si se apreciara infracción del deber de cuidado en alguna hipótesis y variamos el caso de modo que haya algún resultado lesivo, entonces sí podrá haber un delito imprudente siempre que se den

⁷⁴ LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 505, donde añade: “pues en sentido neutro podrá hablarse de ‘descuido o desatención’, pero no en sentido normativo, pues no existía en absoluto un deber de cuidado o diligencia para intentar evitar esa actuación justificada”.

⁷⁵ En sentido parecido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, 135 ss.

los restantes elementos del tipo objetivo, especialmente la relación de imputación objetiva.

(d) Por último, es discutible el planteamiento del ejemplo porque para confirmar que el conductor no infringe el deber objetivo de cuidado, en el ejemplo no se opera únicamente con la hipótesis de que no era peligroso rebasar el semáforo en rojo, sino que se le añade una circunstancia que opera como explicación/justificación de la infracción reglamentaria: el peligro de que el vehículo de atrás choque al frenar el de delante; pero la discusión inicial del supuesto debería hacerse prescindiendo de este factor añadido.

En cuanto a esto último (d), a mi juicio las cuestiones anteriores deben discutirse previamente de modo independiente, es decir si puede haber o no un delito imprudente en rebasar un semáforo en rojo cuando el conductor ve que no va a crear peligro, prescindiendo de que lo haga por un motivo como el de evitar otro choque que pudiera constituir una causa de justificación o una modificación para el caso concreto del alcance del deber de cuidado.

a) *Infracción o no del deber de cuidado*. En principio parece correcto que, aunque haya una infracción reglamentaria, no existirá auténtica infracción del deber –penal– de cuidado en caso de certeza del conductor de que, al saltarse el semáforo en rojo, no va a crear peligro alguno para bienes jurídicos, lo que parece confirmarse si en efecto el vehículo cruza el paso con semáforo sin atropellar a ningún peatón porque nadie cruzaba la calzada o si el vehículo atraviesa el cruce de calles o carreteras sin que llegara ningún otro vehículo por la vía transversal y por tanto sin choque alguno. Pero esa calificación realmente no dependerá de si *a posteriori* no se produce ningún resultado lesivo, sino de si *ex ante* es plenamente correcta o no la apreciación del conductor de que no habrá peligro alguno pese a saltarse el semáforo, o sea de nula peligrosidad de su conducta.

a₁) Ello sucedería ciertamente –no infracción material del deber de cuidado– si el juicio del conductor objetivamente es plenamente fundado, porque se trate de un paso de peatones con semáforo ante el que no hay ningún peatón, pero en cuyas inmediaciones en ese momento tampoco hay personas que pudieran acercarse al mismo a intentar cruzarlo, o si es un cruce de vías, porque el conductor tenga plena visibilidad de las vías transversales y efectivamente no haya ni cerca ni lejos en las mismas vehículo alguno que pudiera llegar al cruce.

a₂) Pero si el juicio de no peligrosidad con el que opera el conductor fuera erróneo, infundado, o incluso ligeramente inexacto, entonces, al haber peligrosidad *ex ante*, la infracción reglamentaria formal implicará también materialmente una infracción (grave o leve) del deber penal de cuidado, que puede ser base para un delito imprudente. Así sucederá si por ejemplo, aunque el conductor que no respeta el semáforo en rojo ante un

paso de peatones piense que no va a crear peligro porque no hay ningún peatón pasando o dispuesto a pasar, hay personas cerca del semáforo aunque aparentemente no se dirijan al mismo o hay en las aceras edificios próximos con portales o comercios de los que pueden salir personas. Pues en tales casos, aunque no sea lo más frecuente, sí puede suceder que alguna persona decida de pronto dirigirse corriendo al paso de peatones y cruzarlo sin mirar a los vehículos confiando precisamente en que el semáforo estaba en verde para los peatones. O en el caso de que el semáforo esté ante un cruce de vías si, aunque sea correcta la visión del conductor de que por las vías transversales no haya circulando ningún vehículo próximo a llegar al cruce, no obstante no tenga plena visibilidad de toda la vía transversal, que esté en curva o que a su vez tenga alguna bocacalle y no vea por ello que a cierta distancia sí viene algún vehículo, o que haya algún vehículo aparcado pero no se dé cuenta de que se acaba de poner en marcha, o que vea circular un vehículo por la transversal pero a mucha distancia y crea por eso que aún tardará bastante en llegar al cruce. Pues en todos esos casos, nuevamente aunque no sea lo más frecuente, sí habrá una cierta peligrosidad no controlada en cruzar el semáforo en rojo, ya que puede suceder que alguno de esos vehículos que vinieran por la transversal, al ver el semáforo en verde para ellos, aceleraran y entraran a fuerte velocidad en el cruce al mismo tiempo que el otro vehículo y se produzca el choque.

a₃) En estos casos, existe *ex ante* peligrosidad no totalmente excluida ni controlada, lo que demuestra que la prohibición general de pasar con los semáforos en rojo tiene el sentido no sólo de evitar atropellos o choques en los casos en que es visible que otros participantes en la circulación viaria cruzan la calzada amparados por el semáforo en verde para ellos, sino también tiene la finalidad y la virtualidad de evitar esos otros peligros más remotos con peatones o vehículos más alejados del cruce, pero perfectamente posibles precisamente por la confianza que genera el que la luz semafórica verde les permite pasar y obliga a detenerse a los que la tienen en rojo. Por ello, si no está totalmente excluida la presencia de peatones o vehículos que pudieran llegar al cruce aunque sea corriendo o acelerando, habrá una infracción material del deber (penal) de cuidado para evitar homicidios, lesiones o daños. Esto significa que con carácter general se puede afirmar que la circunstancia de saltarse un semáforo en rojo es un indicio cualificado de que la conducta es imprudente. E insisto en que esa infracción existirá tanto si luego se concreta en un choque o atropello como si a posteriori no hay ningún resultado lesivo, bien porque, aunque llega a cruzar corriendo un peatón o un vehículo que acelera, sólo se produce peligro concreto pero se llega a evitar la lesión, o bien porque los peatones o vehículos, que sí estaban a cierta distancia y podrían haber intentado cruzar a gran velocidad, finalmente

no lo hacen o no llegan al mismo tiempo al cruce (peligrosidad o peligro abstracto solamente).

b) *Ausencia de resultado lesivo*. Ahora bien, en estos casos, por mucho que haya en los casos indicados infracción del deber de cuidado frente a la vida, la integridad y los bienes patrimoniales, si no se produce finalmente atropello ni colisión, no se dará el tipo completo del delito imprudente, que requiere la consumación. Otra cosa es que, aparte de la infracción administrativa concurrente, precisamente en materia de circulación rodada esa infracción del deber de cuidado pueda constituir un delito de peligro para la seguridad del tráfico, dependiendo de si la regulación legal requiere imprudencia temeraria y peligro concreto o si se conforma con el peligro abstracto, o incluso con una imprudencia menor.

c) *Producción del resultado lesivo*. Si por el contrario se llega a producir algún resultado lesivo por choque o atropello, tal infracción material del deber de cuidado sí dará lugar a un delito (o falta) imprudente, siempre que concurren los restantes requisitos del tipo subjetivo (imprudencia grave o leve, pero no levísima, en la muerte o lesiones; imprudencia grave en los daños de cuantía importante), y del tipo objetivo, especialmente que la conducta imprudente constituya autoría y no mero favorecimiento o participación objetiva en la autoría imprudente del otro sujeto (conductor o peatón, cuya conducta sea la que realmente determine objetivamente el curso del hecho) y relación de causalidad y de imputación objetiva con el resultado, necesarias para la consumación: y aquí cobra especial relevancia determinar el alcance del fin de protección de la norma, en este caso la norma de prudencia consistente en no rebasar los semáforos con luz en rojo, y si (a efectos penales) pretende abarcar también los casos en que por ejemplo se acaba chocando con otro vehículo que venía por la vía transversal a mucha distancia y acelera a gran velocidad para pasar el cruce aún con el semáforo en verde pero sin poder frenar.

d) *Infracción para evitar otro accidente*. Hasta aquí hemos examinado las posibilidades de calificación cuando el conductor se salta el semáforo en rojo por comodidad, por considerar –fundada o infundadamente– que no hay riesgo, pero sin ninguna razón objetiva que le obligue a hacerlo. En cambio, la calificación jurídica puede ser distinta si se añade el dato, como hace CORCOY en el ejemplo citado, de que el conductor infringe la norma reglamentaria porque ve que el vehículo que le sigue demasiado próximo no va a poder frenar y le golpeará si él se detiene ante el semáforo. Aquí caben dos tipos de argumentaciones para excluir la responsabilidad penal.

