





**REVISTA DE DERECHO PENAL  
Y CRIMINOLOGÍA**

## REVISTA

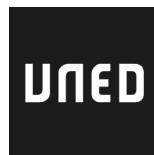
---

SUSCRIPCIONES Y ADQUISICIÓN DE NÚMEROS SUELTOS:

MARCIAL PONS, Librero  
Apartado núm. 31 F. D.  
28080 MADRID  
ESPAÑA

Universidad Nacional de Educación a Distancia  
facultad de derecho

**REVISTA DE DERECHO  
PENAL Y CRIMINOLOGÍA**



#### DIRECTORES

##### *Sección de Derecho penal*

Alicia Gil Gil, Catedrática  
de Derecho penal, UNED

Mariano Melendo Pardos, Profesor Titular  
de Derecho penal, UNED

##### *Sección de Criminología*

Alfonso Serrano Maíllo,  
Catedrático de Derecho penal, UNED

#### SECRETARIOS

Elena Maculan, Profesora Titular de Derecho Penal, UNED  
Marco Teijón Alcalá, Profesor Contratado Doctor de Derecho penal, UNED  
Laura Delgado Carrillo, Profesora Ayudante Doctora, UNED

#### COMITÉ DE REDACCIÓN

Sergio Cámará Arroyo, Noelia Corral Maraver, Juan Manuel Lacruz López,  
Miguel Ángel Martín, Felipe Meléndez Sánchez, José Núñez Fernández, María Dolores Serrano Tárrega  
y Carlos Vázquez González.

#### CONSEJO DE REDACCIÓN

Dr. Antonio Andrés Pueyo, Universidad de Barcelona — Dra. Adela Astúa Batarrita, Consejo de Estado —  
Dr. Christopher Birbeck, Universidad de Salford, Manchester — Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo, UB — Dra. María Luisa Cuerda Arnau, UJI — Dra. Mercedes García Arán, UAB — Dr. Antonio García-Pablos de Molina, Universidad Complutense de Madrid — Dr. Enrique Gimbernat Ordeig, Universidad Complutense de Madrid — Dr. Michael R. Gottfredson, Universidad de California — Dra. Elena Larrau Pijoan, UPF — Dra. Patricia Laurenzo Copello, Universidad de Málaga — Dr. Fernando Reinares Nestares, Universidad Rey Juan Carlos — Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Universidad Autónoma de Madrid — Dr. Per-Olof Wikström, Universidad de Cambridge —  
Dr. Diego Manuel Luzón Peña, Universidad de Alcalá

#### CONSEJO ASESOR

*España:* F. J. Álvarez García —Universidad Carlos III de Madrid—, L. Arroyo Zapatero —Universidad de Castilla-La Mancha—, A. Asúa Batarrita —Universidad del País Vasco—, I. Berdugo Gómez de la Torre —Universidad de Salamanca—, M. Cancio Meliá —Universidad Autónoma de Madrid—, J. C. Carbonell Mateu, —Universidad de Valencia—, J. Cuello Contreras —Universidad de Extremadura—, J. de la Cuesta Arzamendi —Universidad del País Vasco—, E. Demetrio Crespo —Universidad de Castilla La Mancha—, J. L. Díez Ripollés —Universidad de Málaga—, P. Faraldo Cabana —Universidad de A Coruña—, A. Manjón-Cabeza Olmeda —Universidad Complutense de Madrid—, F. Muñoz Conde —Universidad Pablo Olavide de Sevilla—, G. Quintero Olivares —Universidad Rovira i Virgili de Tarragona—, R. Ragués i Vallès —Universidad Pompeu Fabra de Barcelona—, J. M. Silva Sánchez —Universidad Pompeu Fabra de Barcelona—, R. F. Suárez Montes —Universidad de Oviedo.

*Alemania:* H. J. Albrecht —Instituto Max Planck de Friburgo—, K. Ambos —Universidad de Gotinga—, A. Eser —Universidad de Friburgo—, H. Kury —Universidad de Friburgo—, C Roxin —Universidad de Munich—.

*Argentina:* E. A. Donna —Universidad de Buenos Aires—, M. A. Sancinetti —Universidad de Buenos Aires— y E. R. Zaffaroni —Universidad de Buenos Aires—.

*Brasil:* L. Regis Prado —Universidad de Maringá—.

*Colombia:* F. Velásquez —Universidad Sergio Arboleda de Bogotá—.

*Chile:* E. Cury —Pontificia Universidad Católica de Chile— y J. L. Guzmán Dálbora —Universidad de Valparaíso—.

*Estados Unidos:* G. Fletcher —Universidad de Columbia—.

*Holanda:* J. A. E. Vervaele —Universidad de Utrecht—.

*Italia:* G. Marinucci —Universidad Estatal de Milán—, E. Musco —Universidad de Roma Tor Vergata— y F. Sgubbi —Universidad de Bolonia—.

*Méjico:* M. Moreno Hernández —Universidad Nacional Autónoma de Méjico—.

*Perú:* J. Armaza Galdós —Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa y Universidad Católica de Santa María—, J. Urquiza Olaechea —Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad Inca Garcilaso de la Vega— y J. Villa Stein —Universidad de San Marcos—.

*Portugal:* M. da Costa Andrade —Universidad de Coimbra— y J. Figueiredo Díaz Universidad de Coimbra—.

*Suiza:* J. Hurtado Pozo —Universidad de Friburgo, Suiza—.

# REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

## PRESENTACIÓN

*La Revista de Derecho Penal y Criminología* de la UNED, Tercera Época, es una revista científica de calidad, dirigida a la doctrina y a los profesionales del Derecho y de la Criminología.

La revista es semestral, publicándose dos números al año, uno en enero y otro en julio.

Nuestro deseo es publicar trabajos originales de penalistas y criminólogos españoles y extranjeros. Para garantizar la calidad de los trabajos publicados los mismos deberán pasar la evaluación previa de dos expertos en la materia objeto del artículo, ajenos a la entidad editora de la revista, elegidos en cada caso por su especialización y su independencia.

Además, la revista incluye una sección de recensiones críticas e independientes de libros relevantes de Derecho penal y de Criminología, preferentemente en nuestro idioma y una sección de Comentarios de jurisprudencia.

## INDICACIONES PARA LOS AUTORES

Los trabajos deberán enviarse a través de Open Journal Sistem, para lo cual es imprescindible registrarse y seguir las instrucciones establecidas aquí:

<http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/login/>

Los autores deberán registrarse con nombre y apellidos y deberá constar además el nombre de la institución de trabajo del autor o autores de cada artículo.

Los artículos deben ser originales. Únicamente con carácter excepcional, y nunca más de dos por cada número, se publicarán traducciones de artículos ya aparecidos con anterioridad, para lo que se tendrá en cuenta la importancia del artículo traducido y que sea la primera vez que aparece en lengua española.

Los trabajos deberán superar la evaluación externa de dos expertos en la materia ajenos a la entidad editora de la revista y al Consejo de Redacción. Es posible que la publicación de un artículo sea condicionada a la introducción de mejoras indicadas por los evaluadores.

En las referencias bibliográficas deberán constar los siguientes campos: autor (en versalita), título (en cursiva), datos de publicación (número de edición, lugar de edición, editorial y año) y página.

El autor deberá llenar todos los datos que se le solicitan en la aplicación, incluidos el título en español y en inglés, el resumen (de entre 5 y 10

líneas) en español y el *abstract* en inglés, y las palabras clave en ambos idiomas.

En el caso de recensiones de libros, se valorará para su publicación que la recensión sea un comentario crítico, y no un mero resumen o un comentario laudatorio, de la obra recensionada, así como la independencia del autor de la misma respecto del recensionado. Su extensión no deberá ser superior a 10 páginas.

# ÍNDICE

## SECCIÓN: DERECHO PENAL

Pau Alabau Pereiro, « <i>¿Imponer o mantener? Consideraciones en torno al nuevo delito de imposición o mantenimiento de condiciones ilegales mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo</i> » .....	13
Elena Íñigo Corroza, « <i>Criminalidad colectiva y culpabilidad. Cómo afecta la dinámica del grupo criminal a la culpabilidad individual</i> » .....	57
Ángela Matallín Evangelio, « <i>Estándares de eficacia de los programas de cumplimiento: análisis integrado de condiciones y requisitos (artículo 31 bis CP)</i> » .....	91
Laura Pascual Matellán, « <i>Poder elegir morir sin sufrimiento. Una reflexión sobre la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de Regulación de la Eutanasia</i> » .....	123
Cristina Rodríguez Yagüe, « <i>Prisión permanente revisable, concurrencia de delitos y acumulación de penas</i> » .....	163
Mario Santisteban Galarza, « <i>La criminalización de las ultrafalsificaciones (con especial atención a las implicaciones de la normativa europea de servicios digitales e inteligencia artificial)</i> » .....	211

## SECCIÓN: CRIMINOLOGÍA

Esther Montero Pérez de Tudela y Blanca Martín Ríos, « <i>El rol de cuidadora como factor criminógeno: la mujer reclusa en el sistema penitenciario español</i> » .....	253
José Manuel Ríos Corbacho, « <i>Sobre el concepto y el método científico de la criminología: hacia un modelo sistémico de las ciencias criminológicas</i> » .....	285

## SECCIÓN: RECENSIÓN DE LIBROS

- Alicia Gil Gil, «Recensión a Alonso Rimo, Alberto (2023). *El tipo subjetivo de los actos preparatorios del delito. Un estudio de las figuras preparatorias de la Parte General y Especial del Derecho penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 343 páginas»..... 355

## **DERECHO PENAL**



# ¿IMPONER O MANTENER? CONSIDERACIONES EN TORNO AL NUEVO DELITO DE IMPOSICIÓN O MANTENIMIENTO DE CONDICIONES ILEGALES MEDIANTE FÓRMULAS AJENAS AL CONTRATO DE TRABAJO<sup>1</sup>

Pau Alabau Pereiro

Investigador Predoctoral FPU del Área de Derecho penal  
Universitat Pompeu Fabra

**Title:** *To impose or to maintain? Thoughts on the new crime of imposing or maintaining illegal conditions through means outside the employment contract.*

**Resumen:** Entre la multitud de reformas penales que han visto la luz a lo largo de 2022, la introducción de un nuevo delito contra los derechos de los trabajadores puede haber pasado inadvertida. El nuevo artículo 311.2º CP, bautizado como delito de imposición o mantenimiento de condiciones ilegales mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo, presenta no pocos interrogantes a la luz del principio de intervención mínima y ofrece una enrevesada y deficiente redacción que anticipa serias dificultades en su aplicación judicial. Ante esta situación, el presente trabajo pretende, desde una perspectiva crítica, plantear los aspectos controvertidos de dicha figura para, a continuación, ofrecer una serie de criterios interpretativos que permitan alcanzar una solución dogmática-

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se enmarca en el proyecto PID2020-115863GB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. El contenido del artículo se corresponde con la ponencia que tuvo lugar en el seno del Seminario del Grupo de Investigación en Derecho Penal Económico-Empresarial de la Universitat Pompeu Fabra. Quisiera agradecer efusivamente a sus integrantes (con especial mención a los profesores Ramon Ragués, Beatriz Goena y Jordi Miró) los valiosos comentarios y críticas efectuadas, que han contribuido a enriquecer sustancialmente lo desarrollado en las próximas líneas. También debo dar las gracias a los evaluadores anónimos de la revista, quienes con su concienzuda revisión y exhaustivos comentarios han puesto de relieve algunos aspectos del texto que empañaban el resultado de la investigación.

mente coherente y político-criminalmente respetuosa con los principios irrenunciables que rigen en nuestro Derecho penal.

**Palabras clave:** principio de intervención mínima; condiciones ilegales; trabajadores; delito de peligro; explotación laboral.

**Abstract:** *Among the several penal reforms that have come to light throughout 2022, the introduction of a new crime against the rights of workers may have gone unnoticed. The new article 311.2 of the Spanish Criminal Code, named as the offense of imposing or maintaining illegal conditions through means outside the employment contract, raises a relevant number of inquiries in light of the minimal intervention principle. Furthermore, its convoluted and deficient phrasing foreshadows sensitive issues regarding its judicial implementation. Considering the abovementioned, this paper endeavours, from a critical perspective, to discuss the controversial topics surrounding this legal provision and to offer a set of interpretative criteria to reach a solution that is dogmatically coherent and poses crime policy consequences that are mindful of the fundamental principles intertwined with our Criminal Law.*

**Keywords:** *minimal intervention principle; illegal conditions; workers; crimes of Endangerment; labour exploitation.*

**Sumario:** 1. Introducción. – 2. Origen de la reforma. – 3. El nuevo art. 311.2º CP y su relación con el principio de intervención mínima del Derecho penal. – 4. Interrogantes que suscita el precepto. – 4.1. El bien jurídico protegido. – 4.2. Sujeto activo. – 4.3. Sujeto pasivo. – 4.4. Consentimiento del trabajador. – 5. Las conductas típicas. – 5.1. Imposición de condiciones ilegales mediante la contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo. – 5.2. Mantenimiento de condiciones ilegales en contra de requerimiento o sanción administrativa. – 6. Conclusión. – 7. Bibliografía.

## 1. Introducción

La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, ha incorporado un nuevo delito contra los derechos de los trabajadores que, por la celeridad de su tramitación y la escasa reflexión en su tipificación —característica que no es exclusiva de esta última reforma<sup>2</sup>—, presenta una redacción que puede generar problemas

<sup>2</sup> El tipo penal analizado fue introducido por vía de enmienda al articulado, sin haber sido objeto de comentario o justificación a lo largo de las sesiones en las que se debatió sobre la reforma del Código Penal que debía operarse mediante la hoy vigente Ley Orgánica 14/2022. Situación similar a la denunciada, en relación con el art. 314 CP, por Pomares Cintas, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 155. En relación con la introducción del art. 311 bis CP, en idénticos términos se pronuncia Navarro Cardoso, F., «El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo»,

interpretativos y colisionar con algunos de los principios limitadores del *ius puniendi*.

A partir de la citada reforma, que entró en vigor el pasado 12 de enero de 2023, el artículo 311 CP ha incorporado una nueva figura delictiva en su ordinal segundo, pasando las conductas descritas en los números dos a cuatro a estar tipificadas en los números tres a cinco. El nuevo tipo penal, que parece redactado *ad hoc* para perseguir y castigar a determinadas sociedades mercantiles que operan en el mercado como plataformas digitales de reparto o distribución de productos, dice así:

«Artículo 311

Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses: (...)

2.º Los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajena al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa».

El presente trabajo se iniciará con una breve exposición sobre los antecedentes que han conducido a la aparición de este nuevo delito en el Título correspondiente a los delitos contra los derechos de los trabajadores (2). A continuación, se analizará el art. 311.2º CP a la luz del principio de intervención mínima del Derecho penal y se presentará la problemática que plantea su delimitación con algunas infracciones administrativas (3). Más adelante, se ofrecerá una breve panorámica de los interrogantes que genera el precepto (4) y de las conductas típicas descritas en éste (5), para finalizar con un apartado en el que se resumirán las principales conclusiones obtenidas (6).

## 2. Origen de la reforma

La causa de esta reforma legislativa puede encontrarse en la explosión experimentada en el campo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y, más concretamente, en la generalización del uso de datos agregados y la estructuración algorítmica de las relaciones laborales, que permiten la reducción de costes empresariales y una ordenación de los recursos humanos más eficiente.

En este contexto, en la década de 2010 se produjo un auge de las plataformas digitales de trabajo localizado —como Uber, Glovo o Deliveroo—, que actúan mediante sus aplicaciones epónimas como intermediarios para la prestación de servicios de transporte o de reparto de productos y mercancías, fundamentalmente.

---

en De La Cuesta Aguado, P. M. et al. (Dir.), *Liber Amicorum: Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M<sup>a</sup>. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1049-1051.

La organización de los recursos humanos de este tipo de plataformas opera del siguiente modo: el empresario actúa como intermediario entre el usuario final (el cliente) y la persona que realiza la prestación (denominados «colaboradores»), y asigna mediante una fórmula algorítmica los pedidos a cada uno de los «colaboradores». La asignación automática a través del algoritmo selecciona al colaborador que se encuentra en mejor disposición de realizar la tarea de entre todos los posibles, con tal de minimizar la suma de costes.