Una es negar ya en tal caso la propia infracción del deber de cuidado, sin tener que recurrir a una causa de justificación (que es lo que en definitiva sostiene CORCOY, sin mencionar expresamente esto último): la fundamentación sería que las normas de cuidado para evitar

lesiones de bienes jurídicopenalmente protegidos no sólo obligan a tener en cuenta las normas reglamentarias formales y generales, sino también normas de prudencia, algunas veces reconocidas ya como excepción en los propios preceptos legales o reglamentarios, pero que otras son normas no escritas derivadas de la común experiencia y del deber de no lesionar los bienes jurídicos; y como en tales normas de cuidado, escritas o no, siempre subyace una ponderación de intereses, el deber de cuidado frente a bienes jurídicos obligaría en casos como éste a ponderar ya si hay mayor riesgo en saltarse un semáforo cuando parece que no viene nadie próximo o en frenar con una gran probabilidad de colisión con el automóvil de detrás aunque sea por culpa del conductor de éste; en consecuencia se argumentaría que, si es mayor el riesgo de frenar, no habría infracción del deber de cuidado por pasar sin respetar el semáforo.

Ciertamente, esta argumentación es discutible si parte de que en el fondo de esa no infracción del deber de cuidado hay una colisión de deberes: el deber de no crear peligro, aunque sea remoto, al saltarse el semáforo y el deber de evitar si es posible la colisión que va a provocar con su imprudencia el vehículo trasero al no poder frenar; pues es dudoso si el deber de cuidado de quien conduce correctamente se extiende también a evitar en lo posible daños totalmente imputables a la imprudencia de otro sujeto (seguramente tal deber –de socorro– sólo exista cuando se puedan evitar los daños a terceros sin riesgo propio o ajeno, como dice el art. 195 CP, y en el hecho de saltarse el semáforo en rojo ya hemos visto que no siempre pero sí generalmente hay riesgo, aunque sea remoto).

Por eso la otra fundamentación para excluir la responsabilidad imprudente es afirmar en principio la infracción de un deber de cuidado (salvo en los casos vistos de ausencia de vehículos o personas en una distancia media), pero considerar que está amparada (ya como delito imprudente si hay lesión, ya como delito de peligro, o incluso como simple infracción administrativa) por la causa de justificación de estado de necesidad, siempre que se den sus requisitos, especialmente el de la proporcionalidad de los males, para lo que cuenta no sólo la entidad y cantidad de los bienes jurídicos que pueden ser afectados con cada alternativa de conducta (la de saltarse el semáforo o la de detenerse) sino el grado de riesgo, próximo y concreto en la detención, mucho más remoto en el caso de no respetar el semáforo si no se acercaban a corta distancia peatones o vehículos dispuestos a cruzar.

Ahora bien, si se afirma el amparo de un estado de necesidad y el conductor obra impulsado por el mismo, entonces también cabe afirmar que, justo porque estaba autorizado a actuar así, en definitiva tampoco habrá cometido una infracción del deber de cuidado; pues como señala LUZÓN PEÑA, “la infracción del deber de cuidado –al igual que ...

sucede en el dolo— ha de referirse al riesgo de producción de un hecho *prohibido*, es decir, que no esté cubierto por cualquier causa de justificación”¹.

4. Un supuesto problemático podría plantearse en aquellos casos en los que el sujeto constata que la norma extrapenal se ha quedado obsoleta, es decir, que no sirve para proteger los bienes jurídicos. Lo primero que hay que señalar es que este supuesto será poco frecuente en el ámbito de la circulación. Será más propio de ámbitos científico-técnicos donde los conocimientos avanzan muy deprisa y dejan “viejos” los protocolos y las normas de actuación en breves espacios de tiempo. Además, aunque se diera el caso de que una norma laboral no sirva ya para la finalidad para la que surgió, debe tenerse en cuenta que este tipo de normativa, mayoritariamente reglamentaria, tiene un procedimiento de reforma ágil, lo que permite que sea actualizada con relativa rapidez. Pero, en todo caso, si se produce un resultado lesivo y el sujeto no aplicó una determinada norma de seguridad por considerarla obsoleta, tendrá que demostrar que aplicó otra norma de cuidado que entendió “racionalmente” más adecuada. En el supuesto en el que el sujeto aplicara la norma obsoleta podría apreciarse una conducta imprudente pero creo que se plantearían complicadísimos problemas de error¹.

5. En conclusión, con las anteriores reflexiones no pretendo afirmar que una infracción de una norma extrapenal deba ser convertida automática o directamente en delito. Lo que intento decir es que en los supuestos normales de infracción de una norma extrapenal, cuya finalidad sea la evitación de resultados lesivos, constituirá una conducta peligrosa que superará el riesgo permitido. Si a dicha conducta peligrosa le es imputable un resultado lesivo y el sujeto es autor se habrá producido, salvo que la conducta esté justificada, un delito imprudente.

5.2. La relevancia de las normas extrapenales para determinar la gravedad o la levedad de la imprudencia

Una vez constatado que una conducta es imprudente, se plantea la segunda cuestión, esto es, si las normas extrapenales pueden servirnos de ayuda para determinar si esa imprudencia es grave o leve.

⁺ El presente comentario fue elaborado para el libro colectivo Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (ed.), *Cincuenta casos que hicieron doctrina*, editorial La Ley, Madrid 2011, pp. 207 a 222.

^{*} El auto del tribunal competente —el *Landgericht* de la ciudad de Aachen (Aquisgrán), similar a una Audiencia Provincial española— que puso fin al proceso penal en el que se enjuició el *caso Contergan* (auto LG Aachen de 18.2.1970, JZ 1971, pp. 507 y ss.) sólo se publicó parcialmente, recogiendo los fundamentos jurídicos sobre el fondo y la terminación del proceso, pero no los hechos probados; los aquí recogidos han sido extraídos de la argumentación jurídica de la resolución y de diversos artículos del semanario *Der Spiegel*, de www.WDR.de (*Westdeutscher Rundfunk*, emisora pública con sede en Colonia) y de www.avite.org (Asociación de Víctimas de la Talidomida en España).

En el art. 65 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial se recoge un cuadro general de infracciones, distinguiéndose entre infracciones leves, graves y muy graves.

La cuestión será si se pueden equiparar las infracciones muy graves a la imprudencia grave penal y las infracciones graves a la imprudencia leve. La respuesta debe ser negativa. De ningún modo creo que dicha trasposición pueda realizarse automáticamente.

Sin embargo, así como he dicho más arriba que las normas extrapenales sirven para marcar en estos ámbitos en los supuestos normales el nivel de riesgo permitido, algunos factores relacionados con dichas normas extrapenales también pueden ofrecer criterios indicativos de la gravedad o levedad de la imprudencia.

Así, el carácter más o menos elemental de la regla infringida puede ser una pauta. La norma elemental será aquella que, en la situación concreta, cualquier ciudadano ideal, cuidadoso, hubiera respetado. Cuanto más básica o elemental sea una norma, más previsible será que de su incumplimiento se derive un resultado lesivo. Las normas serán a su vez más o menos elementales en función del tipo de actividad o del tipo de situación y, esto, en muchas ocasiones también lo marca la normativa extrapenal. Por ejemplo, no se exige el mismo nivel de cuidado en una zona escolar que en otras vías.

Influirá también, a los efectos de enjuiciar la gravedad de la imprudencia, el número de normas infringidas, que seguramente se encontrará en relación inversa con el número de medias de control adoptadas.

Otra circunstancia a la que se deberá atender será la forma en que se produzca el incumplimiento de las normas. Así, la reiteración de la infracción o el carácter permanente o puntual de la misma pueden influir en la mayor o menor peligrosidad de la conducta.