A pesar de los numerosos beneficios productivos que la introducción de dichas herramientas comporta en términos de reducción de costes, se ha alertado de la posibilidad de que dichas estructuras empresariales oculten una auténtica relación laboral<sup>3</sup>, así como del impacto que la ordenación algorítmica de las tareas y del tiempo de trabajo tiene en el bienestar de los mencionados «colaboradores». A este respecto, la Organización Internacional del Trabajo denuncia que los algoritmos usados para emparejar a trabajadores y clientes mediante la geolocalización y el sistema de puntuación empleado limitan la flexibilidad y autonomía de los trabajadores<sup>4</sup>.

En este sentido, las referidas plataformas digitales, que han ido adquiriendo protagonismo en la denominada *gig economy*, también han suscitado controversias en nuestro entorno próximo, tanto en lo referido a la naturaleza de los servicios que prestan<sup>5</sup> como a la posibilidad de identificar una relación laboral respecto a las personas que prestan servicios en su seno<sup>6</sup>. De hecho, la relevancia cuantitativa de la «incorrecta clasificación de los trabajadores» ha llegado hasta el punto de atraer la atención del legislador comunitario, alcanzando El Consejo de la Unión Europea y el Parlamento Europeo el pasado 8 de febrero de 2024 un acuerdo en relación con la *Propuesta de Directiva relativa a la mejora de*

<sup>3</sup> El Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, por el que se aprobó el *Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020*, incluía como manifestación de la precarización del mercado laboral español la existencia de los «falsos autónomos», figura que «en los nuevos negocios creados a través de plataformas digitales es significativa» y que, pese a «difuminar ciertas notas de la relación laboral ello no impide su calificación como tal».

<sup>4</sup> Organización Internacional Del Trabajo, *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo 2021: El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo*, 2021, p. 205.

<sup>5</sup> La STJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/15 (ECLI:EU:C:2017:981), determina que los servicios prestados por Uber no pueden calificarse como «servicios de la sociedad de información», sino como verdaderos servicios de transporte.

<sup>6</sup> Cfr., sin ánimo de exhaustividad, la Sentencia de la Corte Suprema del Reino Unido de 19 de febrero de 2021, asunto *Uber BV and others v Aslam and others* y la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte de Apelación de Amsterdam de 21 de diciembre de 2021. Ambas resoluciones reconocen la laboralidad de las personas trabajadoras al servicio de Uber y Deliveroo, respectivamente.

*las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales*<sup>7</sup>. Entre otras medidas, el texto normativo, aún provisional mientras se escriben estas líneas, introduce en su artículo 5 una presunción *iuris tantum* de laboralidad aplicable en las relaciones entre una plataforma digital y la persona que le presta servicios<sup>8</sup>. Esta preocupación, asimismo, se enmarca en un contexto internacional en el que el debate en torno a las condiciones mínimas de trabajo ha evolucionado específicamente hacia la necesidad de poner en el foco de atención el «trabajo decente» como herramienta fundamental de toda política social y económica<sup>9</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, el interés por este fenómeno<sup>10</sup> se evidenció a partir de los intentos de protección de las personas que prestaban sus servicios a las referidas plataformas que, como no podía ser de otra forma, se articularon en primera instancia desde el ordenamiento laboral. Por un lado, desde la perspectiva de la normativa sancionadora, el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, vino a reformar el artículo 22 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social (en adelante, LISOS) para tipificar en el inciso 16 una nueva infracción administrativa grave aplicable a nuevos supuestos que no podían subsumirse en el art. 22.2 LISOS<sup>11</sup>. De esta forma, no se sancionaban únicamente

<sup>7</sup> El Resumen Ejecutivo del Informe de Evaluación de Impacto elaborado por la Comisión Europea, que acompaña a la referida Propuesta de Directiva, estima que, de los 28 millones de trabajadores por cuenta ajena que prestan sus servicios en plataformas digitales, 5,5 millones están incorrectamente clasificados como trabajadores por cuenta propia.

<sup>8</sup> No obstante, el propio art. 5.3 II excluye expresamente el efecto de dicha presunción en el ámbito penal.

<sup>9</sup> Son manifestaciones representativas de dicha evolución las Resoluciones de la Organización Internacional del Trabajo de 10 de junio de 2008 y de 9 de junio de 2016, principales exponentes de la Agenda de Trabajo Decente del citado organismo. Las anteriores consideraciones fueron recogidas en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 25 de septiembre de 2015, en la que se aprobó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, cuyo Objetivo 8 reza: «Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el *trabajo decente* para todos» (la cursiva es propia).

<sup>10</sup> Según las declaraciones del presidente de la Federación Nacional de Asociaciones de Trabajadores Autónomos (ATA) en enero de 2018, el número de «falsos autónomos» en España ascendía a 100.000 personas, mientras que la Unión de Asociaciones de Trabajadores Autónomos y Emprendedores (UATAE) lo cifraba en 210.000. Las referencias pueden encontrarse en prensa (disponible, entre otros, en: <https://www.elcorreo.com/economia/nuevo-decreto-sacar-20180804221011-nt.html> [última consulta el 12 de marzo de 2023]).

<sup>11</sup> Los arts. 22.2 y 22.16 LISOS rezan: «Se consideran infracciones graves las siguientes: (...) 2. No solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados. (...) 16. Comunicar la baja en un régimen de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena pese a que continúen la misma actividad laboral o mantengan idéntica prestación de servicios, sirviéndose de un alta indebida en un régimen de trabajadores por cuenta propia. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados».

los supuestos en los que, desde el principio, faltaba la afiliación o alta en la Seguridad Social del empleado como trabajador por cuenta ajena (art. 22.2 LISOS), sino también aquellos casos —muy frecuentes en la práctica— en los que el empresario solicitaba al trabajador en cierto momento de la relación laboral su alta como trabajador por cuenta propia, pese a seguir desempeñando las mismas funciones (art. 22.16 LISOS).

Del mismo modo, la jurisprudencia de los tribunales del orden social ha ido perfilando los contornos de la figura del trabajador por cuenta ajena y ha tratado de delimitarlo de los difusos límites que presenta en el ámbito de las plataformas digitales frente al trabajador por cuenta propia. La sentencia más renombrada es sin duda la STS 805/2020, Social (Pleno), de 25 de septiembre, (ECLI:ES:TS:2020:2924), primera resolución en la que nuestro Alto Tribunal se pronunció sobre la materia, al resolver un recurso de casación interpuesto por un repartidor de la sociedad mercantil Glovo contra las decisiones que, tanto en primera como en segunda instancia, desestimaron las demandas formuladas contra la empresa.

En el mencionado pronunciamiento, el Tribunal Supremo advirtió de entrada la falta de nitidez en la delimitación entre el contrato de trabajo y fórmulas análogas, reconociendo que la materia se rige por el «más puro casuismo». En consecuencia, se analizaron las circunstancias concurrentes en el caso estudiado, extrayéndose de ellas los indicios que acreditaban la existencia de una relación laboral: (i) el demandante disponía de unos medios materiales irrelevantes (una motocicleta y un teléfono móvil) en comparación con la propia estructura de la plataforma digital; (ii) Glovo era quien recibía el pago de los usuarios finales, redundando en su propio beneficio; (iii) era también la empresa quien fijaba los precios, la forma de pago y la remuneración de los repartidores; y (iv) el sistema de puntuación establecido condicionaba la libertad de elección de horarios de los repartidores.

Con base en ello, el Alto Tribunal declaró que concurrían las notas de voluntariedad, retribución, ajenidad y dependencia características del contrato de trabajo. Posteriormente, otras resoluciones del mismo órgano jurisdiccional<sup>12</sup> y de tribunales inferiores<sup>13</sup> han mantenido dicha línea interpretativa.

<sup>12</sup> Cfr., en este sentido, ATS, Social, de 15 de junio de 2022, (ECLI:ES:TS:2022:10076A); ATS, Social, de 19 de julio de 2022, (ECLI:ES:TS:2022:12041A), que inadmiten los recursos de casación interpuestos contra sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que declaraban la existencia de una relación laboral entre los demandantes y Deliveroo o Glovo, respectivamente.

<sup>13</sup> Ejemplificativamente, STSJ Aragón, Sala de lo Social, de 29 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TSJAR:2021:149); STSJ Aragón, Sala de lo Social, de 19 de septiembre de 2022 (ECLI:ES:TSJAR:2022:1150).

Esta corriente jurisprudencial fue reforzada legislativamente por medio de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre —conocida popularmente como «Ley Rider»—, que introdujo la presunción de laboralidad de la actividad de personas que, en el marco de la gestión algorítmica desarrollada por las plataformas digitales, prestan servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de productos o mercancías<sup>14</sup>.

No obstante todo lo anterior, algunas organizaciones denuncian que el fenómeno de los «falsos autónomos» —esto es, trabajadores por cuenta ajena que son fraudulentamente clasificados como trabajadores por cuenta propia— sigue en auge<sup>15</sup>.

Esto último manifiesta, a juicio del legislador, la ineffectividad del ordenamiento laboral y administrativo sancionador para prevenir dichas conductas fraudulentas indeseadas<sup>16</sup>. La alegada ineffectividad ha llevado que, en consecuencia, se haya estimado adecuado tipificar en el nuevo art. 311.2º CP las conductas relacionadas con este fenómeno que, por los medios empleados o por su contumacia, son consideradas gravemente atentatorias contra los derechos de los trabajadores.

### 3. El nuevo art. 311.2º CP y su relación con el principio de intervención mínima del Derecho penal

Tradicionalmente, se han asociado las distintas conductas típicas contenidas en el art. 311 CP con la protección de los trabajadores fren-

<sup>14</sup> La Ley 12/2021, de 28 de septiembre, introduce una Disposición Adicional 23<sup>a</sup> en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) con este contenido: «Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma».

<sup>15</sup> En una nota de prensa de 26 de enero de 2023, basándose en los datos obtenidos de la Encuesta de Población Activa del cuarto trimestre de 2022 publicados por el Instituto Nacional de Estadística, la UATAE advierte de la existencia de más de 240.000 trabajadores que pueden ser considerados «falsos autónomos» en España (disponible en: <https://uatae.org/el-empleo-autonomo-desciende-debido-a-la-incertidumbre-de-la-situacion-economica-derivada-del-conflicto-belico-y-los-falsos-autonomos/> [última consulta el 13 marzo de 2023]).

<sup>16</sup> El apartado V del Preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022 así lo recoge: «El conjunto de instrumentos de tutela de la relación de trabajo reposa en el ordenamiento jurídico laboral, que garantiza la efectividad de sus preceptos mediante las instituciones, administrativas y judiciales, que permiten asegurar la vigencia de las normas y de las decisiones judiciales. No obstante, cuando los medios preventivos y sancionadores con que cuenta el ordenamiento laboral ceden ante nuevas formas de criminalidad grave, es inevitable el recurso, como última ratio, al Derecho penal» (el subrayado es propio).

te a las distintas manifestaciones de la explotación, en su vertiente de explotación laboral. Dicho concepto ha sido definido por algún sector doctrinal como el aprovechamiento de la vulnerabilidad del trabajador para la obtención de un rédito económico mediante el atropello de sus derechos socio-laborales<sup>17</sup>.

Desde una lógica del principio del daño, y desde un análisis suprapositivo, sólo algunos autores como Peralta se han cuestionado la legitimidad de la criminalización de la explotación, por cuanto la conducta explotadora no produciría un resultado de daño material —puesto que no se afecta negativamente la prospectiva de vida de la supuesta víctima, sino que, de hecho, ésta se ve mejorada— ni un daño moral —ya que no pueda afirmarse que se elimine la autonomía de la víctima, sino que, al contrario, es la prohibición estatal la que lo hace al desoír su voluntad—. De esta forma, la represión de la explotación únicamente estaría justificada como herramienta para revertir el desequilibrio entre explotador y explotado. No obstante, y pese a su conveniencia en términos de utilidad social, soslayar el principio según el cual únicamente pueden criminalizarse las conductas dañinas en sí mismas tiñe dicha represión, a juicio de este autor, de un sabor moralista. En consecuencia, la legitimidad de dicho castigo, en su opinión, quizás debería buscarse en la violación de un deber positivo de auxilio para con el sujeto vulnerable<sup>18</sup>.

Pese a que la respuesta al interrogante precedente excede del objeto del presente trabajo, la cuestión que se plantea acerca de la conveniencia de criminalizar ciertas conductas puede reconducirse al nuevo tipo penal del art. 311.2º CP, a partir de un análisis a la luz de los principios limitadores del *ius puniendi* que deben regir en un Estado social y democrático de Derecho.

La existencia de delitos de peligro como el estudiado en este trabajo no es novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, pues puede advertirse desde hace años su presencia en distintos sectores, como el tráfico rodado, la salud pública y el medio ambiente, entre muchos otros<sup>19</sup>. Asimismo, el interés del legislador por dicha figura ha propiciado su proliferación, con especial intensidad en las últimas reformas penales, en el Derecho penal económico<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Citando jurisprudencia al respecto, Pomares Cintas, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, op. cit., p. 57.

<sup>18</sup> Peralta, J. M., «La explotación de una necesidad: una discusión filosófica sobre su ilicitud penal», en *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Vol. XVI, 2015, pp. 488 ss.

<sup>19</sup> Rodríguez Montañés, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid/Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, pp. 3-5.

<sup>20</sup> Kubiciel, M., «Libertad, instituciones, delitos de peligro abstracto: ¿Un nuevo prototipo del Derecho penal económico?», en *InDret*, Vol. 3, 2017, pp. 2, 4-7, aprecia que pueden encontrarse las causas de esta ampliación en las dificultades probatorias de los

Así, a pesar de ciertas reticencias dogmáticas dirigidas hacia tales clases de delitos, esencialmente en relación con los delitos de peligro abstracto<sup>21</sup>, la inseguridad —real o percibida— relativa a estos específicos sectores de actividad ha conllevado una demanda de mayor tipificación de delitos de peligro, siendo éste un elemento más del fenómeno de la expansión del Derecho penal<sup>22</sup>.

Dicha tendencia ha recibido severas objeciones por parte de un importante sector doctrinal, que estima que vulnera el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, puesto que tales delitos de peligro suponen una anticipación de las barreras penales que protege únicamente de forma muy lejana una eventual afectación al individuo<sup>23</sup>.

No obstante, otros autores, a partir de la superación de la teoría de la protección del bien jurídico<sup>24</sup>, abogan por la legitimidad de los delitos de peligro abstracto como instrumento idóneo para la protección de normas primarias de dirección económica. Así, según esta posición doctrinal, esta clase de delitos se erige como estandarte de defensa de las instituciones básicas en una sociedad democrática, a partir de la protección de las normas indispensables para el correcto funcionamiento de éstas, por lo que su expansión en el Derecho penal económico estaría justificada<sup>25</sup>.

Esta opinión se ha visto reforzada por la tendencia anteriormente mencionada, en la que se inserta también la creación del nuevo delito de imposición o mantenimiento de condiciones ilegales. En efecto, el incremento del número de delitos de peligro, en los que el objeto de protección es difuso, ha evidenciado la crisis del principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos, dado que ya no puede afirmarse que todas las normas jurídico-penales legítimas protejan dichas realidades<sup>26</sup>.

---

delitos de resultado lesivo, la influencia del «Derecho penal europeo» y el aumento de normas primarias de dirección económica.

<sup>21</sup> En España, Torío López, Á., «Los delitos del peligro hipotético», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 34, No. 2-3, 1981, pp. 825-847, únicamente excluye de la crítica relativa a los problemas de legitimidad de los delitos de peligro abstracto a los delitos de peligro hipotético, entendidos como categoría intermedia entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto.

<sup>22</sup> Silva Sánchez, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3<sup>a</sup> ed., Edisofer, Madrid, 2011, pp. 45-46.

<sup>23</sup> Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2<sup>a</sup> ed., B de F, Buenos Aires, 2010, pp. 462-464, recogiendo esta crítica.

<sup>24</sup> Kubiciel, M., «Derecho penal económico indispensable, delitos prescindibles», en *La Ley compliance penal*, Vol. 5, 2021, p. 7.