Por lo tanto, y concluyendo, todos estos factores influyen en los criterios que con carácter general sirven para valorar la gravedad o la levedad de la imprudencia, y por tanto serán pautas a tener en cuenta por los tribunales a la hora de decidir si un determinado comportamiento constituye una imprudencia grave o leve. Las normas extrapenales tienen como finalidad indicar el nivel de peligro y por tanto el nivel de precaución que exigirá, a su vez, distintos niveles de atención. En fin, estas normas fijan, por tanto, niveles de cuidado exigibles al sujeto, y, en ese sentido, serán relevantes para determinar si la infracción de ese nivel de cuidado ha sido grave o leve.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁ CER GUIRAO, RAFAEL: Embriaguez, temeridad y peligro para la seguridad del tráfico. Consideraciones en torno a la reforma del delito de conducción temeraria, en: LLPenal 10 (2004), 1-22.
- ARROYO ZAPATERO, LUIS: La protección penal de la seguridad en el trabajo, Madrid, 1981.
- BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE: Principios de Derecho Penal. Parte General, 4ª ed., Madrid, 1997.
- BAUMANN, JÜRGEN/ WEBER, ULRICH/ MITSCH, WOLFGANG: Strafrecht Allgemeiner Teil, 11ª ed., Bielefeld, 2003.
- BINAVINCE, EMILIO: Die vier Momente der Fahrlässigkeitsdelikte, Bielefeld, 1969.
- BONET ESTEVA, MARGARITA: La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto), Madrid, 1999.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN /HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN: Lecciones de Derecho penal. Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito, Volumen II, Madrid, 1999.
- CANCIO MELIÁ, MANUEL: Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, Barcelona, 1998.
- CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS: La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial, en: MORILLAS CUEVA (coord.), Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial. Aspectos penales, civiles y procesales, Dykinson, Madrid, 2007, 385-406.
- CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN: Delitos contra la seguridad del tráfico, en: COBO DEL ROSAL (coord.), Derecho Penal Parte Especial, Madrid, 2004, 773-797.
- CEREZO MIR, JOSÉ: Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito/I, 5ª ed., Madrid, 1997.
- COBO DEL ROSAL, MANUEL/ VIVES ANTÓN, TOMÁS: Derecho Penal Parte General, 5ª ed., Valencia, 1999.
- COBO DEL ROSAL, MANUEL/SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER: Responsabilidad Penal por accidentes laborales: riesgo permitido y autopuesta en peligro, en: CPC 82 (2004), 5-18.
- CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU: El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, PPU, Barcelona, 1989; 2ª ed., IBdeF, Buenos Aires, 2005.
- CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU: Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, Valencia, 1999.
- CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU: Homicidio y lesiones en el ámbito del tráfico viario. Problemática concursal entre los delitos contra la seguridad en el tráfico y los resultados lesivos a ellos

imputables, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.)/CARDENAL MONTRAVETA (coord.), Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 73-120.

-CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU/ CARDENAL MONTRAVETA, SERGI/ HORTAL IBARRA, JUAN CARLOS: Protección penal de los accidentes laborales, en: PJ 71 (2003), 39-67.

-CÓRDOBA RODA, JUAN: Los delitos culposos, en: CDJ 1993-I, 195-220.

-CRAMER, PETER/ STERNBERG-LIEBEN, DETLEV: § 15, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB Kommentar, 26ª ed., München, 2001, 281-324.

-CUERDA RIEZU, ANTONIO: Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español, en: ADP 1992, 491-512.

-DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL: Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria, en: EPB 2002, 160-181.

-DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL/ PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999, en: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN (coords.), Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad del autor, Universidad de León, 2004, 45-86.

-FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO: Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”, Barcelona, 2001.

-GALLEGO SOLER, JOSÉ-IGNACIO: El nuevo delito de conducción bajo los efectos del alcohol y las drogas (art. 379.2 CP), en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.)/CARDENAL MONTRAVETA (coord.), Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 157-178.

-GIL GIL, ALICIA: El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado, Barcelona, 2007.

-GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, en: EP-Ruiz Antón, Valencia, 2004, 431-457.

-GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial (Proyecto CP 2006), en: Estudios de Derecho Judicial 114 (2007), 275-324.

-GRACIA MARTÍN, LUIS: Del homicidio y sus formas, en: DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN (coords.), Comentarios al Código Penal Parte Especial I, Valencia, 1997, 25-164.

-GUÉREZ TRICARICO, PABLO: Influencia del alcohol y conducción peligrosa en los delitos contra la seguridad del tráfico: algunas consideraciones, en: LL 2005-4, 1742-1752.

-HORTAL IBARRA, JUAN CARLOS: El delito de conducción temeraria (arts. 379.1 y 2 in fine y 380): algunas reflexiones al hilo de las últimas reformas, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.)/

- CARDENAL MONTRAVETA (coord.), Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 121-156.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH /WEIGEND, THOMAS: Tratado de Derecho Penal Parte General, 5ª ed. Alemana, Comares, Granada, 2002. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete.
- KINDHÄUSER, URS: Strafrecht Allgemeiner Teil, Baden-Baden, 2005.
- KÜHL, KRISTIAN: § 15, en : LACKNER/ KÜHL, StGB Kommentar, 25ª ed., München, 2004, 90-113.
- LANDECHO VELASCO, CARLOS MARÍA/ MOLINA BLÁZQUEZ, CONCEPCIÓN: Derecho penal español Parte General, 7ª ed., Madrid, 2004.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO: en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARRIERO (coord.), Comentarios al Código Penal, Madrid, 1997, 1047-1052.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL: Derecho Penal de la Circulación, 2ª ed., PPU, Barcelona, 1990.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL: Conducción con influencia de bebidas: concurso con el delito imprudente y posible degradación como imprudencia por culpa concurrente, en: PJ 21 (1991), 129-138.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL: La "determinación objetiva del hecho". Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, en: LUZÓN PEÑA, Estudios penales, Barcelona, 1991, 197-221.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL: Curso de Derecho Penal Parte General I, Madrid, 1996.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL: Posibles reformas de los delitos de circulación, en: CANO/CARBONELL MATEU/DE LLERA/LUZÓN PEÑA/MARTÍNEZ ARRIETA, Derecho Penal y seguridad vial, Madrid/Navarra, 2007, 31-36.
- MAGALDI PATERNOSTRO, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), Comentarios al Código Penal: parte Especial, Marcial Pons, Madrid, 2004, 1717-1722.
- MAIWALD, MANFRED: Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierten Delikts, en: GA 1974, 257-289.
- MAURACH, REINHART: Probleme des erfolgsqualifizierten Delikts beim Menschenraub Geiselnahme und Luftpiraterie, Fs- Hienitz, 1972, 403-439.
- MIR PUIG, SANTIAGO: Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente. Comentario a la STS de 17 de julio de 1990, en: ADP 1991, 259-267.
- MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho Penal Parte General, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008.
- MIR PUIG, SANTIAGO: Presentación, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs./CARDENAL MONTRAVETA (coord.), Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 13-18.

- MORENO ALCÁZAR, MIGUEL ÁNGEL: Los delitos de conducción temeraria (Criterios para la coordinación de los artículos 381 y 384 del Código Penal), Valencia, 2003.
- MORILLAS CUEVA, LORENZO: Delitos contra la seguridad del tráfico: Una preocupada reflexión global, en: MORILLAS CUEVA (coord.), Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial. Aspectos penales, civiles y procesales, Dykinson, Madrid, 2007, 407-438.
- MORILLAS CUEVA, LORENZO/SUÁREZ LÓPEZ, JOSÉ MARÍA: Tratamiento penal de la conducción temeraria, en: MORILLAS CUEVA (coord.), Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial. Aspectos penales, civiles y procesales, Dykinson, Madrid, 2007, 295-330.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: Derecho Penal Parte Especial, 17ª ed., Valencia, 2009.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/ GARCÍA ARÁN, MERCEDES: Derecho Penal Parte General, 7ª ed., Valencia, 2007.
- OLMEDO CARDENETE, MIGUEL: Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los arts. 379 y 380 del Código Penal, en: RECPC 04-02 (2002), <http://criminet.ugr.es/recpc>, (12 págs.).
- ORTS BERENGUER, ENRIQUE: Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico, en: VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho Penal Parte Especial, Valencia, 2004.
- ORTS BERENGUER, ENRIQUE/ ALONSO RIMO, ALBERTO: El nuevo párrafo segundo del artículo 381 del Código Penal: una propuesta de interpretación restrictiva, en: RGDP 4 (2005), www.iustel.com (19 págs.).
- PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL: El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas), Madrid, 1995.
- PÉREZ MANZANO, MERCEDES: Autoría y participación imprudente en el CP de 1995, Madrid, 1999.
- PUPPE, INGEBORG: La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los Altos Tribunales (Trad. Por García Caveró), Comares, Granada, 2001.
- QUERALT JIMÉNEZ, JOAN: El nuevo Derecho penal vial: generalidades y críticas, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.)/CARDENAL MONTRAVETA (coord.), Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 63-72.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO, con la colaboración de MORALES PRATS, FERMÍN: Parte General del Derecho Penal, Pamplona, 2005.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA: Delitos de peligro, dolo e imprudencia, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA: Responsabilidades penales: análisis jurisprudencial, en: FERNÁNDEZ PASTRANA (dir.), Responsabilidades por riesgos laborales en la edificación, Madrid, 1999, 193-291.

- ROPERO CARRASCO, JULIA: ¿Hay que “merecer” la protección del Derecho penal?: Derechos y deberes de las víctimas, en: CUERDA RIEZU (dir.), La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos. IX Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8,9 y 10 de marzo de 2005, Madrid, 2006, 115-136.
- ROSO CAÑADILLAS, RAQUEL: La concurrencia de imprudencias. Sus efectos en la teoría del delito, en: PJ 46 (1997), 273-286.
- ROSO CAÑADILLAS, RAQUEL: Autoría y participación imprudente, Granada, 2002.
- ROXIN, CLAUS: Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes, en: ROXIN, Problemas básicos del derecho penal, Madrid, 1976, 181-200. Traducción de DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA.
- ROXIN, CLAUS: Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4ª ed., München, 2006. También, traducción de la 2ª ed. alemana por DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO Y JAVIER DE VICENTE REMESAL, Derecho Penal Parte General Tomo I, Madrid, 1997.
- SCHÜNEMANN, BERND: Die Regeln der Technik im Strafrecht, en: FS-Lackner 1987, 367-398. También, traducción de MERCEDES PÉREZ MANZANO Y MANUEL CANCIO MELIÁ, Las reglas de la técnica en Derecho Penal, en: ADP 1994, 307-341.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis) 1º del Código Penal (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes o sustancias psicotrópicas), en: Derecho de la Circulación (Aspectos civiles y Penales), Centro de Estudios judiciales, Colección Cursos, vol. 11, Madrid, 1993, 149-179.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: Comentario al artículo 12 CP, en: COBO DEL ROSAL (dir.), Comentarios al Código Penal Tomo I, Madrid, 1999, 569-625.
- STRANTERWERTH, GÜNTER/KÜHLEN, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5ª ed., Heymanns, Köln, 2004.
- TAMARIT SUMALLA, JOSEP: Delitos contra la seguridad vial, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/ MORALES PRATS (coord.), Comentarios al Código Penal Parte Especial del Derecho Penal, Tomo III 5ª ed., Pamplona, 2008, 393-436.
- TENCKHOFF, JÖRG: Die leichtfertige Herbeiführung qualifizierter Tatfolgen, en: ZStW 88 (1976), 897-921.
- TRAPERO BARREALES, MARÍA A.: Los delitos contra la Seguridad Vial: ¿Una reforma de ida y vuelta?, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- VICENTE MARTÍNEZ DE, ROSARIO: Derecho penal de la circulación. Delitos de violencia vial, Barcelona, 2006.
- VICENTE MARTÍNEZ DE, ROSARIO: La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial, en: Estudios de Derecho Judicial 114 (2007), 325-358.

-VOLK, KLAUS: Reformüberlegungen zur Strafbarkeit der fahrlässigen Körperverletzung im Straßenverkehr, en: GA 1976, 161-181.

-WEGSCHEIDER, HERBERT: Zum Begriff der Leichtfertigkeit, en: ZStw 98 (1986), 624-643.

-WELZEL, HANS: Das Deutsche Strafrecht, 11ª ed., Berlin, 1969. También, traducción de la misma edición por JUAN BUSTOS RAMÍREZ Y SERGIO YÁÑEZ PÉREZ, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 4ª ed. castellana, Santiago de Chile, 1993.

EL CASO CONTERGAN CUARENTA AÑOS DESPUÉS⁺

PROF. DR. MANUEL CANCIO MELIÁ

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid

Caso Contergan - sumario

Sumario

En el trabajo se plantean las dificultades que genera para los tradicionales delitos de resultado el moderno fenómeno de la responsabilidad por el producto, sobre la base del famoso *caso Contergan* o de la talidomida, referido a un envenenamiento masivo producido en Alemania en los años sesenta por un medicamento (llamado Contergan) que contenía esa sustancia. Los problemas planteados son, por un lado, la cuestión de la relevancia jurídico-penal de las llamadas actuaciones prenatales (lesiones producidas durante la gestación que se manifiestan en el nacido vivo) en los delitos de lesiones y, por otro, las repercusiones de estas constelaciones de casos sobre la concepción de la causalidad. En una visión retrospectiva, el caso Contergan marca el punto en el que se presenta un nuevo Derecho penal del riesgo, orientado hacia las infracciones de peligro.

Zusammenfassung

In dieser Arbeit werden am Beispiel des Conterganfalles (eine zu Beginn der sechziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts durch das unter diesem Namen vertriebene Schmerzmittel ausgelöste Massenvergiftung) die Probleme thematisiert, die sich für die herkömmlichen Erfolgsdelikte aus dem modernen Phänomen der Produkthaftung ergeben. In diesem Fall stellten sich zwei Hauptfragen: Einerseits das Problem der Handlungen, die auf Embryo und Fötus während der Schwangerschaft schädlich einwirken, sich aber vor allem beim geborenen Menschen ausprägen, aus der Perspektive der Körperverletzungsdelikte; andererseits die Folgen solcher Fallkonstellationen auf den Kausalitätsbegriff. Rückblickend markiert der Conterganfall den Moment, in dem ein neues, auf Gefährdungsdelikte ausgerichtetes Risikostrafrecht auf den Plan trat.

Abstract

This paper presents the issues generated by the so-called Contergan case (a case of massive intoxication in the beginning of the sixties of the last century caused by the drug sold under this name) in the framework of traditional offenses as manslaughter or bodily injuries in relationship to the criminal responsibility for dangerous products. In this case, there are two main problems: on one hand, the issue of actions that take place on the unborn embryo or fetus, but reveal their consequences on the human being once born; on the other hand, the consequences of such cases on the concept of causation. Looking back, the Contergan case

marked the birth of a new, risk-centered criminal law, in which endangerment offenses play an important role.

palabras clave

Actuaciones prenatales

Causalidad

definición

general

prueba

Lesiones al feto

Responsabilidad jurídico-penal por el producto

Stichwörter

Pränatale Einwirkungen

Kausalität

Begriff

Im allgemeinen

Beweis

Körperverletzungen am Ungeborenen

Strafrechtliche Produkthaftung

Key words

Actions before birth

Causation

Concept

In general

Evidence

Personal injuries on the unborn

Criminal responsibility for products

Contergan es el nombre comercial bajo el cual se vendió en la República Federal de Alemania – durante los años 1960 a 1962– un medicamento que era empleado –sin necesidad de receta médica– como sedante, siendo recomendado especialmente para las mujeres embarazadas por su buena tolerancia. Su principio activo era la talidomida, sustancia sintetizada por la misma empresa farmacéutica que distribuía el medicamento, Chemie-Grünenthal. La empresa puso en marcha en el año 1955 diversos ensayos clínicos, llevados a cabo en varios hospitales universitarios; los informes de los médicos responsables fueron positivos. No se realizaron ensayos en mujeres embarazadas. En julio de 1956, el departamento de sanidad del ministerio del interior del Estado federado de Renania del Norte-Westfalia autorizó la distribución de medicamentos que contuvieran Talidomida, y en octubre de 1957 comenzó la comercialización de *Contergan* en todo el territorio federal; la talidomida se exportó, además, a más de cuarenta países.

En octubre de 1959 se produce la primera comunicación a la empresa –por parte de un neurólogo, *Voss*– planteando la posibilidad de que la talidomida podría tener efectos neurotóxicos en caso de toma prolongada. Durante el tiempo en el que se comercializó *Contergan*, unos 1500 médicos y farmacéuticos informan a Grünenthal de unos 3000 casos de efectos tóxicos. En abril de 1960, *Voss* presenta sus conclusiones sobre la toxicidad de la talidomida en un congreso de neurología; el departamento de investigación de Grünenthal lleva a cabo entonces una serie de ensayos en ratas, sin que se produzca efecto negativo alguno, de lo que se deduce que se trata de situaciones específicas respecto de las cuales *Contergan* sólo en muy contados casos podría tener un papel determinante.

En septiembre de 1960, la administración sanitaria de los EE.UU., *Food and Drug Administration*, rechaza la solicitud de autorización de la empresa estadounidense (Richardson-Merrell, después Dow Chemical) que pretende introducir un medicamento que contiene talidomida; la farmacóloga competente, *Oldham Kelsey*, ve comprometida la seguridad del uso de la sustancia y demanda ulteriores ensayos, también relativos a la vida humana antes del nacimiento. El día 24.11.1960, un farmacéutico alemán plantea por escrito a Grünenthal la cuestión de si la ingestión de *Contergan* durante el embarazo puede producir malformaciones en el fruto de la concepción. La empresa introduce una advertencia en el prospecto respecto del uso prolongado de la sustancia, afirmando que los efectos secundarios serían reversibles, y solicita la obligatoriedad de prescripción médica para el medicamento en varios Estados federados. En verano de 1961 aparece en el semanario *Der Spiegel* la primera noticia sobre los efectos neurotóxicos en adultos, y en septiembre de 1961 se publica el primer artículo científico que alerta sobre un aumento significativo de la tasa de malformaciones. El día 15 de noviembre de 1961, el pediatra y genetista *Lenz* comunica por teléfono al jefe del departamento de investigación de Grünenthal que sospecha que la ingestión de *Contergan* durante el embarazo puede producir malformaciones, y exige a la empresa que retire del mercado inmediatamente todos los medicamentos que contengan talidomida; esta exigencia también se formula en una reunión en el ministerio del interior de Renania del Norte-Westfalia, que la empresa rechaza – amenazando con interponer una demanda para ser indemnizada de los perjuicios ocasionados. El día 26 de noviembre, el periódico *Welt am*

Sonntag publica un artículo sobre las sospechas de *Lenz*. Al día siguiente, Grünenthal paraliza la comercialización del medicamento.