<sup>25</sup> Ibídem, pp. 3, 6; Kubiciel, M., «Libertad, instituciones, delitos de peligro abstracto: ¿Un nuevo prototipo del Derecho penal económico?», op. cit., pp. 7-11, estima que sólo mediante éstos puede garantizarse la libertad como posibilidad real del propio desarrollo personal.

<sup>26</sup> Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., pp. 501-504.

Estos procesos de incriminación conducen, por tanto, a una «administrativización» del Derecho penal. En este contexto, éste se constituye como un mero instrumento de gestión de riesgos cumulativamente significativos —esto es, cuya relevancia proviene de la repetición masiva de tales conductas—, en lugar de orientarse a la represión de conductas que, individualmente consideradas, son lesivas para un determinado bien jurídico.

La discusión en torno a la falta de antijuridicidad material y de legitimidad, predicada respecto a distintos tipos penales que conforman el Derecho penal económico, puede extenderse también al delito contenido en el nuevo art. 311.2º CP pues, como se verá *infra* apartado 4.1, resulta complejo extraer cuál es el objeto de protección que el legislador ha pretendido incorporar.

Más allá de la postura que se adopte respecto a este extremo, sin embargo, es esencial identificar un especial desvalor en las conductas típicas del art. 311.2º CP que justifique la intervención penal y permita su deslinde respecto a la infracción administrativa. El punto de partida previo para dicho análisis se encuentra en las infracciones contenidas en la precitada LISOS. Asumiendo la práctica identidad entre la conducta que fundamenta la sanción administrativa en dicho texto legal y la sanción penal contenida en el art. 311.2º CP, debe procederse a la ardua tarea de espigar el especial desvalor de la conducta reprochada penalmente.

La trascendencia del referido proceso de deslinde trae causa de la preeminencia del ordenamiento penal frente al administrativo sancionador en supuestos de concurrencia de dualidad sancionadora en el mismo supuesto de hecho. Frente a esta situación, si no se distingue un plus de lesividad en relación con la conducta sancionada penalmente, la normativa laboral puede sufrir una derogación *de facto* al ser inaplicable en este caso, bajo riesgo de vulnerar el principio *non bis in idem* en caso contrario<sup>27</sup>.

En lo que aquí respecta, dicha preeminencia se encuentra recogida en el artículo 3 LISOS, que prohíbe sancionar aquellos hechos que ya hayan sido objeto de sanción penal o administrativa, siempre que concurra «identidad de sujeto, de hecho y de fundamento». En nuestro caso, merece la pena detenerse en la primera de ellas pues, como se profundizará a continuación, el legislador no ha aprovechado mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 14/2022 la oportunidad de incluir los delitos contra los derechos de los trabajadores dentro del catálogo de aquéllos que generan responsabilidad penal de las personas jurídicas.

<sup>27</sup> Fuentes Osorio, J. L., «¿El legislador penal conoce la normativa sancionadora laboral?», en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 36, 2016, pp. 556-566.

Lo anterior trae como resultado no sólo una distorsión del régimen aplicable a las personas jurídicas en este tipo de delitos —que sí estarían sujetas a las medidas accesoriales del art. 129 CP, por remisión a éste del art. 318 CP<sup>28</sup>—, sino que también puede tener efectos perversos al admitir la posibilidad de un sistema sancionador dual. En efecto, cuando los hechos que fundamenten la sanción administrativa hayan sido ejecutados por un empresario que tenga la condición de persona jurídica, nunca concurrirá identidad de sujeto respecto a la sanción penal que, *ex art.* 318 CP, no puede imponerse a dichas entidades. La descoordinación entre el orden penal y el administrativo sancionador a este respecto conllevará la posibilidad de imponer una sanción con base en la LISOS al empresario persona jurídica y, simultáneamente —si concurren todos los requisitos—, condenar penalmente por los mismos hechos a su administrador o encargado del servicio correspondiente en virtud del art. 318 CP, sin vulnerar el principio *non bis in idem*<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> La doctrina es prácticamente unánime al señalar que, desde la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, las medidas contenidas en el art. 129 CP serían aplicables, conforme a la literalidad del precepto, únicamente a entidades sin personalidad jurídica. En este sentido, por todos, Dopico Gómez-Aller, J., «Tema 4. Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en De La Mata, N. *et al.* (Dir.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 166-167; Goena Vives, B., «Tema 7. Las sanciones y otras consecuencias jurídicas», en Silva Sánchez (Dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte General y Especial*, 2<sup>a</sup> ed., Atelier, Barcelona, 2023, pp. 240-241; Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, 6<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 765. Por tanto, este sector doctrinal mayoritario, del que es exponente Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa Parte Especial*, 7<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1093, señala que, por mucho que el art. 318 CP *in fine* remita a las medidas accesoriales del art. 129 CP para el caso de que los hechos fueran atribuidos a personas jurídicas, dicho precepto es de imposible aplicación. No obstante, otro sector doctrinal sigue una interpretación literal del art. 318 CP y esgrime que la remisión no es a los *presupuestos materiales* del art. 129 CP, sino al mero *catálogo de medidas* a imponer recogido en éste, por lo que las consecuencias accesoriales descritas en este último serían aplicables a personas jurídicas a las que fueran atribuibles hechos tipificados como delitos contra los derechos de los trabajadores (Palomo Del Arco, A., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en Camacho Vizcaíno, A. [Dir.], *Tratado de Derecho Penal Económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 1756; De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 76-77). Dado que decantarse fundamentalmente por una u otra posición excedería del alcance del presente artículo, debe advertirse que las críticas que se efectuarán a lo largo del texto respecto a la posible aplicación del art. 129 CP a personas jurídicas no presuponen la asunción de una determinada posición doctrinal, sino que parten de lo que, en la práctica, sucede. Así, sin perjuicio de que el Tribunal Supremo no haya argumentado expresamente los fundamentos que permiten aplicar las medidas del art. 129 CP a personas jurídicas en el ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores, lo cierto es que el Alto Tribunal ha venido pronunciándose recientemente, de forma reiterada, a favor de imponer dichas consecuencias accesoriales a personas jurídicas en esta tipología de delitos; *vid.*, en este sentido, STS 162/2019, Penal, de 26 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:1007) y la más reciente STS 792/2022, Penal, de 29 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3488).

<sup>29</sup> En este sentido se pronuncia la STS 469/2020, Social (Pleno), de 18 de junio (ECLI:ES:TS:2020:2632): «Razona el TC que no es posible apreciar la triple identidad

La discusión acerca de la delimitación entre el área de intervención del ordenamiento administrativo sancionador y la del ordenamiento penal nos brinda un último interrogante: ¿realmente era necesaria la creación del tipo penal contenido en el nuevo art. 311.2º CP?

Algún autor ha celebrado su inclusión alegando que el *modus operandi* de ciertos empresarios facilita ataques de especial gravedad que atentan contra el núcleo de los derechos de los trabajadores, y que tales conductas no eran subsumibles en el ordinal primero del mismo precepto porque la expresión «trabajadores a su servicio» empleada en éste restringía la condición de sujeto pasivo a aquéllos que tuvieran la condición jurídica de trabajadores por cuenta ajena<sup>30</sup>. Por otro lado, se ha rechazado la posibilidad de subsumir tales conductas en el art. 311.1º CP porque éste exige que las condiciones impuestas perjudiquen los derechos reconocidos, entre otros, en el contrato laboral, y las conductas analizadas no llegan a perjudicar dichos derechos, ya que simplemente conforman un nuevo marco de referencia, al margen del contrato laboral<sup>31</sup>.

Sin embargo, en mi opinión, la conducta de imposición de condiciones ilegales mediante una fórmula ajena al contrato de trabajo podía encontrar acomodo en el tipo penal de referencia, siempre que concurriera engaño o abuso de necesidad<sup>32</sup>. Respecto a la primera alegación, como se verá *infra* apartado 4.3, el concepto de trabajador que ha manejado la ju-

---

requerida, (...) al no darse la identidad subjetiva exigida como presupuesto para la vulneración denunciada cuando en uno de los procesos se sanciona a la persona jurídica empresario y en el otro se sanciona penalmente al representante legal de la misma. (...) [E]sa misma imposibilidad de sancionar en vía penal a la persona jurídica concurre igualmente en el supuesto de autos, pues, (...) el delito contra la seguridad de los trabajadores por el que fue condenado el encargado de la empresa, es uno de los que está expresamente excluido de la responsabilidad penal de la persona jurídica».

<sup>30</sup> Martínez-Buján Pérez, C., «El nuevo delito de imposición (o mantenimiento) de condiciones ilegales a los trabajadores mediante su contratación con fórmulas ajenas al contrato de trabajo del art. 311-2º del Código Penal», en González Cussac J. L. (Coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 99.; Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, op. cit., pp. 1010-1011.

<sup>31</sup> Pérez González, S., «El art. 311 del Código Penal: ¿la ley penal Glovo?», en *Almacén de Derecho*, 2023, disponible en: <https://almacendedderecho.org/el-art-311-del-codigo-penal-la-ley-penal-glovo>, [última consulta el 18 de febrero de 2023].

<sup>32</sup> También así lo interpreta Quintero Olivares, G., «Reformas penales de acompañamiento: la ocultación de cadáver y la contratación laboral ilegal», en *Almacén de Derecho*, 2023, disponible en: <https://almacendedderecho.org/reformas-penales-de-acompanamiento-la-ocultacion-de-cadaver-y-la-contratacion-laboral-ilegal>, [última consulta el 18 de febrero de 2023]. En la jurisprudencia reciente, puede encontrarse en la STS 543/2023, Penal, de 5 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3075), un supuesto que avala la anterior interpretación, pues se condena por el art. 311.1º CP al sujeto que, constituyendo una «falsa cooperativa» y engañando a sus trabajadores *de facto* para que aceptaran darse de alta en el régimen de autónomos, les impuso condiciones laborales perjudiciales, tales como una remuneración inferior a la pactada y, en algunos supuestos, la *ausencia de remuneración alguna*.

risprudencia y la doctrina dominante en relación con el art. 311.1º CP es el del trabajador en sentido fáctico<sup>33</sup>, por lo que la posibilidad de incluir en el círculo de sujetos pasivos a los trabajadores que fraudulentamente han sido contratados mediante fórmulas ajenas a la laboral arroja pocas dudas. En relación con el segundo aserto, no debe obviarse que el art. 311.1º CP efectúa una referencia a los derechos contenidos no sólo en el contrato de trabajo, sino también en las disposiciones legales. En tanto la falta de alta en el Régimen General de Seguridad Social suprime, perjudica o restringe los derechos que de ella se derivan<sup>34</sup> —en materia de pensiones contributivas, principalmente— considero que, siempre que concurrieran el resto de los requisitos que exige el tipo penal, dichas conductas podrían haber sido sancionadas con base en éste.

Teniendo en cuenta que la falta de alta del trabajador, o la baja indebida en el régimen general con la correspondiente alta en el régimen de trabajadores autónomos, son calificadas como infracciones graves por el artículo 22 LISOS —que no como muy graves— difícilmente puede verse con buenos ojos la redacción deficiente de un tipo penal que, por su vaguedad, no justifica el plus de desvalor que el principio de intervención mínima exige. Ello también es aplicable a la conducta correspondiente al segundo inciso del nuevo tipo penal, por cuanto el incumplimiento de requerimientos administrativos o la reincidencia en las infracciones ya se encuentran comprendidos como criterio de gradación de la sanción en los arts. 39.2 y 41 LISOS, entre otros.

Las críticas anteriores se agravan si se tiene en cuenta que, a causa de su tipificación en el art. 311 CP, dichas conductas podrían llevar aparentadas unas penas a todas luces desproporcionadas (de 6 meses a 6 años de prisión), especialmente si se tiene en cuenta que, con la agravación prevista en el nuevo ordinal quinto del tipo penal, éstas podrían alcanzar los 9 años de prisión y los 18 meses de multa<sup>35</sup>. Decisión legislativa que, probablemente, responda a la intención de extender el periodo de prescripción de tales delitos a los 10 años<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Por todas, STS 348/2017, Penal, de 17 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1908).

<sup>34</sup> Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo: un estudio del artículo 311 del Código penal*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, p. 419; De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., pp. 141-143; Navarro Cardoso, F., «El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo», op. cit., p. 1058.

<sup>35</sup> El actual art. 311.5º CP prevé la aplicación de la pena superior en grado en aquellos casos en los que las conductas de los apartados anteriores fueran llevadas a cabo mediante violencia o intimidación.

<sup>36</sup> El desajuste entre el ordenamiento jurídico-penal y el administrativo sancionador a efectos de plazos de prescripción —en la mayoría de los casos, las infracciones del orden laboral prescribirán a los 3 años, ex art. 4 LISOS— puede generar consecuencias indeseadas. En efecto, la distancia abismal entre los plazos de prescripción de la infracción administrativa y el delito puede llevar a una preferencia por la vía penal en algunos casos en

En consecuencia, a través de la reforma del artículo 311 CP, el legislador introduce un nuevo precepto penal que parece ser innecesario e injustificado desde la perspectiva de su antijuridicidad material, obstaculizando con ello la aplicación de medios individuales y colectivos más ágiles de protección de los derechos de los trabajadores<sup>37</sup>. Sin embargo, debido a su vigencia desde el 12 de enero de 2023, no queda otro remedio que intentar llevar a cabo una interpretación del tipo penal que permita disipar algunas de las dudas que arroja su redacción y delimitar las conductas típicas descritas en éste.

## 4. Interrogantes que suscita el precepto

### 4.1. *El bien jurídico protegido*

Pese a que la doctrina ha reflexionado sobre la posibilidad de afirmar la existencia de un bien jurídico común en los delitos contra los derechos de los trabajadores<sup>38</sup>, se ha afirmado que para determinar el bien jurídico protegido en cada uno de los preceptos penales de dicho Título debe acudirse al tipo penal específico en cada caso<sup>39</sup>.

Puede establecerse un paralelismo entre el bien jurídico protegido por el primer inciso del reciente art. 311.2º CP —esto es, la *imposición* de condiciones ilegales mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo— y el correspondiente al del primer ordinal del mismo precepto. Como se desarrollará *infra* apartado 5.1, el núcleo del injusto de la conducta activa se concentra en el empleo de formas contractuales ajenas a la laboral con el resultado de imposición de condiciones ilegales. La norma permite inferir, a partir de su configuración típica, que el bien jurídico que se pretende proteger se concreta en «los derechos que dimanan de las condiciones mínimas exigibles e irrenunciables de la contratación laboral»<sup>40</sup>. Así se desprende de la exigencia de imposición de condiciones ilegales, es decir, *contrarias a disposiciones legales* que configuran los derechos mínimos de los trabajadores, al contrario de lo que sucede con el art. 311.1º CP, que desvaloriza las conductas que supriman, restrinjan o perjudiquen los derechos reconocidos no sólo en las leyes, sino también en los con-

---

los que la conducta pueda constituir únicamente una infracción administrativa, saturando innecesariamente los ya sobrecargados tribunales del orden jurisdiccional penal.

<sup>37</sup> Ya a inicios de este siglo, advertía contra esta tendencia en el contexto de los delitos contra los derechos de los trabajadores Lascuraín Sánchez, J. A., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 57, No. 1, 2004, pp. 19-20.

<sup>38</sup> Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., pp. 92 ss.

<sup>39</sup> De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 125.

<sup>40</sup> Ibídem, p. 126. Contraria al carácter supraindividual del bien jurídico protegido, Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., pp. 163 ss.

venios colectivos y el contrato, extremo este último muy criticado por la doctrina<sup>41</sup>.

En este sentido, la referencia a «condiciones ilegales» refuerza la tesis consistente en centrar el bien jurídico protegido por el primer inciso del precepto en aquellas condiciones mínimas amparadas en los instrumentos normativos competentes. Si bien la exclusión del contrato individual es inevitable —pues la conducta típica presupone, precisamente, la ausencia de contrato laboral— debe considerarse ajustada al principio de intervención mínima del Derecho penal el rechazo de la figura del convenio colectivo como instrumento cuyo incumplimiento pueda generar responsabilidad penal. En consecuencia, a pesar de que al trabajador le pueda ser aplicable *de facto* un determinado convenio colectivo, sólo será típica, si concurren el resto de condicionantes, la imposición de condiciones contrarias a las disposiciones legales.