En diciembre de 1961 la fiscalía de Aachen abrió diligencias de instrucción contra Grünenthal; ésta siguió negando la relación entre el consumo del medicamento y las lesiones. En marzo de 1967 la fiscalía presentó escrito de acusación contra el socio principal y ocho directivos de la empresa (el director científico, el gerente, los directores comercial y de distribución y cuatro miembros del departamento científico); en este momento comenzó también a calibrarse la dimensión de los casos de malformaciones en la República Federal de Alemania (unos 4000-5000 casos, de los cuales sobrevivieron unos 2800). La vista oral –un macrojuicio con tres fiscales y veinte letrados defensores, y en el que 312 de los perjudicados actuaron como acusación accesoria (*Nebenklage*) y se oyeron alrededor de 120 testigos, para el que hubo que buscar un local *ad hoc*– comenzó en enero de 1968. En abril de 1970, la representación de la acusación accesoria llegó a una transacción con Grünenthal, conforme a la cual aquélla renunció a toda indemnización y acción judicial futura a cambio del pago de cien millones de marcos para una fundación destinada a ayudar a los niños afectados*.

I. Introducción

Con el caso Contergan irrumpe en el Derecho penal la responsabilidad por el producto, generando no sólo un verdadero vendaval social, sino efectos semejantes sobre puntos centrales de la ciencia del Derecho penal, y, muy especialmente, sobre el concepto de causalidad en los delitos de lesión. Desde entonces, ningún análisis de la problemática ha podido prescindir de hacer referencia a él¹. En cierto modo, comienza aquí *avant la lettre* el Derecho penal del riesgo, se alcanza un punto de inflexión en el funcionamiento del sistema penal.

II. El auto del LG Aachen de 18.12.1970

En su extensa resolución, el LG Aachen² resuelve tres cuestiones de Derecho material: la *tipicidad* abstracta de las lesiones debidas a una *actuación antes del nacimiento*, pero que se

¹ Son numerosísimos los trabajos jurídico-penales que se han ocupado del caso Contergan; a continuación sólo se ofrece una selección de textos que contienen posiciones especialmente relevantes, exponen la problemática con especial claridad o facilitan el acceso a ulterior bibliografía: Armin KAUFMANN, “Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren. Folgerungen für das geltende Recht und für die Gesetzgebung”, JZ 1971, pp. 569 y ss.; Manfred MAIWALD, *Kausalität und Strafrecht. Studien zum Verhältnis von Naturwissenschaft und Jurisprudenz*, 1980; José Manuel GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, 1989, pp. 40 y ss., 70 y ss., 73 y ss.; Lothar KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, 1989, pp. 63 y ss.; Eric HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der “Risikogesellschaft”*, 1993, pp. 115 y ss.; Ingeborg PUPPE, “Naturgesetze vor Gericht. Die sogenannte generelle Kausalität und ihr Beweis, dargestellt an Fällen strafrechtlicher Produkthaftung”, JZ 1994, pp. 1147 y ss.; Winfried HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2ª ed., 1996, pp. 27 y ss., 31 y ss., 38 y ss.; Mª Elena IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, 2001, pp. 58 y ss., 96 y ss., 100 y ss.

² JZ 1971, pp. 507 y ss.; vid. la traducción parcial de los fundamentos jurídicos del auto (punto II.: causalidad) en GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad* (nota 1), pp. 123 y ss.

manifiestan en el nacido vivo como malformaciones³; la relación de *causalidad* entre el uso del medicamento por las gestantes y las malformaciones en sus hijos⁴; y la determinación de la *imprudencia* de los acusados⁵. En las tres cuestiones el tribunal llegó a una subsunción positiva. Sin embargo, no se produjo una condena porque el LG decidió hacer uso de la facultad que le otorgaba el § 153.3 StPO (*Strafprozeßordnung*, Código de procedimiento penal) de sobreseer la causa por falta de interés público en la ulterior persecución penal⁶.

En lo que se refiere a la primera de las cuestiones –la tipicidad como lesiones de las malformaciones causadas por actuaciones en la fase prenatal–, el LG parte en su razonamiento de la base de que los delitos de lesiones o de homicidio no protegen al fruto de la concepción, como demuestra la existencia del delito de aborto. También descarta que pueda concurrir una lesión de la gestante⁷. Finalmente, concluye que “...bajo las circunstancias del caso, la causación de malformaciones sólo será punible si se considera que ello constituye una lesión de quien nazca con ellas”⁸. En su opinión, esta cuestión no se había planteado hasta el momento en la discusión doctrinal, por lo que limita sus consideraciones, en ese plano, a las argumentaciones presentadas en los dictámenes de los peritos jurisconsultos –todos ellos prestigiosos profesores de Derecho penal– aportados en el proceso: *Bockelmann, Armin Kaufmann, Lange, Maurach, Nowakowski y Schröder*. Sólo el dictamen de *Maurach* se mostró favorable a la solución afirmativa (la lesión prenatal puede ser calificada de lesión al nacido tanto para supuestos tanto de dolo como de imprudencia), mientras que *Schröder* únicamente afirmó la tipicidad de las lesiones dolosas; los demás dictámenes negaron la tipicidad tanto para conductas dolosas como imprudentes. La Cámara del LG se sumó a la posición de *Maurach*, argumentando que una lesión se define por su afectación a la funcionalidad del órgano, desde el prisma del bien jurídico de la salud, de modo que cuando la malformación realmente se manifiesta como perturbación de la función es cuando ésta podría desplegarse, esto es, una vez que ha nacido el sujeto⁹. En opinión del tribunal, las consideraciones sistemáticas (la ausencia de una norma análoga al delito de aborto para las lesiones al feto) de los dictámenes contrarios a la afirmación de la tipicidad “sólo explican la impunidad de aquellas lesiones del fruto de la concepción que se agotan en dicha lesión. Pero si la lesión que el producto de la concepción sufre no se queda limitada a éste, sino que, más allá de ello, causa también una lesión corporal en el ser humano [nacido], una misma cadena causal afecta sucesivamente a diferentes objetos jurídico-penales de acción. No hay razón alguna para

³ Bajo el rótulo “tipicidad”; JZ 1971, pp. 507-510; incluyendo expresamente también el homicidio imprudente en caso de que el sujeto afectado, una vez nacido, muriera por consecuencia de las lesiones prenatales.

⁴ Bajo el rótulo “causalidad”; JZ 1971, pp. 510-514.

⁵ Bajo el rótulo “culpabilidad”, tanto en el plano de la determinación de los deberes de actuación de los acusados en cuanto integrantes de una empresa farmacéutica como respecto del caso concreto; JZ 1971, pp. 514-517.

⁶ JZ 1971, pp. 517-521; argumentando que la duración del procedimiento y su alta repercusión pública había producido un gravamen relevante en los acusados, que éstos habían asumido –aunque de modo “muy reticente”, p. 520– su responsabilidad por una conducta incorrecta y que habían llevado a cabo el pago de una considerable cantidad a las personas afectadas. Sobre esta sorprendente terminación del proceso vid. sólo Hans Joachim BRUNS, “Ungeklärte verfahrensrechtliche Fragen des Contergan-Prozesses”, en: SCHROEDER/ZIPF (ed.), *Festschrift für Reinhart Maurach*, 1972, pp. 469 y ss.

⁷ JZ 1971, pp. 507 y ss.

⁸ JZ 1971, p. 509.

⁹ JZ 1971, pp. 509 y s.

pensar que la impunidad de la afectación del primer objeto deba implicar también la impunidad de la afectación al segundo de los objetos.”¹⁰

Para la segunda cuestión –la relación de causalidad– la Cámara reservó el lugar central en su resolución. La argumentación comienza por rechazar la única hipótesis alternativa al efecto teratogénico de la talidomida presentada por las defensas, según la cual podría haber sucedido que en realidad, la talidomida habría hecho posible el nacimiento de sujetos que –debido a sus malformaciones, causadas por otros factores– en otro caso habrían acabado la gestación en abortos naturales. Dicho de otro modo: la talidomida no habría causado malformaciones, sino habría protegido a fetos con malformaciones (de otra etiología) de un aborto espontáneo. El LG la descarta por absolutamente infundada¹¹.