Así, por ejemplo, serán atípicas las conductas mediante las cuales una empresa de distribución de productos cocinados para su venta a domicilio impone a un «falso autónomo» condiciones que vulneran el periodo de descanso semanal establecido en el convenio colectivo aplicable, pero respetando los límites mínimos que fija el Estatuto de los Trabajadores.

La dimensión supraindividual del bien jurídico protegido implica que la afectación a varios trabajadores deba interpretarse como un solo delito, sin que pueda entenderse cometido un delito por cada uno de los trabajadores afectados<sup>42</sup>. Lo mismo sucedería, en su caso, con las conductas subsumibles en el segundo inciso del precepto.

Ello contrasta con la solución seguida por la LISOS, en cuyos artículos 22.2 y 22.16 se afirma que «se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados». Ello puede generar un desajuste entre la pena de multa impuesta por la comisión del delito y las sanciones administrativas que, en muchas ocasiones, serán muy superiores a la pena pecuniaria<sup>43</sup>. Lo anterior es aún más evidente en la mayoría de los

<sup>41</sup> Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, 2<sup>a</sup> ed., Trotta, Madrid, 1997, pp. 77-78; Lascuraín Sánchez, J. A., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta», op. cit., p. 42.

<sup>42</sup> De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 183; Agustina Sanllehí, J. R., «Tema 13. Delitos contra los derechos de los trabajadores», en Silva Sánchez (Dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte General y Especial*, 2<sup>a</sup> ed., Atelier, Barcelona, 2023, p. 483; Lascuraín Sánchez, J. A., «Tema 15. Delitos contra los derechos de los trabajadores», en De La Mata, N. et al. (Dir.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 600. También en este sentido se pronuncia la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo en la que, pese a la afectación a varios trabajadores, se confirma la condena por un solo delito contra los derechos de los trabajadores; *vid.* STS 247/2017, Penal, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1303); STS 639/2017, Penal, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3389).

<sup>43</sup> Esta situación fue ya advertida en su día por Benítez Ortúzar, I., «A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?»,

supuestos para los que nació el art. 311.2º CP —empresas de grandes dimensiones, con un gran número de trabajadores afectados— puesto que, en este caso, no es posible la imposición de la pena de multa a la persona jurídica, por no encontrarse entre las medidas accesorias del art. 129 CP, al que remite el art. 318 CP *in fine*<sup>44</sup>.

Peor suerte corre la inclusión de la segunda conducta típica del nuevo art. 311.2º CP —esto es, el *mantenimiento* de condiciones ilegales en contra de requerimiento o sanción administrativa— en el Título correspondiente a los delitos contra los derechos de los trabajadores. En efecto, difícilmente puede sostenerse que el bien jurídico protegido en dicho tipo penal comprenda las condiciones laborales irrenunciables de los trabajadores, por cuanto el reproche punitivo del art. 311.2º CP *in fine* no va ligado a una conducta de lesión o peligro vinculada a sus derechos laborales —como sí sucede en el inciso primero—, sino al mero mantenimiento de tales condiciones pese a requerimiento o sanción administrativa en contra. Ello invita a inferir que el bien jurídico protegido por este segundo inciso sea, por tanto, el interés del Estado en el cumplimiento de la normativa laboral y la efectividad de su sistema de control administrativo<sup>45</sup>, lo que apoya la tesis expuesta *supra* apartado 3, por cuanto el nuevo tipo penal parece haber sido creado para la protección de ciertas «normas primarias de dirección económica».

En consecuencia, la introducción del segundo inciso entre los delitos contra los derechos de los trabajadores se justificaría únicamente por el contexto en el que dicha conducta típica sería ejecutada; esto es, en el marco de las *relaciones laborales*. Debe advertirse que ello no supone un hecho aislado, sino que es extensible a otros tipos penales del mismo Título del Código Penal, como el delito de contratación plural sin alta en la Seguridad Social o sin el preceptivo contrato de trabajo del actual art.

---

en De La Cuesta Aguado, P. M. et al. (Dirs.), *Liber Amicorum: Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan Mº Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1039-1040. Dicha descoordinación fue también alertada por la Fiscalía General del Estado en su Memoria del año 2001, tal y como expone De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 80.

<sup>44</sup> Sin perjuicio de lo advertido en la nota 29, debe reconocerse que el inciso final del art. 318 CP establece que «la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código», entre las cuales no está incluida la multa a la persona jurídica.

<sup>45</sup> El Preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022 detalla en su apartado V los dos objetivos de política criminal que persigue la reforma del Código Penal que, junto a la redacción del tipo penal contenido en el art. 311.2º CP, permiten deducir el bien jurídico protegido. En lo respectivo al segundo objetivo, en lo que aquí interesa, se justifica la reforma del siguiente modo: «Por otro lado, pretende garantizar la efectividad del ordenamiento jurídico laboral y de su sistema de control administrativo ante incumplimientos del mismo en detrimento de los derechos, individuales y colectivos, de las personas trabajadoras».

311.3º CP<sup>46</sup>, el delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP<sup>47</sup> o el delito de explotación de inmigrantes irregulares del art. 312.2 *in fine* CP<sup>48</sup>, entre otros.

#### 4.1. Sujeto activo

La discusión doctrinal en relación con el sujeto activo no es nueva ni exclusiva del precepto estudiado. Ya en relación con el resto de las conductas tipificadas en el art. 311 CP, la posición doctrinal mayoritaria ha abogado por reconocer que, pese a su formulación como delitos comunes, se configuraban en realidad como *delitos especiales* que, como tales, sólo podían ser cometidos por el empresario o empleador<sup>49</sup>.

Estas consideraciones, según algunos autores<sup>50</sup>, no podrían extenderse al nuevo tipo penal de imposición de condiciones ilegales mediante la contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, puesto que la sustitución de la expresión «trabajadores a su servicio» del art. 311.1º CP por la de «sus trabajadores» del nuevo art. 311.2º CP manifestaría la voluntad del legislador de ampliar el círculo de autores a todo aquél con

<sup>46</sup> Trapero Barreales, M. A., «La transformación del Derecho Penal laboral: de protector de los derechos de los trabajadores a garante de la competencia empresarial y de las políticas migratorias», en *Cuadernos de Política Criminal*, Vol. 114, 2014, pp. 32 ss., advierte que el bien jurídico protegido por el delito tipificado en el anterior art. 311.2º CP consiste en la competencia leal empresarial.

<sup>47</sup> Conforme a Benítez Ortúzar, I., «A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?», op. cit., pp. 1036 ss., la introducción del entonces art. 311.2º CP por la Ley Orgánica 7/2012 y del art. 311 bis CP por la Ley Orgánica 1/2015 distorsionaba el Título XV, por cuanto el bien jurídico protegido ya no comprendía únicamente los derechos de los trabajadores, sino la competencia leal empresarial. En el mismo sentido, Navarro Cardoso, F., «El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo», op. cit., p. 1054; Hortal Ibarra, J. C., «Tutela de las condiciones laborales y reformas penales: ¿El ocaso del Derecho penal del Trabajo?», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, Vol. 20, 2018, p. 70.

<sup>48</sup> Pomares Cintas, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral*, op. cit., pp. 94-95, denuncia que con la inclusión de dicho precepto penal se introducen en el Título correspondiente a los delitos contra los derechos de los trabajadores tipos penales cuyo interés es el control de los flujos migratorios irregulares, al considerar como bien jurídico protegido el interés estatal en el control de flujo migratorio.

<sup>49</sup> Narváez Bermejo, M. A., *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 24-25; Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 57-58; Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, op. cit., p. 57. También así lo reconoce la jurisprudencia; por todas, STS 247/2017, Penal, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1303).

<sup>50</sup> Martínez-Buján Pérez, C., «El nuevo delito de imposición (o mantenimiento) de condiciones ilegales...», op. cit., p. 103.

capacidad para contratar, entendiendo que en este último caso devendrían «sus trabajadores» con posterioridad a la consumación del delito.

Sin embargo, esta concepción parte, a mi juicio, de dos preconcepciones erróneas. En primer lugar, y pese a que la expresión «trabajadores a su servicio» invite a interpretar que el delito tipificado en el art. 311.1º CP sólo puede cometerse con posterioridad a la contratación de dicho trabajador —pues sólo en ese instante puede considerarse que el trabajador está *a su servicio*— la doctrina mayoritaria ha entendido que la imposición de condiciones perjudiciales tiene relevancia típica también en el momento de contratar<sup>51</sup>. En segundo lugar, en relación con el art. 311.2º CP, no puede entenderse que el núcleo del injusto se circunscriba a la *mera contratación fraudulenta* —en ella, si se quiere, radicará el desvalor de acción—, puesto que en ese caso no se diferenciaría de la infracción administrativa. Se defiende en estas líneas, al contrario, que la consumación se produce cuando se imponen las condiciones ilegales —desvalor de resultado— mediante una fórmula fraudulenta ya establecida anteriormente<sup>52</sup>.

Piénsese en el caso de una empresa cuyo objeto social es la organización de festivales de música. Para ello, en lugar de disponer de técnicos de sonido como personal laboral, la sociedad celebra contratos de obra con cada uno de ellos, para cada uno de los conciertos que organiza. Durante la celebración del espectáculo, los técnicos de sonido realizan durante varios días jornadas de trabajo superiores a las 14 horas, sin descanso para comer. Siguiendo la interpretación que aquí se mantiene, *sólo cuando se impusieran dichas condiciones ilegales* (jornadas maratonianas sin respetar el tiempo de descanso), facilitado por su contratación como «falsos autónomos», podría subsumirse dicha conducta en el nuevo art. 311.2º CP.

Consecuentemente, y dado que sólo puede imponer y mantener condiciones ilegales a sus trabajadores quien reúne la condición de empresario, el nuevo delito de imposición de condiciones ilegales debe ser interpretado como un delito especial, con un círculo de autores determinado. La introducción del sintagma «sus trabajadores» únicamente debe conducir, por tanto, a entender, de forma similar a lo que sucedía con el art. 311.1º CP, que la imposición de condiciones ilegales se puede producir no sólo una vez iniciada la relación contractual, sino también en el momento de contratar.

Lo anterior permitiría incluir en el art. 311.2º CP aquellos supuestos en los que, en el momento de suscribir el contrato de obra o servicio, se estipula un sistema de retribución por reparto de pedido que, pese al

<sup>51</sup> De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 134; Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, op. cit., p. 55.

<sup>52</sup> Respecto a esta cuestión, ver *infra* apartado 5.1.

desarrollo de una jornada laboral completa, sea inferior a la fijada como salario mínimo interprofesional.

Las anteriores consideraciones se enturbian cuando la condición de empresario la tiene una persona jurídica. Cuestión que, en la práctica, sucede en la mayoría de los casos. Más allá de profundizar en el análisis de la responsabilidad penal de los administradores de la sociedad o de sus delegados cuando la condición de empresario se reúne en la persona jurídica —que excedería enormemente del objeto de este trabajo—, merece la pena nombrar la problemática generada por dicho fenómeno desde la perspectiva de la responsabilidad penal de los entes colectivos.

En primer lugar, huelga reiterar que en el Título correspondiente a los delitos contra los derechos de los trabajadores se produce una tensión entre los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas consagrado en el art. 31 bis CP y el de las medidas accesorias del art. 129 CP, al que se remite el art. 318 CP<sup>53</sup>. En efecto, persiste el *societas delinquere non potest* en esta clase de delitos, pero, al mismo tiempo, son aplicables unas medidas accesorias cuyo contenido, en gran parte, es idéntico a las penas que pueden imponerse a las personas jurídicas<sup>54</sup>. Esta situación, extensible al nuevo tipo penal del art. 311.2º CP, conlleva una supresión de las garantías procesales del empresario persona jurídica al no poder acogerse, por las razones expuestas, a la condición de investigado.

Por otro lado, resulta incoherente que la incorporación de un tipo penal que parece haber sido introducido *ad hoc* para unos supuestos y unos sujetos activos específicos —en todo caso, empresarios personas jurídicas— no admita la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a aquellos sujetos colectivos que ejecutan actos cuya especial gravedad justifica, a juicio del legislador, el reproche penal.

Por último, la interpretación seguida puede extenderse también a la segunda conducta típica, pues debe entenderse que el que mantiene dichas condiciones ilegales será el empresario, en todo caso. Respecto a la cuestión relativa a si el empresario que mantiene debe ser distinto al que previamente ha impuesto tales condiciones<sup>55</sup>, considero pertinente

<sup>53</sup> Este último precepto, aplicable al nuevo art. 311.2º CP, detalla: «Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código». Esta disposición, dicho sea de paso, refuerza la interpretación del tipo penal estudiado como delito especial, cuyo sujeto activo puede serlo únicamente el empresario.

<sup>54</sup> Todo ello, sin perjuicio de las advertencias efectuadas en la nota 29.

<sup>55</sup> Así lo interpreta Núñez Castaño, E., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en Galán Muñoz, A. y Núñez Castaño, E. (Dir.), *Manual de Derecho penal económico y de la empresa*, 5<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 313.

rechazar dicha interpretación, puesto que tales supuestos quedarían cubiertos por la cláusula contenida en el actual art. 311.4º CP<sup>56</sup>.

#### 4.3. *Sujeto pasivo*

Al precepto estudiado le son aplicables, con matices, algunas de las conclusiones alcanzadas en relación con el tipo penal de imposición de condiciones perjudiciales mediante engaño o abuso de situación de necesidad —art. 311.1º CP—. No obstante, merece la pena resaltar los dos aspectos más controvertidos que pueden condicionar la aplicación del nuevo art. 311.2º CP.

La cuestión del sujeto pasivo plantea mayores dudas en relación con la primera conducta típica. El sujeto pasivo del delito tipificado en el art. 311.2º CP, primer inciso, lo conforman los trabajadores<sup>57</sup>. El concepto que se debe manejar, sin embargo, es el de trabajador *de facto*<sup>58</sup> y no una concepción jurídico-laboral que, por definición, no concurrirá nunca en relación con este tipo penal.

En este sentido, se emplea un concepto de trabajador que, como sucede en el resto de los delitos contra los derechos de los trabajadores, no requiere la existencia de un contrato laboral válido, y que, en consecuencia, permite extender la protección penal a aquellas personas en las que se reúnan las notas características propias de un *trabajador por cuenta ajena*<sup>59</sup>, aun cuando formalmente no pueda celebrarse un contrato de

<sup>56</sup> Este precepto dispone que se impondrán las mismas penas a «Los que en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en los apartados anteriores, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro».

<sup>57</sup> Así lo afirmaban, respecto al tipo penal del art. 311.1º CP, De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 130; Lascuraín Sánchez, J. A., «Tema 15. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 600. Por otro lado, distintos autores consideran que el sujeto pasivo son los trabajadores como colectivo o como fuerza de trabajo. En este último sentido, Navarro Cardoso, F.: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, op. cit., p. 45; Agustina Sanllehí, J. R.: «Tema 13. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 482; Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, op. cit., p. 50.

<sup>58</sup> En relación con el art. 311.1º CP, Terradillos Basoco, J. M., «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 41, 2021, p. 31; Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 58; Agustina Sanllehí, J. R., «Tema 13. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 482; De Vicente Martínez, R.: *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., pp. 131 ss.

<sup>59</sup> La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en relación con este punto, exige que el sujeto pasivo reúna los rasgos de dependencia, ajenidad, retribución y voluntariedad que la jurisprudencia del orden social extrae del art. 1 ET. A este respecto, STS 34/2023, Penal, de 25 de enero (ECLI:ES:TS:2023:253).

trabajo<sup>60</sup> o la relación laboral provenga de un contrato con causa ilícita<sup>61</sup>. Por todo ello, es cuestionable que las conductas que el nuevo art. 311.2º CP busca reprimir no fueran subsumibles ya en otros preceptos del mismo Título del Código Penal.

Por otro lado, y a pesar de la consideración del bien jurídico como bien supraindividual, el sujeto plural al que se refiere el precepto no puede excluir la tipicidad penal de aquellas conductas cuyo destinatario sea *un único trabajador*, puesto que también éstas pueden llegar a afectar potencialmente a las condiciones laborales mínimas e irrenunciables del conjunto de trabajadores<sup>62</sup>.

Finalmente, pese a que el Preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022 remite claramente al fenómeno de los «falsos autónomos», la redacción típica posibilita la aplicación del art. 311.2º CP cuando se impongan condiciones ilegales a otros sujetos en los que concurra una fórmula de contratación ajena a la laboral, como los «falsos becarios», «falsos cooperativistas» o «falsos voluntarios», entre muchos otros supuestos.

En relación con este último punto, una interpretación amplia del concepto «trabajadores» conduciría a la aplicación de este nuevo tipo penal a situaciones en las que no existe una verdadera situación de *explotación laboral*. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un director financiero de una empresa emergente o *startup* que prefiere prestar sus servicios como autónomo y así lo acuerda con el administrador de la sociedad pues, de esta manera, obtiene unos rendimientos económicos superiores a los percibidos en caso de vinculación laboral con la empresa.

Es evidente que estos supuestos, como sucede en la mayoría de los casos en los que el «trabajador» dispone de una posición de poder dentro de la estructura empresarial, no pueden regirse por los mismos paráme-

<sup>60</sup> Así, la jurisprudencia interpreta unánimemente que los delitos contra los derechos de los trabajadores también protegen a los extranjeros irregulares que, como tales, no pueden suscribir un contrato de trabajo. La STS 348/2017, Penal, de 17 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1908) considera, respecto al art. 312.2 *in fine* CP, que «[c]onsiderar solo sujeto pasivo de este derecho al trabajador legal y no al inmigrante clandestino llevaría a una concepción que crearía unas situaciones inaceptables de desigualdad social, porque el empleador podría imponer a los trabajadores ilegales las condiciones laborales más discriminatorias sin riesgo alguno de infracción legal».

<sup>61</sup> En este sentido, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma constante respecto a la posibilidad de aplicar los delitos contra los derechos de los trabajadores en casos en los que las víctimas ejercían labores de alterne y de prostitución. *Vid.*, entre otras, las STS 34/2023, Penal, de 25 de enero (ECLI:ES:TS:2023:253); STS 237/2023, Penal, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1377); STS 162/2019, Penal, de 26 de marzo, (ECLI:ES:TS:2019:1007); STS 792/2022, Penal, de 29 de septiembre, (ECLI:ES:TS:2022:3488); STS 270/2016, Penal, de 5 de abril, (ECLI:ES:TS:2016:1553).

<sup>62</sup> Citando jurisprudencia, Agustina Sanllehí, J. R., «Tema 13. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 483. En el mismo sentido, De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 134.

etros que los casos anteriormente mencionados, pese a que formalmente podrían encajar en la descripción del tipo penal. En efecto, considero que debe efectuarse un ejercicio de reducción teleológica del precepto que permita, a la luz de su ubicación sistemática, delimitar el umbral mínimo de tipicidad y, especialmente, concretar los sujetos pasivos sobre los que puede recaer la conducta típica.

El criterio empleado en este trabajo toma como referencia no sólo una interpretación teleológica, que parte de las condiciones mínimas de trabajo como bien jurídico protegible, sino que, especialmente, se sigue una interpretación sistemática del precepto, al ponerlo en relación con el art. 311.1º CP. Por ello, se considera que únicamente colman el tipo penal estudiado las conductas en las que haya una verdadera *imposición* de condiciones ilegales a los trabajadores; esto es, aquellas acciones que se desarrollan en un contexto que permita afirmar una verdadera situación de *explotación laboral*<sup>63</sup>. Sólo así es coherente la inclusión de este tipo penal en el Título correspondiente a los derechos de los trabajadores y sólo esta interpretación permite afirmar que el nuevo tipo penal protege, de igual forma que el art. 311.1º CP, las condiciones laborales *mínimas e irrenunciables* de la relación laboral.

La necesaria concurrencia de una *imposición* unilateral por parte del empresario permite diferenciar, en consecuencia, el tratamiento dispensado a los grupos de casos en los que al sujeto no se le imponen como cargas ciertas condiciones, sino que éste las acuerda o incluso las propone al empresario, respecto a aquellos otros en los que se sitúa al trabajador en una situación de *vulnerabilidad* que determina la apreciación de una verdadera situación de explotación laboral y que, en consecuencia, permite asimilar valorativamente dichas conductas a las comprendidas en el art. 311.1º CP.

La interpretación sistemática efectuada viene exigida, asimismo, por la pena vinculada al nuevo tipo penal, que es idéntica a la del art. 311.1º CP. Así, la aplicación del nuevo delito de imposición de condiciones ilegales a supuestos en los que no concurriera una verdadera *imposición* conllevaría una clara desproporción entre ambas disposiciones, pues el delito tipificado en el ordinal primero requiere una imposición mediante unos medios comisivos —engaño o abuso de situación de necesidad— que manifiestan una especial vulnerabilidad del sujeto pasivo. Asumiendo lo anterior, sería incoherente asociar la misma pena —de una gravedad nada desdeñable, por otra parte— a un tipo penal que obviara dicha realidad.

<sup>63</sup> Una interpretación similar a la seguida por Agustina Sanllehí, J. R., «Tema 13. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 486.

#### 4.4. Consentimiento del trabajador

El ordenamiento jurídico laboral, de acuerdo con su orientación tutitiva, parte del principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales y de Seguridad Social por parte de los trabajadores<sup>64</sup>. Sin embargo, y pese a la eficacia que tales disposiciones puedan proyectar en el plano jurídico-laboral<sup>65</sup>, la doctrina penal aboga por ofrecer una teoría del consentimiento acotada, en relación con los delitos contra los derechos de los trabajadores, a la naturaleza del bien jurídico protegido y a los propios medios comisivos del tipo de injusto analizado.

En relación con el delito previsto en el art. 311.1º CP, un sector doctrinal, coherente con la interpretación del carácter supraindividual del bien jurídico protegido, niega cualquier tipo de eficacia al consentimiento manifestado por un trabajador<sup>66</sup>. Otros autores, pese a reconocer la dimensión colectiva del bien jurídico protegido, afirman que cuando la concurrencia de medios comisivos cristaliza en formas de ataque individuales —como el engaño o el abuso de situación de necesidad en el art. 311.1º CP— el consentimiento individual puede ser relevante<sup>67</sup>. Finalmente, una tercera posición reconduce su eficacia a la presencia o no de las causas de vicios del consentimiento<sup>68</sup>.

Esta última posición, seguida por el Tribunal Supremo<sup>69</sup>, infiere que el consentimiento puede ser relevante cuando la decisión del trabajador no traiga causa de engaño ni abuso de necesidad. Sin embargo, en la mayoría de los casos en los que la voluntad no esté viciada, la exclusión de la tipicidad no vendrá producida por la eficacia del consentimiento, sino por la propia falta de concurrencia de los medios comisivos. Dicho de otro modo: en un supuesto en el que el trabajador consintiera, sin mediar engaño, la imposición de condiciones perjudiciales, la atipicidad

<sup>64</sup> Cfr., en este sentido, el art. 3.5 ET y el art. 3 de la Ley General de Seguridad Social.

<sup>65</sup> Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 405.

<sup>66</sup> Terradillos Basoco, J. M., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., pp. 2 ss.; Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, op. cit., p. 995; Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, op. cit., p. 51. Vid., en este mismo sentido, el compendio de posturas presentado en De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 178.

<sup>67</sup> Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, op. cit., p. 51.

<sup>68</sup> Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., pp. 405-406, reconoce que la inclusión en el art. 311.1º CP del engaño y abuso de necesidad como medios comisivos refuerza la tesis de la eficacia del consentimiento. No obstante, entiende que la desigualdad inherente en las relaciones laborales viciará en no pocas ocasiones el consentimiento del trabajador. Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, op. cit., p. 73, entienden que, si concurre el consentimiento del trabajador, la conducta es atípica por no existir «imposición».

<sup>69</sup> Cfr., por todas, la STS 247/2017, Penal, de 5 de abril, (ECLI:ES:TS:2017:1303).

no provendría de la eficacia de dicho consentimiento, sino de la ausencia de engaño.

Al reconducir la discusión al nuevo art. 311.2º CP, el interrogante relativo a la eficacia del consentimiento manifestado por el trabajador adquiere importancia de nuevo, por cuanto la supresión de los requisitos de engaño o abuso de situación de necesidad puede manifestar la voluntad del legislador de reconocer expresamente la irrelevancia del consentimiento<sup>70</sup>.

La respuesta a dicho interrogante dependerá del concreto bien jurídico que se entienda protegido por el nuevo tipo penal que, como se ha defendido en líneas anteriores, lo constituiría la protección de las condiciones mínimas exigibles e irrenunciables de la contratación laboral. En consecuencia, pese a que una persona individual pueda ser el objeto o destinatario de la conducta típica, se trata de un bien jurídico supraindividual<sup>71</sup>. Abona esta interpretación la falta de exigencia de causación de un perjuicio a los derechos de los trabajadores concretos siendo que, como se desarrollará *infra* apartado 5.1, es suficiente con la imposición de condiciones ilegales.

Asumiendo la premisa anterior, podría ya justificarse la irrelevancia del consentimiento del concreto trabajador al que se le impongan condiciones ilegales mediante una fórmula ajena al contrato laboral. En efecto, y acogiendo la interpretación que un sector doctrinal ofrecía en relación con el art. 311.1º CP<sup>72</sup>, el consentimiento del trabajador sería irrelevante por la indisponibilidad del bien jurídico protegido por el nuevo tipo penal<sup>73</sup>.

Sin embargo, aunque no se acogiera la anterior interpretación, debe rechazarse con carácter general, asimismo, la eficacia del consentimiento en los supuestos subsumibles en el tipo penal del art. 311.2º CP. En no pocas ocasiones, el perfil de trabajador al que se le imponen las condiciones ilegales mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo determinará una asimetría informativa en la que difícilmente concurrirán el conocimiento y la voluntad necesarios para tomar una decisión autónoma.

<sup>70</sup> La inclusión del engaño como medio típico había sido criticada por un sector de la doctrina, pues implicaba la concurrencia del consentimiento de la víctima —aunque estuviera viciado— en la renuncia de unos derechos irrenunciables. A este respecto, Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, op. cit., pp. 51-52.

<sup>71</sup> Pérez González, S., «El art. 311 del Código Penal: ¿la ley penal Globo?», op. cit.

<sup>72</sup> *Vid. nota 67.*

<sup>73</sup> Sobre la irrelevancia del consentimiento en bienes jurídicos supraindividuales, *vid. Íñigo Corroza*, E.: «El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 75, No. 1, p. 174, nota 11. En el mismo sentido, *Roxin, C.: Derecho Penal. Parte General*, (trad. por Luzón Peña, D. M. et al.), t. I, Civitas, Madrid, 1997, pp. 526 ss.; *Jescheck, H. y Weigend, T., Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (trad. por Olmedo Cardenete, M.), Comares, Granada, 2002 p. 408.

Por otro lado, en la mayoría de los casos, la desigualdad y necesidad que genera un mercado laboral con exceso de demanda y escasez de oferta mermará la capacidad del trabajador para oponerse a las irregularidades impuestas en esa relación de prestación de servicios<sup>74</sup>.

Por ello, según la interpretación mantenida, será típica *ex art. 311.2º* CP la conducta del empresario que impone condiciones de jornada y retribución contrarias a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores a un repartidor, encuadrado indebidamente como trabajador autónomo, por mucho que éste consienta en dicha *imposición unilateral* por parte de la plataforma digital.

## 5. Las conductas típicas

El art. 311.2º CP parece contener dos conductas típicas: (i) una *conducta activa*, consistente en la *imposición* de condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo; y (ii) una *conducta omisiva*, que comprende el *mantenimiento* de dichas condiciones tras requerimiento o sanción administrativa en contra.

Con carácter previo al análisis de las conductas recogidas en el nuevo tipo penal, debe procederse a dilucidar la relación existente entre ambas, que se encuentran unidas por la conjunción disyuntiva «o». A pesar de que vincular ambas conductas típicas mediante la conjunción copulativa «y» hubiera resuelto la mayoría de los interrogantes que el precepto plantea, el legislador ha optado por relacionar ambas conductas de forma alternativa, por lo que debe rechazarse que únicamente sea típica la imposición de condiciones ilegales cuando ésta sea mantenida en contra de requerimiento o sanción administrativa<sup>75</sup>, bajo riesgo de vulnerar el principio de legalidad. Si así fuera, la referencia a la «*imposición*» que efectúa el primer inciso sería superflua, pues todo mantenimiento de unas determinadas condiciones trae como causa una previa imposición. Al contrario, la configuración de un tipo mixto alternativo anuda el reproche penal, por un lado, a la imposición de condiciones ilegales me-

<sup>74</sup> Lascuraín Sánchez, J. A., «Tema 15. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., pp. 624-625.

<sup>75</sup> Esta posición ha sido defendida por Lascuraín Sánchez, J. A., «Más para el catálogo de excesos punitivos: el nuevo delito de camuflaje de la laboralidad», en Almacén de Derecho, 2023, disponible en: <https://almacendedderecho.org/mas-para-el-catalogo-de-excesos-punitivos-el-nuevo-delito-de-camuflaje-de-la-laboralidad> [última consulta el 10 de abril de 2023]. Con base en una interpretación sistemática debe rechazarse dicha posibilidad dado que, cuando el legislador ha pretendido exigir la concurrencia cumulativa de diversas conductas, así lo ha hecho (así, por ejemplo, en el delito de discriminación laboral del art. 314 CP).

diante la contratación fraudulenta y, por otro, a su mantenimiento pese a requerimiento o sanción previos.

Se han ofrecido dos posibles interpretaciones adicionales referidas a la relación entre ambas conductas típicas: (i) serían *típicas* aquellas conductas de *imposición* de condiciones ilegales cometidas con posterioridad a dicha entrada en vigor, pero únicamente serían *punibles* si se mantienen pese a requerimiento o sanción administrativa en contra<sup>76</sup>; o bien (ii) el segundo inciso operaría como una suerte de *cláusula transitoria* para aquellas condiciones ilegales que sean *mantenidas*, pero *no impuestas*, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2022<sup>77</sup>.

Empezando por la primera vía interpretativa, no puede entenderse que la referencia al mantenimiento de condiciones ilegales impuestas previamente contenga una *condición objetiva de punibilidad*, pues la configuración del propio tipo penal, que agrupa ambas conductas de forma alternativa y excluyente, imposibilita dicha interpretación.

En segundo lugar, respecto a la posibilidad de interpretar la segunda conducta típica como una *cláusula transitoria* para dotar a los potenciales sujetos activos del delito de un marco temporal razonable para ajustar su conducta a lo dispuesto en la norma, debe definirse con carácter previo si el delito de *imposición* de condiciones ilegales se configura como delito *permanente* o *de estado* (instantáneo de efectos permanentes). Sólo así podrá delimitarse el espacio ocupado por esta primera conducta de los supuestos en los que sería aplicable la segunda modalidad prevista en el art. 311.2º.

La doctrina y la jurisprudencia efectúan, a mi juicio, un análisis erróneo —y en algunos casos, caótico— de dicha cuestión en relación con el tipo contenido en el ordinal primero del art. 311 CP. Así, se interpreta de forma unánime el referido tipo penal como un delito instantáneo de efectos permanentes, que se consuma en el momento de imposición de las condiciones irregulares, pero cuyos efectos se extienden en el tiempo con posterioridad a dicha imposición<sup>78</sup>. No obstante, la confusión aparece cuando se identifica el *dies a quo* a efectos de prescripción con el momento de levantamiento de dichas condiciones<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Pérez González, S., «El art. 311 del Código Penal: ¿la ley penal Glovo?», op. cit.

<sup>77</sup> De conformidad con la Disposición Transitoria Primera de la referida Ley Orgánica, de forma análoga a las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda del Código Penal, las conductas de imposición de condiciones ilegales llevadas a cabo con anterioridad a su entrada en vigor, el 12 de enero de 2023, serían atípicas.

<sup>78</sup> De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 176; Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., pp. 478-479; Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, op. cit., pp. 63-64.