Entrando en el núcleo del problema –y primero respecto de los daños neurológicos producidos en pacientes adultos, luego respecto de las malformaciones–, el LG comienza por afirmar que “...por prueba en sentido jurídico no debe entenderse, en ningún caso, la prueba de las ciencias naturales, que presupone una certeza matemática, que excluya toda posibilidad de que concorra lo contrario, es decir, un conocimiento absolutamente seguro... La única prueba determinante para la valoración jurídico-penal se produce cuando el tribunal está plenamente convencido de la concurrencia de los hechos a probar con base en el conjunto del juicio oral –y ésta se alcanza sólo cuando esta convicción se forma, y de modo completo ya sólo con esa convicción–. En consecuencia, la prueba jurídico-penal descansa, como corresponde al conocimiento propio de las ciencias del espíritu, no en un razonamiento de cognición directa, sino sobre el fundamento del peso de un juicio de ponderación de las distintas razones que concurren respecto del conjunto de lo acontecido... Puesto que en tal juicio resulta impensable –al menos, por regla general– alcanzar una certeza que excluya toda duda, aunque sea teórica, lo decisivo no es la certeza *objetiva* necesaria para la prueba científico-natural, sino sólo la certeza *subjetiva*...”¹². Después de formular –como corresponde al estilo de redacción de resoluciones judiciales en Alemania– de un modo apodíctico esta anticipación de la conclusión afirmativa alcanzada por el tribunal¹³, se expone por la Cámara el razonamiento que la ha conducido a esta posición: en contra de la pretensión de varios de los peritos científico-naturales que depusieron en el proceso, no es necesaria una comprobación que genere certeza absoluta en el ámbito penal, y tampoco es de interés la aclaración completa de la patogénesis de los daños neuronales (polineuritis) o de las malformaciones, o el conocimiento detallado del mecanismo de actuación exacto de la talidomida. En relación con las malformaciones, el auto presenta los argumentos esenciales que fueron formulados por los peritos que afirmaron la concurrencia de relación de causalidad: las características específicas de las malformaciones producidas (que presentan un síndrome intensificado respecto de otras

¹⁰ JZ 1971, p. 510.

¹¹ JZ 1971, pp. 510, 514.

¹² *Ibidem*.

¹³ En este ámbito, el pasaje acabado de reproducir es el más citado del auto del LG Aachen; en muchas ocasiones, la cita aislada de esta conclusión anticipada saca de contexto (así lo señalan, por ejemplo, GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad* [nota 1], pp. 43, 45; HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung* [nota 1], pp. 120 y s.) la formulación concreta, al no ser puesta en suficiente relación con la extensa argumentación que se presenta en las páginas siguientes (JZ 1971, pp. 511-514) de la resolución (vid. *infra* III.2).

manifestaciones similares conocidas con anterioridad), así como su aparición masiva únicamente en los países en los que hubo distribución de la talidomida, como, por fin, la constatación de una exacta coincidencia temporal, en numerosos casos, de la toma del medicamento por la gestante con el período del embarazo en el que se produce –como ya entonces formaba parte del conocimiento científico– la formación en el feto precisamente de las estructuras físicas que resultan afectadas por las malformaciones¹⁴. Frente a la fuerza explicativa combinada de estos tres factores, que establecen una correlación convincente, según el LG, “...la probabilidad de que las circunstancias expuestas concurrieran conjuntamente por mera casualidad resulta tan extraordinariamente reducida que debe ser excluida del ámbito de una consideración racional.”¹⁵ La argumentación en este punto concluye con la escueta afirmación –como no podía ser de otro modo, al sobrepasarse la causa– de que “...la Cámara, finalmente, queda convencida de que debido a su forma de aparición típica y la extrema rareza de síndromes similares, también en el caso concreto cabe probar la relación de causalidad entre la ingestión de la talidomida y las malformaciones en aquellos casos en los que la madre tomó talidomida en la fase sensible”¹⁶.

Respecto del tercero de los problemas jurídico-materiales –la concurrencia de imprudencia–, ubicados conforme al entendimiento dominante de la época en la culpabilidad, el LG descarta, brevemente, la existencia de dolo, siquiera eventual, pues la “...afirmación del dolo... supondría que los acusados habían contado positivamente con la posibilidad de que después de la ingestión de Contergan se siguieran produciendo [lesiones] a pesar de las medidas por ellos adoptadas...”¹⁷. Por el contrario, la Cámara sí afirma la concurrencia de imprudencia, ya que, en su opinión, “...la conducta de la empresa Chemie-Grünenthal, tal como se ha manifestado desde ella hacia fuera, no satisface los requisitos que deben plantear a un fabricante de medicamentos ordenado y cuidadoso.”¹⁸ El tribunal establece para fundamentar esta afirmación criterios, formulados desde la perspectiva de una ponderación de intereses entre los del productor y los del consumidor (téngase en cuenta que en aquel momento no existía en la RFA, conforme a la legislación administrativa aplicable, obligación de someter a los medicamentos a un procedimiento jurídico-público de análisis y registro sanitario previo a su comercialización). Descarta que ya la comercialización fuera imprudente, puesto que los daños que se produjeron no podrían –de acuerdo con la opinión de los peritos que depusieron en el proceso– haberse detectado con los estudios clínicos y farmacológicos previos estimados necesarios, pero afirma que sí fue imprudente la conducta de la empresa –con una argumentación que supone la formulación de un principio de precaución¹⁹ *avant la lettre*– cuando no tomó las medidas adecuadas de información una vez que tuvo conocimiento de las sospechas respecto de la toxicidad de la talidomida en la *praxis* médica²⁰.

¹⁴ JZ 1971, p. 510.

¹⁵ JZ 1971, p. 512.

¹⁶ JZ 1971, p. 514.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ JZ 1971, p. 514, reiterado en p. 517.

¹⁹ Vid. sólo Blanca MENDOZA BUERGO, “El Derecho penal ante la globalización: el papel del principio de precaución”, en: BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal y política transnacional*, 2005, pp. 319 y ss., 334.

²⁰ JZ 1971, pp. 514-517.

III. Dos problemas centrales del caso y sus repercusiones

La resolución del LG Aachen generó un cúmulo de reacciones, tanto en el espacio público como en el discurso técnico-jurídico²¹, y, en los dos ámbitos, tanto a corto como a largo plazo²². En lo que sigue, se abordan, por un lado, los dos problemas centrales para el Derecho penal material planteados en el auto que antes se han sintetizado, y, por otro, se hace referencia a la evolución que ha seguido la jurisprudencia y doctrina –alemana y española– en las materias planteadas.

En lo que se refiere a las cuestiones jurídico-penales planteadas en la resolución que puso fin al proceso Contergan, entre los distintos problemas que presentaba el caso, la discusión jurídico-penal se ha centrado –desde el planteamiento del influyente trabajo de *Armin Kaufmann*²³– en dos ámbitos: por un lado, en el problema de las llamadas “actuaciones prenatales” –dicho de otro modo, la cuestión de la tipicidad o atipicidad de las lesiones producidas antes del nacimiento–; por otro, en la cuestión de la determinación de la relación de causalidad entre la ingestión del medicamento y las lesiones²⁴.

²¹ Sobre todo, en Alemania; en los EE.UU., sólo se produjeron algo más de una docena de víctimas (en la fase de ensayos clínicos); aún así, es este país el único en el que hubo un proceso judicial que acabó en sentencia, condenando a la empresa a indemnizar. En España, a pesar de que hubo un número muy considerable de víctimas (se estima que unas 3000), en lo que se alcanza a ver, no se inició ninguna actuación judicial, y los medicamentos se retiraron sólo en 1963 – una buena muestra de los niveles de eficacia de los sistemas administrativo y judicial de la dictadura (vid. las tablas IV y V en www.avite.org). La recepción técnico-jurídica del debate alemán tuvo lugar sobre todo después del caso de la colza (vid. *infra* en el texto), una vez restaurado un régimen político legítimo.