<sup>79</sup> En la jurisprudencia, múltiples resoluciones califican el art. 311.1º CP como delito instantáneo de efectos permanentes pero, a la vez, afirman que no puede empezarse a computar el plazo de prescripción mientras se mantengan dichas condiciones: SAP Teruel,

Lo anterior es incompatible con la naturaleza del delito de estado, que concienta el núcleo de injusto en la creación de un estado antijurídico, hallándose fuera del tipo de injusto el mantenimiento de dicha situación, con lo que la consumación del delito se produce necesariamente con la creación del referido estado antijurídico, y no con su cesación<sup>80</sup>. Y viceversa, de interpretarse el tipo como delito permanente, en el que la prolongación del estado antijurídico, que pertenece al tipo de injusto, depende de la voluntad del autor<sup>81</sup>, la consumación seguiría produciéndose hasta el levantamiento de dicha situación antijurídica<sup>82</sup>.

Como se ha dicho, la solución adoptada en este caso tendrá incidencia en materia de prescripción, de consumación y, por tanto, de ley aplicable temporalmente<sup>83</sup>, cuestión que reviste enorme trascendencia en nuestro caso para la delimitación de los supuestos en los que será aplicable la conducta de *mantenimiento* de condiciones ilegales, frente a la de *imposición*.

Pues bien, extendiendo tales consideraciones al estudio del primer inciso del nuevo art. 311.2º CP, si se es coherente con la tesis de su interpretación como delito de estado, deberá asumirse que la consumación se producirá con la imposición de las condiciones ilegales, mientras que su mantenimiento integraría, en su caso, la fase de agotamiento del delito. Por tanto, a partir de la entrada en vigor del nuevo precepto serían típicas únicamente las nuevas conductas de imposición de condiciones ilegales o el mantenimiento de las impuestas con anterioridad a la entrada en vigor, siempre que concurriera un requerimiento o sanción administrativa previa en este último caso. Esta postura sería más acorde con la dimen-

Sección 1<sup>a</sup>, de 5 de abril de 2018 (ECLI:ES:APTE:2018:37); SAP Asturias, Sección 3<sup>a</sup>, de 5 de octubre de 2015 (ECLI:ES:AP0:2015:3377); SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 2<sup>a</sup>, de 15 de febrero de 2002 (ECLI:ES:APTF:2002:385). Ello parece desprenderse también de la STS de 15 de marzo de 1990, Penal, (ECLI:ES:TS:1990:2404). También así la doctrina mayoritaria; *vid.* De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 176; Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, op. cit., pp. 63-64.

<sup>80</sup> Borja Jiménez, E., «La terminación del delito», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 48, No. 1, 1995, pp. 158-159.

<sup>81</sup> Lloria García, P., *Aproximación al estudio del delito permanente*, Comares, Granada, 2006, pp. 46-47.

<sup>82</sup> Borja Jiménez, E., «La terminación del delito», op. cit., p. 159; Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10<sup>a</sup> ed., Reppertor, Barcelona, 2016, p. 232; Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 281-282.

<sup>83</sup> Es ilustrativa a este respecto la Circular 2/1996, de 22 de mayo, sobre el régimen transitorio del nuevo Código Penal: *incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores*, elaborada por la Fiscalía General del Estado, que interpretó que era aplicable el nuevo texto penal a aquellos delitos permanentes cometidos con anterioridad a su entrada en vigor, pero que ello no era «trasvasable a los delitos instantáneos de efectos permanentes, como muchos supuestos de falsedad, en que habrá que estar a la fecha en que se realizó la actividad aunque sus efectos se perpetúen en el tiempo».

sión supraindividual del bien jurídico protegido<sup>84</sup> y dotaría de significado independiente a las conductas tipificadas en ambos incisos.

Según esta interpretación, por ejemplo, sería impune la conducta del empresario que impone a unos «falsos becarios» jornadas maratonianas que superan las 50 horas semanales, si dicha imposición se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma.

Por el contrario, en caso de ser interpretado como delito permanente, la consumación se prolongaría más allá de la mera imposición de dichas condiciones ilegales. En efecto, la entrada en vigor de la norma conllevaría una suerte de aplicación retroactiva del nuevo precepto: los empresarios que hubieran impuesto, con anterioridad a la reforma, condiciones ilegales mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo podrían ser considerados automáticamente sujetos activos del delito del art. 311.2º CP con su entrada en vigor.

Siguiendo con el mismo ejemplo anterior, sería típica la conducta del empresario que impone a unos «falsos becarios» jornadas maratonianas que superan las 50 horas semanales, a pesar de que dicha imposición se produjera con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma.

Como puede observarse, esta última interpretación permitiría incluir en el precepto aquellos casos en los que se mantuvieran las condiciones ilegales impuestas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma sin que mediara requerimiento o sanción administrativa, que de otro modo quedarían impunes. No obstante, haría inaplicable la conducta tipificada en el segundo inciso pues, en todo caso, el mantener unas condiciones ilegales entraña una previa imposición de éstas. En consecuencia, de seguirse esta interpretación, la segunda conducta típica devendría virtualmente inaplicable.

Coherentemente con lo argumentado en el apartado correspondiente al bien jurídico protegido por el nuevo precepto, se acoge en estas líneas una interpretación de dicho tipo penal como *delito de estado*, que se consuma con la imposición de las condiciones ilegales —para un análisis en profundidad de este último aspecto, *vid. infra* apartado 5.1— excluyendo del tipo de injusto el mantenimiento de dichas condiciones. En efecto, de forma similar a lo que sucede con el delito de bigamia, no puede defendérse que se impongan nuevamente —esto es, que se renueve el peligro para el bien jurídico protegido reiteradamente— condiciones ilegales por su simple mantenimiento. La subsistencia de la situación antijurídica no se integra en el tipo de injusto porque el peligro para el bien jurídico

<sup>84</sup> En efecto, el peligro para el bien jurídico protegido por el tipo penal analizado se materializaría con la mera imposición de las condiciones ilegales, sin que el contenido de injusto se intensificara por el mantenimiento de dichas condiciones. Distinta sería la conclusión si el bien jurídico protegido fuera de naturaleza individual, en cuyo caso el contenido de injusto no se agotaría con la mera imposición de las condiciones ilegales.

protégido, de dimensión supraindividual, no se intensifica con ello, sino que éste se agota con la mera creación de aquélla.

Se podría objetar que este planteamiento conlleva la impunidad de aquellas conductas de imposición de condiciones ilegales cometidas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma pero que se mantengan después de ésta sin sanción o requerimiento previos. Puede responderse que, efectivamente, ello se desprende del principio de irretroactividad plasmado en el art. 2 CP que deriva del principio de legalidad. Pero es que, además, ello no redundaría necesariamente en un trato desigual respecto a aquellos trabajadores a los que les fueran impuestas dichas condiciones con posterioridad a la entrada en vigor, puesto que el mantenimiento de las condiciones ilegales, siempre que concurriera un requerimiento o sanción administrativa previos, sería subsumible en el art. 311.2º *in fine*. Así, nada obstaría a que cada uno de los trabajadores afectados, en caso de condiciones impuestas con anterioridad a la entrada en vigor del precepto estudiado, pudiera interponer una denuncia frente a la autoridad laboral competente. En ese supuesto, tras la sanción correspondiente, el mantenimiento de las condiciones sería subsumible en la conducta tipificada en el segundo inciso.

Por todo lo anterior, considero que la introducción del segundo inciso debe entenderse como una suerte de *cláusula transitoria* que proporciona al empresario un lapso de tiempo para acogerse a la nueva norma. De esta forma se dota de contenido a la norma en su totalidad, entendiendo que el delito se comete, en su primera modalidad típica, cuando se imponen condiciones ilegales mediante una contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo —algo que deberá suceder en todo caso con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma— y, en la segunda, cuando éstas son mantenidas en contra de requerimiento o sanción administrativa —a pesar de que hayan sido impuestas con anterioridad a la entrada en vigor de la norma—.

Hecha esta precisión preliminar, procede a continuación adentrarnos en el estudio diferenciado de cada una de las conductas contenidas en el tipo penal del nuevo art. 311.2º CP.

### *5.1. Imposición de condiciones ilegales mediante la contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo*

A diferencia de lo que sucede con el tipo penal del primer ordinal del art. 311 CP, el nuevo delito de imposición de condiciones ilegales incorpora un novedoso medio comisivo que da respuesta a un específico objetivo de política criminal.

En efecto, se sustituyen los medios determinados «engaño o abuso de situación de necesidad» por la «contratación bajo fórmulas ajena al contrato de trabajo», aunque ambos exigen la producción de un *resultado*<sup>85</sup>: la imposición de condiciones, en nuestro caso, ilegales. La supresión de los medios comisivos descritos en el art. 311.1º CP habría sido una demanda de algún sector doctrinal<sup>86</sup>, que entendía que reducían en exceso el ámbito de aplicación del tipo penal. Según esta posición, el plus de lesividad que debía servir como criterio de deslinde frente a la infracción administrativa se identificaría con en el verbo «imponer»<sup>87</sup>, que se interpretaba como el establecimiento de una carga, gravamen u obligación<sup>88</sup>, sin violencia ni intimidación —en caso contrario, estaríamos ante el tipo agravado del actual art. 311.5º CP—.

No obstante, no es de recibo que la «imposición» sirva como *único* criterio delimitador frente a la infracción administrativa, no sólo porque éste puede ser interpretado como un término neutro<sup>89</sup>, sino porque la situación de desigualdad en que se fundamenta dicha interpretación es inherente a la propia relación laboral y ya es valorada por el ordenamiento jurídico-laboral, cuya función tuitiva prevé esa relación asimétrica. Es por ello por lo que la conducta tipificada en el primer inciso del art. 311.2º CP introduce un elemento adicional, que consiste en la utilización indebida de *fórmulas ajena al contrato de trabajo*.

En este sentido, a mi parecer, la utilidad del verbo «imponer» radicaría, como sucedía con el art. 311.1º CP, en manifestar el desvalor de resultado; esto es, la imposición no se refiere únicamente a la propia acción de imponer, sino, principalmente, al *resultado de establecimiento de dichas condiciones ilegales* mediante esta conducta<sup>90</sup>. Por otro lado, la necesidad de apreciar una *imposición* unilateral por parte del empresario serviría para delimitar, como se ha desarrollado *supra* apartado 4.3, el umbral mínimo de tipicidad y el círculo de sujetos pasivos.

<sup>85</sup> Así lo afirmaban, respecto al art. 311.1º CP, De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., pp. 136-137; Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., pp. 332-334.

<sup>86</sup> Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, op. cit., p. 72. Lascuráin Sánchez, J. A., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta», op. cit., p. 40, por su parte, denuncia el engaño como medio típico reduce en exceso la aplicación del tipo penal mientras que el abuso de la situación de necesidad, al contrario, conlleva un exceso por su inherencia a la naturaleza de la relación laboral.

<sup>87</sup> Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, op. cit., p. 72.

<sup>88</sup> Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, op. cit., p. 50.

<sup>89</sup> Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 468, reconoce que podría sustituirse dicho concepto por «poner» o «aplicar», aludiendo únicamente al modo en que debe desarrollarse la relación entre empleador y trabajador.

<sup>90</sup> De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., pp. 136-137; Ortubay Fuentes, M.: *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 333.

En consecuencia, como sucede con el ordinal primero del precepto estudiado, el especial desvalor de acción se concentra en el empleo de unos medios comisivos determinados que, para un sector doctrinal, sirve como criterio delimitador frente a la infracción administrativa<sup>91</sup>. En el caso del actual 311.2º CP, el medio comisivo consistiría en la utilización de fórmulas ajenas al contrato de trabajo para la producción de un resultado típico: la imposición de condiciones ilegales.

En un esfuerzo interpretativo para concretar el ámbito de aplicación del nuevo tipo penal, por tanto, en este trabajo se afirma que los elementos que presuponen la necesidad de intervención penal consisten en el empleo de fórmulas ajenas al contrato de trabajo —desvalor de acción— para la imposición de condiciones ilegales —desvalor de resultado—. No obstante, la vaguedad empleada en la redacción de ambos conceptos y la necesaria remisión a cuerpos legales de otros sectores del ordenamiento jurídico dificultan su comprensión.

El legislador ha pretendido anudar un especial desvalor de acción a la contratación mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo, por la mayor facilidad que genera su abuso para la imposición de condiciones ilegales. A modo de ejemplo, resulta más sencillo para el empresario imponer una jornada superior a la prevista legalmente a un «falso autónomo» que a un trabajador en sentido jurídico-laboral, puesto que en relación con los primeros no existe obligación de registro de jornada por parte del empresario.

Así, no toda imposición de condiciones ilegales a una persona contratada mediante fórmula distinta a la laboral será típica. Al contrario, deberá tratarse de un trabajador *de facto*<sup>92</sup> al que se le impongan dichas condiciones aprovechando la especial vulnerabilidad generada por su contratación mediante fórmula distinta al contrato de trabajo<sup>93</sup>. La norma, por tanto, no será aplicable únicamente al caso de los conocidos como «falsos autónomos», sino también puede serlo en todos aquellos supuestos en los que concurra un trabajador por cuenta ajena en sentido

---

<sup>91</sup> De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 152.

<sup>92</sup> Lo que debe entenderse como un trabajador fáctico no queda suficientemente delimitado en todos los casos, ya que la Disposición Adicional 23º ET únicamente incorpora una presunción de laboralidad respecto a las plataformas digitales de reparto, sin extenderlo a otras plataformas donde esta cuestión es fenomenológicamente relevante, como el caso de las plataformas digitales de transporte.

<sup>93</sup> Fernández Nieto, L., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores. El ‘tipo especial’ del nuevo artículo 311.2º del Código Penal», en *Diario La Ley*, Vol. 10279, 2023, p. 4, afirma que la contratación fraudulenta de los conocidos como «falsos autónomos» agrava la situación de vulnerabilidad inherente a la posición del trabajador respecto al empresario, al precisar, con carácter previo a la protección de sus derechos laborales, su reconocimiento como trabajadores en sentido jurídico-laboral.

fáctico<sup>94</sup> y se le impongan condiciones ilegales aprovechando una previa falta de contratación laboral fraudulenta<sup>95</sup>.

En relación con el especial desvalor de resultado —la imposición de condiciones ilegales— parece que las exigencias de mayor precisión que demandaba la doctrina<sup>96</sup> en relación con los delitos contra los derechos de los trabajadores han sido desoídas por el legislador de 2022. En efecto, como sucedía con el art. 311.1º CP, no se definen las infracciones del ordenamiento jurídico-laboral relevantes a efectos penales.

En primer lugar, la expresión «condiciones ilegales» excluye del tipo la imposición de condiciones que sean contrarias al contrato —que, como se ha dicho, será normalmente un contrato mercantil de prestación de servicios— o al convenio colectivo al que materialmente podría acogerse el empleado en caso de ser reconocido como trabajador por cuenta ajena. En este sentido, debe valorarse positivamente la subsunción en el tipo únicamente de aquellas conductas que impongan condiciones que lesionen los derechos mínimos reconocidos en las disposiciones legales, respondiendo adecuadamente en relación con este extremo al principio de subsidiariedad del Derecho penal<sup>97</sup>.

Por otro lado, deben entenderse excluidas aquellas condiciones cuya imposición sea implícita a la propia falta de reconocimiento del empleado como trabajador por cuenta ajena<sup>98</sup> pues, de lo contrario, la mera contratación de un trabajador con fórmulas ajenas a la laboral colmaría el tipo. Un criterio que puede resultar adecuado para delimitar las condiciones cuya imposición a través del medio típico puede generar respon-

<sup>94</sup> La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo recurre para ello a las notas definitorias de una relación laboral por cuenta ajena, recogidas en el art. 1.1 ET. En este sentido, por todas, STS 348/2017, Penal, de 17 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1908), FJ 3º.

<sup>95</sup> Por tanto, también pueden subsumirse en este tipo penal, sin ánimo de exhaustividad, los supuestos de falsas cooperativas, falsos becarios e, incluso, los relativos a profesionales de la Abogacía que, pese a constar como trabajadores por cuenta propia, prestan servicios a un empresario concurriendo las notas características de una relación laboral por cuenta ajena.

<sup>96</sup> Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, op. cit., p. 73; Lascuraín Sánchez, J. A., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta», op. cit., pp. 39 ss.

<sup>97</sup> Ya se ha hecho referencia al rechazo de un amplio sector doctrinal a la tipificación de conductas de imposición de condiciones contrarias a las acordadas en el contrato de trabajo o, incluso, en el convenio colectivo correspondiente, pues estos instrumentos convencionales reconocen derechos superiores al umbral mínimo legal, lo que no justifica la intervención penal en su protección.

<sup>98</sup> En este sentido, no podrán ser típicas, entre otras, la falta de alta o afiliación en el Régimen General de Seguridad Social, la falta de indemnización ante una finalización de la relación laboral o la ausencia del abono de la prestación de incapacidad temporal cuando así le corresponda al empresario. Se acogen respecto a este extremo, por tanto, las mismas consideraciones que en relación con el delito de imposición de condiciones ilegales a extranjeros sin permiso efectúa Lascuraín Sánchez, J. A., «Tema 15. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., pp. 603-604.

sabilidad penal sería optar por aquellas infracciones graves o muy graves tipificadas en la LISOS<sup>99</sup>.

A modo de ejemplo, sería típica la imposición por parte del empresario de condiciones que vulneraran las disposiciones legales reguladoras del salario mínimo interprofesional, de los límites en materia de jornada máxima, descanso, vacaciones, permisos<sup>100</sup>... Por otro lado, únicamente podrán ser típicas aquellas condiciones ilegales que sean impuestas *ex novo* por el empleador, sin que al incumplimiento de las condiciones lícitas impuestas anteriormente pueda anudarse reproche penal alguno<sup>101</sup>, pues el tipo no abarca los incumplimientos puntuales, sino la constitución de relaciones laborales que se estructuran en torno a condiciones ilegales.

A este respecto, sería típica la conducta del empresario que impone a un trabajador contratado como «falso autónomo» una retribución que no alcanza el salario mínimo interprofesional, pero no sería penalmente relevante el impago de cinco mensualidades por parte de ese empresario al mismo trabajador.

Por todo ello, el plus de desvalor que permite diferenciar el delito frente a la infracción administrativa grave del art. 22 LISOS no puede buscarse en la mera imposición de condiciones por parte del empleador. Para colmar el tipo, a dicha base fáctica se le deben añadir dos notas determinantes: (i) la contratación de un trabajador *de facto* mediante una fórmula distinta al contrato de trabajo —desvalor de acción—, y (ii) sirviéndose de la vulnerabilidad en que se coloca al empleado a través del referido medio comisivo, el establecimiento de condiciones que vulneran los derechos mínimos e irrenunciables reconocidos en las disposiciones legales —desvalor de resultado—<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> Esta conclusión se obtiene a partir de la interpretación que respecto al tipo penal del art. 311.1º CP ofrecen Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, op. cit., p. 74. También lo planteó como criterio de deslinde Fuentes Osorio, J. L., «¿El legislador penal conoce la normativa sancionadora laboral?», op. cit., p. 566. Por su parte, Lascuráin Sánchez, J. A., «Tema 15. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., pp. 598-599, defiende únicamente la consideración de las infracciones muy graves.

<sup>100</sup> Todas ellas, tipificadas como infracción grave en el art. 7 LISOS.

<sup>101</sup> En relación con el art. 311.1º CP, en este sentido, Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 333. En sentido contrario, a favor de tipificar los meros retrasos o el impago de salario, Lascuráin Sánchez, J. A., «Tema 15. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 599. En mi opinión, estas irregularidades difícilmente tendrán encaje en el tipo penal del art. 311.2º CP, máxime si se considera que existen otros delitos, como el de estafa, que pueden abarcar de modo más adecuado el injusto que emana de tales conductas.

<sup>102</sup> Alcanzando conclusiones similares, Núñez Castaño, E., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., pp. 310-311. Sin embargo, no se comparte la interpretación que efectúa la autora al incluir las condiciones de Seguridad Social perjudiciales entre aquellas cuya imposición puede colmar el tipo penal del 311.2º CP.

En resumen, según la interpretación seguida en este trabajo, este medio comisivo viene a sustituir en el tipo penal estudiado el engaño y el abuso de la situación de necesidad requeridos por el art. 311.1º CP<sup>103</sup>. Por ello, los dos primeros ordinarios del art. 311 CP recogen conductas cuyos medios comisivos colocan al sujeto pasivo en una especial situación de vulnerabilidad (sea por el engaño, el abuso de la situación de necesidad o el empleo de fórmulas ajenas a la contratación laboral), cuya concurrencia permite afirmar que ambos preceptos protegen a los trabajadores ante conductas de verdadera explotación laboral. Solamente esta interpretación permite justificar la equivalencia valorativa de ambas conductas y su inclusión entre los delitos contra los derechos de los trabajadores.

Finalmente, debe esbozarse una breve nota complementaria en relación con la consumación de la conducta típica estudiada. El nuevo tipo penal despeja cualquier duda acerca de la irrelevancia del perjuicio para la consumación del delito, de forma similar a la interpretación doctrinal<sup>104</sup> y jurisprudencial<sup>105</sup> mayoritaria respecto al art. 311.1º CP. Sin embargo, subsiste la incógnita relativa a si la mera imposición formal colma el tipo o si, por el contrario, es necesario que el trabajador desempeñe sus funciones sometido a dichas condiciones. Si se acoge, como se ha hecho en estas líneas, que el término «imposición» remite, principalmente, al resultado de establecimiento de dichas condiciones, debe necesariamente acogerse la segunda opción: únicamente pueden entenderse impuestas las condiciones al trabajador cuando éste sigue prestando sus servicios pese a estar sometido a dichas cargas<sup>106</sup>.

Así, en el supuesto en el que una empresa de reparto de comida a domicilio pretende imponer a un «falso autónomo» la realización de horas extraordinarias sin que sean retribuidas y éste se opone, negándose a seguir prestando sus servicios bajo dichas condiciones, el delito no se

<sup>103</sup> Fernández Nieto, L., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., pp. 3-4, alude a estos diversos medios comisivos como las distintas modalidades de las que se sirve el empresario para imponer unas mismas condiciones ilegales.

<sup>104</sup> Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 480; De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 173. En sentido contrario, exigiendo la concurrencia de un perjuicio, Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, op. cit., p. 73.

<sup>105</sup> Es representativa la ya citada STS 247/2017, Penal, de 5 de abril, (ECLI:ES:TS:2017:1303), que con claridad meridiana expone que no se exige «perjuicio alguno que de existir constituiría el agotamiento del delito».

<sup>106</sup> De forma similar lo expone, respecto al art. 311.1º CP, Lascuráin Sánchez, J. A., «Tema 15. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 601. En contra, un amplio sector doctrinal exigía únicamente para la consumación la fijación de dichas condiciones, sin que fuera necesaria la prestación de servicios por el trabajador bajo tales condiciones; *vid.* Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, op. cit., p. 62; Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 477; Agustina Sanllehí, J. R., «Tema 13. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 485.

habría consumado. Se estaría en este supuesto, por tanto, ante una tentativa del delito de imposición de condiciones ilegales.

### 5.2. *Mantenimiento de condiciones ilegales en contra de requerimiento o sanción administrativa*

El segundo inciso del nuevo tipo penal contempla una conducta cuyos presupuestos típicos no son inéditos entre los delitos contra los derechos de los trabajadores —puede verse, en concreto, en el delito de discriminación laboral del art. 314 CP— pero que, sin embargo, introduce ciertas consideraciones que merecen un detallado estudio. Para el análisis efectuado en este apartado se acogerán algunas de las aportaciones doctrinales efectuadas en relación con el art. 314 CP, en todo aquello que pueda ser aplicable al nuevo tipo de mantenimiento de condiciones ilegales.

En primer lugar, debe advertirse que esta segunda conducta típica adolece de una redacción técnicamente deficiente que, conforme a lo denunciado en líneas anteriores, trae causa de un procedimiento legislativo precipitado. La primera manifestación de ello consiste en la expresión «mantengan en contra de (...) sanción administrativa» pues, teniendo en cuenta que una sanción no impone obligación de ningún tipo al destinatario en relación con la comisión de infracciones futuras, es evidente que las condiciones ilegales no pueden ser mantenidas *en contra de* sanción sino, en todo caso, *con posterioridad a* una sanción. Lo que se desprende de ello, por tanto, es que el tipo penal parece pretender reprimir las conductas *contumaces* en las que el sujeto persiste pese a la existencia de una sanción previa.

En relación con el propio concepto de «sanción», la doctrina, al interpretar el delito de discriminación laboral, es unánime —y no puede entenderse de otra forma, atendiendo al tenor literal del precepto— en considerar únicamente relevante a efectos penales la sanción administrativa<sup>107</sup>, es decir, aquella impuesta por la Inspección de Trabajo por la comisión de una infracción tipificada en la LISOS siguiendo el procedimiento establecido en el Real Decreto 928/1998<sup>108</sup>.

<sup>107</sup> Tapia Ballesteros, P., «El delito de discriminación laboral (art. 314 CP): ¿ejemplo de una deliberada técnica legislativa deficiente?», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Vol. 55, 2019, p. 5; Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, op. cit., pp. 118-119; DE Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 363; Pomares Cintas, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral*, op. cit., p. 153.

<sup>108</sup> Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

Conforme al principio de subsidiariedad, considero que la sanción, entendida como elemento del tipo objetivo<sup>109</sup>, deberá ser firme para que su inadvertencia pueda considerarse típica a efectos del segundo inciso del nuevo precepto. En efecto, cuando la declaración de la existencia de relación laboral entre la empresa y el trabajador o la ilegalidad de la condición impuesta es todavía litigiosa, y el ordenamiento laboral prevé medios de impugnación que aún están siendo ejercidos por el empresario, debe optarse por agotar dicha vía antes de recurrir a la sanción penal.

Mayor controversia doctrinal y jurisprudencial ha suscitado la consideración del concepto «requerimiento», cuya interpretación ha cristalizado en tres alternativas posibles: (i) considerar relevante a efectos penales únicamente el requerimiento administrativo<sup>110</sup>; (ii) dotar de trascendencia típica tanto al requerimiento administrativo como al judicial<sup>111</sup>; (iii) admitir solamente el requerimiento judicial, excluyendo el administrativo<sup>112</sup>.

En este sentido, si bien el tenor literal del precepto admite ambas interpretaciones, entiendo preferible, junto con un sector doctrinal minoritario, la tercera postura. En efecto, se comparte que desoír los requerimientos que efectúa la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social<sup>113</sup>,

<sup>109</sup> En relación con el delito de discriminación laboral, en contra de su consideración como condición objetiva de punibilidad o de procedibilidad, a los que me adhiero, Palomo Del Arco, A., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 1781; Tapia Ballesteros, P., «El delito de discriminación laboral (art. 314 CP)», op. cit., pp. 3-4.

<sup>110</sup> Un amplio sector doctrinal desecha esta posibilidad, por entender que el término «administrativa», adjetivo cuyo género y número son el femenino y singular, únicamente califica al sustantivo «sanción» y no al término «requerimiento», que podrá ser tanto administrativo como judicial. No obstante, en sentido contrario se manifiestan Agustina Sanllehí, J. R., «Tema 13. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 496 y algunas resoluciones judiciales: SAP Islas Baleares Sección 1<sup>a</sup>, de 24 de marzo de 2017 (ECLI:ES:APIB:2017:497); AAP Barcelona, Sección 10<sup>a</sup>, de 13 de abril de 2010 (ECLI:ES:APB:2010:2585<sup>a</sup>). *Vid.* éstas y otras referencias en Tapia Ballesteros, P., «El delito de discriminación laboral (art. 314 CP)», op. cit., p. 5.

<sup>111</sup> Esta posición es claramente mayoritaria en la doctrina; cfr., Lascuraín Sánchez, J. A., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta», op. cit., p. 27; Palomo Del Arco, A., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 1781; De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., pp. 365-366; Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, op. cit., pp. 118-119; Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, op. cit., p. 136; Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, op. cit., pp. 1051-1052.

<sup>112</sup> Pomares Cintas, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral*, op. cit., pp. 153-155; Tapia Ballesteros, P., «El delito de discriminación laboral (art. 314 CP)», op. cit., 2019, p. 7.

<sup>113</sup> Dichos requerimientos tienen por objeto la subsanación de los incumplimientos advertidos por el órgano inspector con anterioridad al inicio de un procedimiento sancionador. A este respecto, *vid.* art. 22.1 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como el art. 11.5 del ya citado Real Decreto 928/1998.

frente a los que la ley *no confiere la posibilidad de recurso alguno*, no puede configurar ningún ilícito penal, bajo riesgo de vulnerar el principio de subsidiariedad del Derecho penal<sup>114</sup>. El requerimiento administrativo no tiene la misma fuerza que la sanción administrativa, por cuanto no constata la existencia de infracción alguna, sino la presencia de una irregularidad que puede ser subsanada para prevenir la incoación de un procedimiento sancionador<sup>115</sup>. Por ello, situar en el mismo escalón valorativo —y penológico— el incumplimiento del requerimiento administrativo y de la sanción del mismo orden resulta axiológicamente incoherente.

No obstante, parece que las anteriores consideraciones, en relación con el nuevo delito de mantenimiento de condiciones ilegales, son más una propuesta *de lege ferenda* que una interpretación compatible *de lege lata*. Y ello porque no puede identificarse ningún requerimiento judicial que pudiera ser aplicable en este caso, por lo que, de seguir esta vía interpretativa, un elemento del tipo objetivo quedaría vacío de contenido.

En primer lugar, porque, contrariamente a lo que algunos autores concluían con respecto al delito de discriminación laboral, la sentencia confirmatoria de la sanción en el orden jurisdiccional social no puede ser considerada un *requerimiento judicial* a efectos del art. 311.2º CP *in fine*<sup>116</sup>. La diferencia radica en el hecho de que, en los casos de discriminación laboral, la sentencia del orden social declara la situación de discriminación y, por otra parte, *commina* al autor a reponer la situación de igualdad —readmitiendo, por ejemplo, al trabajador despedido de forma discriminatoria—. En cambio, en las condiciones ilegales cuyo mantenimiento puede colmar el tipo penal del art. 311.2º CP, las sentencias del orden social únicamente *declaran* la conformidad a Derecho de las sanciones, sin que *requieran* al autor a cesar en su conducta.

Por otro lado, ninguno de los requerimientos judiciales recogidos en legislación procesal del orden social parece ser aplicable a estos supuestos ya que, esencialmente, van destinados a cuestiones de medidas cautelares o prueba, o bien referidos al proceso monitorio o a la fase de ejecución de sentencia<sup>117</sup>.

Por tanto, los requerimientos cuya inadvertencia adquiere relevancia penal a la luz del art. 311.2º CP *in fine* son aquellos que el personal ins-

<sup>114</sup> Tapia Ballesteros, P., «El delito de discriminación laboral (art. 314 CP)», op. cit., p. 7.

<sup>115</sup> Pomares Cintas, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral*, op. cit., pp. 153-155.

<sup>116</sup> En este sentido se pronunciaban Tapia Ballesteros, P., *La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 287; Pomares Cintas, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral*, op. cit., pp. 154-155; De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 367.

<sup>117</sup> *Vid.*, a modo de ejemplo, arts. 79.3, 93, 101 y 241.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

pector efectúa con anterioridad al inicio del procedimiento sancionador, siempre que así lo aconsejen las circunstancias del caso, y que encuentra respaldo normativo, como ya se ha dicho, en la Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como en el Reglamento general sobre el procedimiento para la imposición de sanciones del orden social.

En conclusión, pese a que el tenor literal del precepto admite ambas posibilidades interpretativas, en la práctica, el único requerimiento que puede colmar el tipo del art. 311.2º CP *in fine* será únicamente el *administrativo*, por lo que le son aplicables a esta consideración las críticas efectuadas anteriormente. En consecuencia, la configuración de esta segunda conducta típica permite afirmar, de acuerdo con otros autores, que se está ante una figura que evoca a un delito de *desobediencia*, por un lado, y a un tipo penal de *contumacia*, por otro<sup>118</sup>. La referencia al *requerimiento* alude a la primera cuestión, mientras que la represión penal de una conducta reincidente posterior a una *sanción* administrativa permite defender el segundo aserto.