²² En el plano legislativo, el caso motivó en Alemania una completa revisión de la Ley federal del Medicamento (*Arzneimittelgesetz*), que acababa de entrar en vigor (vid. Georg FREUND, AMG comentario previo a los §§ 1 y ss., en: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2007, n.m. 5 y s.). En este país ha revivido la atención de la opinión pública sobre la cuestión en los últimos años; así, en 2006 se inició un escándalo mediático-judicial en torno a la emisión de una película elaborada por la primera cadena pública de televisión (ARD), que mostraba una versión de los hechos crítica con Grünenthal y algunos abogados de la acusación accesoria; en julio de ese año fue prohibida su difusión en virtud de una demanda de protección del honor interpuesta por Grünenthal y uno de los abogados de los afectados ante el LG Hamburg; sin embargo, posteriormente el *Oberlandesgericht* (= Tribunal Superior de Justicia de un *Land*) Hamburg y el Tribunal Constitucional Federal –al que habían recurrido los demandantes– permitieron su emisión, que tuvo lugar en 2007 (*Der Spiegel* 8.11.2007); en ese mismo año, un grupo de afectados británicos planteó una nueva demanda de indemnización (*Der Spiegel* 12.11.2007); en 2008 se produjo una huelga de hambre de afectados alemanes para reclamar indemnizaciones adicionales de Grünenthal (*Der Spiegel* 13.10.2008), que condujo a un acuerdo, posteriormente, en 2009; en este año surgieron también rumores de que Grünenthal habría experimentado con la sustancia ya durante la segunda guerra mundial, recurriendo para ello a presos de campos de concentración (*Der Spiegel* 16.2.2009). Por otra parte, en España muy recientemente se está discutiendo la posibilidad de que el Gobierno indemnice a las personas afectadas (*El País* 22.3.2010).

²³ JZ 1971, p. 569; su artículo fue, en lo que se alcanza a ver, el primer trabajo jurídico-penal publicado sobre la resolución – KAUFMANN había actuado como perito de la defensa en el proceso.

²⁴ A pesar de que desde el punto de vista actual, probablemente haya consenso en considerar que lo más importante en este ámbito es la definición de los deberes de cuidado (niveles de riesgo permitido, como parte de la teoría de la imputación objetiva) y la determinación de las responsabilidades individuales dentro de estructuras empresariales, y el auto, como antes se ha indicado, contenía una original elaboración respecto de la primera de las cuestiones (que, sin embargo, no son trasladables a la actualidad, ya que faltan –en la terminología de Wolfgang FRISCH [*Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988]– los ordenamientos *primarios* –en normas administrativas– que hoy disciplinan el sector de actividad de la producción farmacéutica).

1. Los daños al feto: actuaciones prenatales y lesiones en el nacido

a) El primer problema está en determinar, con carácter previo a toda ulterior discusión del caso, cuál es el delito que podría integrar la conducta de los miembros de la empresa farmacéutica en caso de que las malformaciones producidas resultaran objetiva y subjetivamente imputables. Como antes se ha expuesto, la Cámara afirmó la tipicidad de los resultados lesivos producidos en cuanto delitos de lesiones imprudentes, apoyándose para ello en el único de los dictámenes presentados que arribó a esta conclusión, de *Maurach*²⁵. Frente a este punto de vista, *Armin Kaufmann*²⁶ desplegó un argumentario que mantiene hasta el día de hoy todo su vigor²⁷: partiendo de que resulta completamente irrelevante el momento de la acción (pues, como reza el conocido ejemplo, sí sería típica la conducta de envenenar el biberón de un bebé aún no nacido), identifica como cuestión decisiva la de determinar si el objeto material sobre el que se produce la incidencia de la cadena causal impulsada por el autor presenta la cualidad típica (lesión de un nacido) que el delito de lesiones requiere. Y resuelve esta cuestión afirmando que la impunidad del aborto imprudente en el ordenamiento alemán genera un *efecto de cierre* cuya base material (más allá del argumento sistemático) es de extraordinaria importancia y corresponde a una decisión consciente del legislador: no existe incriminación del aborto imprudente (ni de las lesiones prenatales imprudentes) porque lo contrario, generando los correspondientes deberes de cuidado, supondría una intolerable intromisión en la esfera de libertad de las gestantes y de quienes se relacionen con ellas. En este sentido, aparecería la posibilidad de inmiscuirse en el estilo de vida (esfuerzos excesivos, consumo de sustancias tóxicas, realización de otras actividades de riesgo) de la mujer en cuestión por la existencia de esa protección penal del producto de la concepción.

b) En este punto, la posición defendida por el LG quedó en vía muerta. En Alemania, la doctrina completamente dominante comparte desde entonces el punto de vista expresado por *Armin Kaufmann*²⁸. En España²⁹, como es sabido, el legislador ha tipificado expresamente en 1995 –asumiendo así materialmente el contenido de esa argumentación– las lesiones al feto, y ha excluido la responsabilidad a título de imprudencia de la mujer embarazada tanto para el delito de aborto como para el de lesiones al feto. La posición contraria, defendida en alguna ocasión por el Tribunal Supremo –antes de la entrada en vigor del nuevo CP aprobado en

²⁵ También en *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, 5ª ed., 1969, p. 76.

²⁶ JZ 1971, pp. 569-572; vid. también LÜTTGER, “Der Beginn der Geburt und das Strafrecht”, JR 1971, pp. 133 y ss., 139, y las referencias en el texto de KAUFMANN, p. 570, texto correspondiente a la nota 7.

²⁷ Así dice Enrique PEÑARANDA RAMOS (“La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo”, RDPCr 11 [2003], p. 235) que la argumentación de KAUFMANN en este punto “...no ha sido hasta ahora, en lo que alcanzo a ver, razonablemente desmentida. A mi juicio, porque no puede serlo.”

²⁸ Vid. sólo las referencias reunidas por PEÑARANDA RAMOS (RDPCr 11 [2003], p. 228 con nota 179; vid. también pp. 172 y s.) y Blanca MENDOZA BUERGO (“La delimitación del delito de lesiones al feto en el sistema del Código penal de protección de la vida y de la salud”, en: BAJO FERNÁNDEZ/JORGE BARREIRO/SUÁREZ GONZÁLEZ [ed.], *Libro homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1579 y ss., 1605 y s. con nota 62).

²⁹ Vid. PEÑARANDA RAMOS, RDPCr 11 (2003), p. 228 con nota 180 y MENDOZA BUERGO, LH Rodríguez Mourullo (nota 28), *ibidem*, en cuanto a las referencias de la doctrina mayoritaria en España, que coincide con la alemana.

1995³⁰– y respecto de la cual hay que destacar últimamente la aproximación de *Silva Sánchez*³¹, resulta, *sit venia verbo*, radicalmente contraintuitiva –ante la opción del legislador español de 1995– y no ha logrado extender su influencia más allá de un reducido grupo de autores³².

2. La relación de causalidad: conocimiento científico-natural y valoración judicial

a) La segunda cuestión planteada –el problema causal– es la que mayores repercusiones ha generado. En el fondo, se trata de un problema muy antiguo, la cuestión de una posible responsabilidad injusta por el resultado³³, que se plantea desde una nueva perspectiva por la génesis de una nueva situación: la existencia de múltiples riesgos nuevos, producidos por la generalización de productos químicos –como, en este caso, un medicamento– poco conocidos. Se trata, entonces, de determinar qué requisitos cabe plantear a la determinación judicial de responsabilidad por un delito de resultado³⁴ cuando el conocimiento de los posibles efectos de la sustancia en cuestión no es completo y por ello no resulta pacífico en la disciplina científico-natural competente. Como señala *Puppe*³⁵, este problema implica, en realidad, tres cuestiones distintas: en primer lugar, cuál es el contenido que debe exigirse respecto de la ley causal; en segundo, cómo ha de introducirse en el proceso judicial esa ley causal; en tercer lugar, cuál es la relación entre la afirmación de la relación causal en el caso concreto y la ley general de causalidad correspondiente.

b) Como se ha visto, el LG afirmó la causalidad: respecto de la primera de las cuestiones, no llega a pronunciarse por la terminación del proceso –pero da a entender que sería posible afirmar también la causalidad singular una vez probada la ley causal–, respecto de la segunda, afirma que quedó convencida la Cámara por aquellos peritos que dieron por probada la existencia de una relación causa-efecto, y en tercer lugar, sostiene que incumbe al tribunal dar por probada una de las posiciones sostenidas en la ciencia conforme a su convicción. El elemento diferencial frente a otros supuestos de cursos causales inciertos planteados en el pasado estribaba pues en que en este caso, no se trataba de determinar si la conducta concreta de X o Y había resultado causal para un concreto resultado, sino que, con carácter previo, no era clara –por las diversas posiciones adoptadas por los peritos– la existencia de una ley causal que explicara la génesis de las polineuritis y malformaciones, es decir, no podía formularse una *causalidad general* –aquella cuyo conocimiento es presupuesto de la *aplicación*

³⁰ STS 5.4.1995.

³¹ “La dimensión temporal del delito y los cambios de ‘status’ del objeto de la acción”, en: QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (ed.), *Nuevo Derecho penal. Estudios en memoria del Prof. J.M. Valle Muñiz*, 1999, pp. 159 y ss.

³² Vid. sólo la convincente crítica de PEÑARANDA RAMOS, RDPCr 11 (2003), pp. 229-240, y MENDOZA BUERGO, LH Rodríguez Mourullo (nota 28), pp. 1606-1608.

³³ Como señala Lothar KUHLEN, “Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung”, JZ 1994, pp. 1142 y ss., 1144.

³⁴ *Rectius*, de uno de los presupuestos de la afirmación de la responsabilidad, la relación fáctica de causalidad (pues de acuerdo con el estándar actual, siempre habrá de seguir un análisis normativo (imputación objetiva del comportamiento y del resultado).

³⁵ JZ 1994, p. 1147.

de la fórmula de la *conditio sine qua non*— que estableciera que la ingestión de talidomida generaba las lesiones³⁶.

También en este punto, el trabajo fundacional de *Armin Kaufmann* formula un contundente rechazo de la argumentación del tribunal³⁷: en su opinión, sólo puede alcanzarse certeza acerca de la relación de causalidad entre el uso del medicamento y los resultados lesivos cuando exista un “reconocimiento general” en la correspondiente rama de la ciencia, que no concurría en el supuesto, ya que “...una parte considerable de los peritos manifestó dudas” al respecto (aunque para ello, no sería necesario conocer *por completo* los elementos *internos* de una ley causal). Así las cosas, la necesaria certeza sólo podría provenir de un experimento clínico – imposible en el caso por razones obvias; en consecuencia, el tribunal habría incurrido en un *non liquet* al formular por sí mismo una ley causal, cuando su función para determinar la concurrencia del elemento del tipo de la ley causal general debe limitarse a constatar que existe el reconocimiento científico general.

Esta crítica —“parcialmente acerba”, como el propio *Kaufmann* dice— a la posición del tribunal ha marcado, al igual que la posición del auto, de modo decisivo la discusión posterior³⁸. Se inauguró así una situación de divorcio entre la posición de la jurisprudencia, próxima a las afirmaciones del LG Aachen, y la doctrina, crítica con la afirmación de la relación de causalidad, que se prolongó respecto de los *leading cases*³⁹ que han ido surgiendo con el tiempo en la misma materia⁴⁰: los casos *Lederspray* (*spray* para cuero)⁴¹, *Holzschutzmittel* (producto protector para madera)⁴² y *colza*⁴³. En síntesis —y simplificando múltiples posiciones que contienen los trabajos de los distintos autores— cabe afirmar que la opinión mayoritaria sostiene que en ausencia de reconocimiento general de una ley causal, la afirmación de la relación de causalidad sobre la base de distintos factores de correlación entre el elemento *sospechoso* y los resultados a imputar supondría una condena con base en meros indicios, insuficiente en este ámbito⁴⁴. Sin embargo, con los años esta situación de clara oposición entre la doctrina científica y las resoluciones judiciales ha ido erosionándose por la aparición de

³⁶ Armin KAUFMANN, JZ 1971, pp. 572 y s.

³⁷ JZ 1971, pp. 572-575.

³⁸ “Puede decirse, sin exagerar, que el proceso y los problemas en él planteados han influido de modo determinante toda la discusión reciente sobre la causalidad jurídico-penal” (HILGENDORF, *Produzentenhaftung* [nota 1], p. 115).

³⁹ Asumiendo la selección hecha por PUPPE, JZ 1994, p. 1148; vid. supuestos italianos próximos en GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad* (nota 1), pp. 43 y ss., 51 y ss.

⁴⁰ Que presentan, sin embargo, diferencias muy importantes entre sí, en las que aquí no es posible entrar.

⁴¹ BGHSt 37, pp. 106 y ss.

⁴² LG Frankfurt, NSTZ 1990, pp. 592 y ss.

⁴³ STS 23.4.1992; resolución que cita varios pasajes del auto del LG Aachen en esta cuestión.

⁴⁴ Vid. las referencias en KUHLEN, *Produkthaftung* (nota 1), pp. 63 y ss., 66 y ss.; IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad* (nota 1), pp. 95 y ss., y, por ejemplo —con diversas argumentaciones— los análisis críticos de MAIWALD, *Kausalität* (nota 1), pp. 106 y ss., 109; HILGENDORF, *Produzentenhaftung* (nota 1), pp. 114 y ss., 119 y s., 121 y ss.; PUPPE, JZ 1994, pp. m1147 y ss., 1149 y s.; Yesid REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 1994, p. 41; HASSEMER, *Produktverantwortlichkeit* (nota 1), pp. 36 y ss., 41 y ss., 49 y s.; José Manuel PAREDES CASTAÑÓN, en: IDEM/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, 1995, pp. 49 y ss., 70 y s., 118 y ss.; 128 y ss.

posiciones en la teoría que estiman que la afirmación de la causalidad en este tipo de supuestos hecha por la jurisprudencia resulta adecuada⁴⁵.

c) Desde el punto de vista aquí adoptado, la dificultad de identificar con claridad las diferentes posiciones en esta materia deriva ante todo de la confusión de los tres planos de argumentación que antes se han identificado. Es respecto de la primera cuestión –los contenidos de la ley causal general– que se ha producido la evolución de la doctrina científica que acaba de mencionarse: aquí hay un sector creciente de la teoría que opina que no es necesario que exista unanimidad en la disciplina en cuestión, y que el tribunal debe formar su convicción, no acerca de *cómo* es la ley causal en cuestión, sino de qué circunstancias cabe deducir su *existencia*⁴⁶; en este sentido, es ésta una competencia del enjuiciamiento del tribunal, es una cuestión *normativa*⁴⁷. La segunda cuestión –la introducción del análisis en el proceso– ha sido discutida mucho menos: ¿cuántos peritos deben ser oídos? ¿Cuáles son las disciplinas competentes en cada caso? ¿Qué respaldo debe tener una determinada posición en la disciplina competente para que el tribunal pueda fundar su convicción en ella? Y la tercera es la que mayores dificultades presenta –si bien no llegó a plantearse en el caso Contergan, fue la cuestión central en los demás supuestos–: una vez afirmada la ley causal, por el procedimiento que sea, ¿cómo determinar que un caso concreto es reconducible a ella? Como es evidente, para este juicio –imprescindible para la condena por delito de lesión, donde se evalúa individualmente cada una de las lesiones– la cuestión decisiva es que no aparezca ninguna hipótesis alternativa – y, como es claro, serán muchas las posibilidades. Parece obvio que los delitos de lesión no pueden procesar hechos de estas características: basta con imaginar que el caso Contergan o el de la colza hubieran quedado limitados a unos pocos supuestos; la condena habría sido imposible, con independencia de la posición asumida sobre la causalidad.

IV. Algunas conclusiones

Como conclusión parece que puede decirse que el caso Contergan dejó una certeza –la necesidad de distinguir entre la protección de la vida humana antes y después del nacimiento– y un mar de dudas: sobre la causalidad en sectores en los que la sociedad industrial actúa sin dominar el fondo de las fuerzas que desata su actividad. O, dicho de otro modo, generó otra certeza: como afirmó con particular clarividencia *Armin Kaufmann*, la de que con este caso, con independencia de la posición adoptada, quedó claro que “...un principio fundamental del ordenamiento jurídico-penal vigente ha alcanzado y sobrepasado los límites de su capacidad de rendimiento: la vinculación a la causación de un resultado entendida como lesión de un

⁴⁵ Vid. posiciones favorables a afirmar la relación de causalidad en estas constelaciones –aunque con argumentaciones en parte incompatibles– sólo KUHLEN, *Produkthaftung* (nota 1), pp. 69 y s.; entre los manuales alemanes más recientes Helmut FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 2007, 9/34 y ss., 36; cfr. también Francisco MUÑOZ CONDE, en: HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, 1995, pp. 87 y ss., 93 y ss.; Enrique GIMBERNAT ORDEIG, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, en: IDEM, *Ensayos penales*, pp. 257 y ss., 330 y ss.

⁴⁶ Así se explica –por ejemplo– que GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos penales* (nota 45), p. 334, pueda ver muy clara la causalidad en el caso de la colza (“verde y con asas”), sobre la base de los elementos de correlación, y denostar, en cambio, cualquier *normativización* del concepto de causalidad (pp. 334 y s.).

⁴⁷ KUHLEN, *Produkthaftung* (nota 1), pp. 69 y s.

bien jurídico como presupuesto fundamental de la punición”⁴⁸. Sólo queda el camino –si este sector de actividad del *riesgo* ha de ser procesado por el sistema penal– de aprehender estos riesgos “en la fuente”⁴⁹: comienza la era de los delitos de peligro abstracto, y, más específicamente, el tiempo de la responsabilidad penal por el producto, y, al tiempo, una nueva fase del Derecho penal económico.

⁴⁸ JZ 1971, p. 575.

⁴⁹ JZ 1971, p. 572.