Otro interrogante que surge ante la lectura de la segunda conducta típica consiste en la determinación del *objeto* cuyo mantenimiento es reprochado penalmente. En este sentido, debe dilucidarse si el pronombre «las» se refiere a las condiciones ilegales o a las fórmulas ajenas al contrato de trabajo. Si lo que se tipifica es el mantenimiento de una contratación ajena al ordenamiento jurídico-laboral, se vulnera el carácter fragmentario del Derecho penal y el principio de subsidiariedad, pues no existiría ningún criterio para deslindar dicha infracción penal de la administrativa. Si, por el contrario, lo punible consiste en mantener las condiciones ilegales impuestas mediante tales fórmulas ajenas al contrato laboral, surge el problema de determinar a qué deben ir referidos los requerimientos o sanciones administrativas que menciona el tipo: si a la concreta condición ilegal o al mantenimiento de la fórmula ajena al ordenamiento laboral.

En este sentido, resulta difícil delimitar cuándo deberá intervenir el ordenamiento administrativo sancionador y cuándo será aplicable el art. 311.2º CP. Ello porque, precisamente, los arts. 39.2 y 41 LISOS prevén como circunstancias agravatorias, respectivamente, el incumplimiento de advertencias y requerimientos de la Inspección de Trabajo y las infracciones reincidentes.

<sup>118</sup> Respecto al delito del art. 311.2º CP, Martínez-Buján Pérez, C., «El nuevo delito de imposición (o mantenimiento) de condiciones ilegales...», op. cit., p. 100. Respecto al delito de discriminación laboral, extraían dichas consideraciones de la interpretación de los términos *requerimiento* y *sanción* Agustina Sanllehí, J. R., «Tema 13. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 495; Lascuraín Sánchez, J. A., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta», op. cit., p. 27.

Ello puede conducir a intentar identificar el especial desvalor de conducta con una *contumacia o desobediencia específicamente intensas* —lo que puede ser incompatible con el respeto al principio de legalidad— o con la *relación que mantiene con la conducta tipificada en el primer inciso*. Inclinándome por la segunda posibilidad, considero que el especial desvalor de la segunda conducta típica, que permite diferenciarla de la infracción administrativa, consiste en el mantenimiento de unas condiciones ilegales que han sido impuestas previamente a través de fórmulas ajenas al contrato de trabajo.

En consecuencia, este nuevo delito se configura como un delito de omisión pura en el que el objeto de prohibición recae en el *mantenimiento de condiciones ilegales*, no de fórmulas ajenas al contrato de trabajo, por lo que el requerimiento o la sanción deberán ir dirigidos a aquéllas, y no a la propia contratación fraudulenta.

Asumiendo lo anterior, no será típica la conducta del sujeto que mantenga, con posterioridad a la sanción o requerimiento, unas condiciones *sustancialmente distintas* a aquéllas que hubieran sido objeto de la sanción o requerimiento. Del mismo modo, serán relevantes, a efectos de determinar la subsunción o no de la conducta en el art. 311.2º CP *in fine*, las *modificaciones en las circunstancias de prestación de servicios* que el empresario haya podido efectuar y que afecten a la calificación del sujeto pasivo como trabajador; es decir, que permitan afirmar que en ese individuo ya no concurren las notas de retribución, dependencia, ajenidad y voluntariedad.

Finalmente, la conducta típica contenida en el art. 311.2º CP, en atención a la comprensión de su configuración típica y a su naturaleza como delito de omisión pura, deberá entenderse consumada en el preciso instante de recepción del requerimiento que origine el deber de actuar o desde la firmeza de la sanción administrativa. No obstante, quizá debería haberse previsto una cláusula que circunscribiera la consumación del delito a aquellos incumplimientos injustificados, excluyendo la tipicidad de los meros retrasos<sup>119</sup>.

## 6. Conclusión

En las páginas precedentes se ha procurado, además de destacar los vicios de los que adolece el nuevo delito contenido en el art. 311.2º CP, ofrecer una serie de criterios interpretativos que permitan dotar de seguridad jurídica a los distintos operadores en su tarea de aplicación del

<sup>119</sup> Exigiéndolo respecto al delito de discriminación laboral, Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, op. cit., p. 138.

nuevo tipo penal. Las conclusiones obtenidas a lo largo del presente trabajo se pueden resumir en los puntos que a continuación se exponen.

En primer lugar, resulta difícil identificar el plus de lesividad que justifique la intervención penal respecto a las conductas sancionadas por el nuevo precepto, lo que parece encuadrarse en la tendencia del legislador de ampliar la tipificación de delitos de peligro de dudosa antijuridicidad material para, de este modo, salvaguardar una serie de instituciones económicas consideradas esenciales.

Por otro lado, el adelantamiento de las barreras de protección mediante la creación de un delito de peligro posiblemente era, en este caso concreto, innecesario y desproporcionado. Innecesario, porque el ordenamiento laboral ya contaba con medios de prevención de tales conductas y porque, además, los ataques más graves ya podían entenderse subsumidos en el art. 311.1º CP, siempre que concurrieran los medios comisivos en él descritos. Por otro lado, el nuevo tipo penal puede resultar desproporcionado, al llevar aparejada una pena de prisión de hasta 6 años, pudiendo ascender hasta los 9 años con la agravación dispuesta en el nuevo ordinal quinto del precepto.

En tercer lugar, el bien jurídico protegido por el delito consiste en las condiciones mínimas e irrenunciables de la relación laboral, respecto a la conducta de *imposición*, y en el interés del Estado en el cumplimiento de la normativa laboral y la efectividad de su sistema de control administrativo, respecto a la conducta recogida en el segundo inciso.

En relación con el sujeto activo del delito, se ha argumentado que, en la línea del resto de los delitos contra los derechos de los trabajadores, el art. 311.2º CP debe interpretarse como un delito especial, dado que las conductas típicas únicamente pueden ser ejecutadas por el empresario.

Por su parte, los destinatarios de la conducta típica lo son los trabajadores en sentido fáctico, sin que sea exigible que concurra en ellos una calificación jurídico-laboral de trabajador por cuenta ajena que, por definición, no será apreciable nunca en estos supuestos.

El ámbito de aplicación de cada una de las conductas sancionadas por el nuevo tipo penal lo marca su interpretación como un tipo penal mixto, en el que la segunda conducta opera como cláusula transitoria. En efecto, serán típicas las conductas de *imposición* de condiciones ilegales cometidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2022 —esto es, a partir del 12 de enero de 2023—. Por otro lado, serán subsumibles en el segundo inciso del art. 311.2º CP las conductas de *mantenimiento* de dichas condiciones ilegales cuando éstas hayan sido impuestas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma.

La conducta del primer inciso debe consistir en una verdadera *imposición* de condiciones ilegales, por lo que no será delictiva la mera existencia de condiciones ilegales que hayan sido acordadas entre el empre-

sario y el trabajador. Además, para subsumir una conducta en el primer inciso del art. 311.2º CP, es preciso no sólo una imposición de condiciones ilegales, sino que ésta haya sido ejecutada aprovechando el empresario la fórmula ajena al contrato de trabajo, lo que permite afirmar una situación de verdadera *explotación laboral* que permite equiparar valorativamente estas conductas con las contenidas en el art. 311.1º CP, cuya pena es idéntica.

Finalmente, se ha argumentado que sólo adquiere relevancia penal el *mantenimiento* de condiciones ilegales impuestas previamente mediante una fórmula ajena al contrato de trabajo, siempre que sea posterior a una sanción administrativa o a un requerimiento judicial o administrativo. Sin embargo, en la práctica, ante la inexistencia de requerimientos judiciales aplicables en estos supuestos, sólo colmará el tipo el mantenimiento de condiciones ilegales con posterioridad a un requerimiento administrativo.

## 7. Bibliografía

- Agustina Sanllehí, J. R., «Tema 13. Delitos contra los derechos de los trabajadores», en Silva Sánchez (Dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte General y Especial*, 2ª ed., Atelier, Barcelona, 2023, pp. 477-508.
- Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997.
- Benítez Ortúzar, I., «A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?», en De la Cuesta Aguado, P. M. et al. (Dirs.), *Liber Amicorum: Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1033-1047.
- Borja Jiménez, E., «La terminación del delito», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 48, No. 1, 1995, pp. 89-185.
- De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- Dopico Gómez-Aller, J., «Tema 4. Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en De La Mata, N. et al. (Dirs.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 129-168.
- Fernández Nieto, L., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores. El ‘tipo especial’ del nuevo artículo 311.2º del Código Penal», en *Diario La Ley*, Vol. 10279, 2023, pp. 1-12.
- Fuentes Osorio, J. L., «¿El legislador penal conoce la normativa sancionadora laboral?», en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 36, 2016, pp. 553-603.

- Goena Vives, B., «Tema 7. Las sanciones y otras consecuencias jurídicas», en Silva Sánchez (Dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte General y Especial*, 2<sup>a</sup> ed., Atelier, Barcelona, 2023, pp. 217-241.
- Hortal Ibarra, J. C., «Tutela de las condiciones laborales y reformas penales: ¿El ocaso del Derecho penal del Trabajo?», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, Vol. 20, 2018, pp. 65-85.
- Íñigo Corroza, E., «El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 75, No. 1, 2022, pp. 167-203.
- Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (trad. por Olmedo Cardenete, M.), Comares, Granada, 2002.
- Kubiciel, M., «Libertad, instituciones, delitos de peligro abstracto: ¿Un nuevo prototipo del Derecho penal económico?», (trad. por Vilchez Chinchayán, R.), en *Indret*, Vol. 3, 2017, pp. 1-18.
- «Derecho penal económico indispensable, delitos prescindibles», (trad. por Goena Vives, B.), en *La Ley compliance penal*, Vol. 5, 2021, pp. 1-16.
- Lascuraín Sánchez, J. A., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 57, No. 1, 2004, pp. 19-52.
- «Tema 15. Delitos contra los derechos de los trabajadores», en De la Mata, N. et al. (Dir.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Dyrkinson, Madrid, 2018, pp. 593-628.
- Lascuraín Sánchez, J. A., «Más para el catálogo de excesos punitivos: el nuevo delito de camuflaje de la laboralidad», en *Almacén de Derecho*, 2023, disponible en: <https://almacendedderecho.org/mas-para-el-catalogo-de-excesos-punitivos-el-nuevo-delito-de-camuflaje-de-la-laboralidad> [última consulta el 10 de abril de 2023].
- Lloria García, P., *Aproximación al estudio del delito permanente*, Comares, Granada, 2006.
- Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, 6<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 7<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- «El nuevo delito de imposición (o mantenimiento) de condiciones ilegales a los trabajadores mediante su contratación con fórmulas ajenas al contrato de trabajo del art. 311-2º del Código Penal», en González Cussac J. L. (Coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 91-104.
- Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10<sup>a</sup> ed., Reppertor, Barcelona, 2016.

- Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- «El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo», en De la Cuesta Aguado, P. M. et al. (Dirs.), *Liber Amicorum: Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M<sup>a</sup>. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1049-1063.
- Narváez Bermejo, M. A., *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- Núñez Castaño, E., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en Galán Muñoz, A. y Núñez Castaño, E. (Dirs.), *Manual de Derecho penal económico y de la empresa*, 5<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 310-311.
- Organización Internacional del Trabajo, *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo 2021: El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo*, 2021.
- Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo: un estudio del artículo 311 del Código penal*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000.
- Palomo del Arco, A., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en Camacho Vizcaíno, A. (Dir.), *Tratado de Derecho Penal Económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1747-1802.
- Peralta, J. M., «La explotación de una necesidad: una discusión filosófica sobre su ilicitud penal», en *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Vol. XVI, 2015, pp. 481-497.
- Pérez González, S., «El art. 311 del Código Penal: ¿la ley penal Glovo?», en *Almacén de Derecho*, 2023, disponible en: <https://almacendederecho.org/el-art-311-del-codigo-penal-la-ley-penal-glovo>, [última consulta el 18 de febrero de 2023].
- Pomares Cintas, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Quintero Olivares, G., «Reformas penales de acompañamiento: la ocultación de cadáver y la contratación laboral ilegal», en *Almacén de Derecho*, 2023, disponible en: <https://almacendederecho.org/reformas-penales-de-acompanamiento-la-ocultacion-de-cadaver-y-la-contratacion-laboral-ilegal>, [última consulta el 18 de febrero de 2023].
- Rodríguez Montañés, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid/Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994.
- Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General*, (trad. por Luzón Peña, D. M. et al.), t. I, Civitas, Madrid, 1997.

- Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2<sup>a</sup> ed., B de F, Buenos Aires, 2010.
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3<sup>a</sup> ed., Edisofer, Madrid, 2011.
- Tapia Ballesteros, P., *La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- «El delito de discriminación laboral (art. 314 CP): ¿ejemplo de una deliberada técnica legislativa deficiente?», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Vol. 55, 2019, pp. 1-26.
- Terradillos Basoco, J. M., «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 41, 2021, pp. 1-57.
- Torío López, Á., «Los delitos del peligro hipotético», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 34, No. 2-3, 1981, pp. 825-847.
- Trapero Barreales, M. A., «La transformación del Derecho Penal laboral: de protector de los derechos de los trabajadores a garante de la competencia empresarial y de las políticas migratorias», en *Cuadernos de Política Criminal*, Vol. 114, 2014, pp. 5-44.

# CRIMINALIDAD COLECTIVA Y CULPABILIDAD CÓMO AFECTA LA DINÁMINA DEL GRUPO CRIMINAL A LA CULPABILIDAD INDIVIDUAL

Elena Íñigo Corroza

Profesora Titular de Derecho penal (UNAV)

**Title:** *Collective criminality and individual responsibility. How the dynamics of criminal groups affect individual accountability*

**Resumen:** Este trabajo tiene como objeto analizar algunas de las especificidades más importantes que tiene la delincuencia en grupo. La fenomenología criminal del grupo organizado tiene relevancia en la dogmática penal, haciendo necesarios ciertos correctivos en las distintas categorías del delito para adaptarse a esta forma de criminalidad. Se plantea una valoración del fenómeno grupal en sede de antijuricidad y de culpabilidad.

**Palabras clave:** criminalidad organizada, organización criminal, grupo criminal, delincuencia en grupo, antijuricidad, culpabilidad, inexigibilidad, error de tipo, error de prohibición.

**Summary:** *This work aims to analyze some of the most essential specificities of group crime. The criminal phenomenology of the organized group has relevance in criminal dogmatics, making specific correctives necessary in the different crime categories to adapt to this form of crime. An assessment of the group phenomenon regarding illegality and guilt is proposed.*

**Key words:** *organized crime, criminal organization, criminal group, group crime, illegality, guilt, unenforceability, type error, prohibition error.*

**Índice:** I. Introducción. El cambio en los modelos delincuenciales. El grupo como uno de ellos; II. La unión de voluntades en el Derecho penal; III. La organización delictiva; IV. Los grupos delictuales con organización. Diferencias legales y sociológicas. Y lo más importante, elementos comunes; V. El grupo como factor criminógeno *ad extra* y *ad intra*; VI. La relevancia del grupo para la teoría de la imputación penal del delito. Mayor injusto y ¿la culpabilidad?; VII. Algunas conclusiones.

## I. Introducción. El cambio en los modelos delincuenciales. El grupo como uno de ellos

Resulta repetitivo, y por ello poco original, aunque cierto, decir que el modelo clásico de la teoría jurídica del delito ha evolucionado. El cambio de los modelos delincuenciales, donde se incorporan nuevos escenarios delictivos, nuevos medios, nuevos objetos de delito e incluso nuevos sujetos, ha hecho necesario un cambio en las estructuras de imputación<sup>1</sup>.

A las estructuras delictivas clásicas, muy naturalísticas y con una fenomenología criminal no demasiado complicada, se incorporan supuestos más complejos. Esta evolución criminológica ha ido acompañada de algunos cambios, correcciones o precisiones, en la teoría jurídica de la imputación penal, donde los conceptos clásicos, algunos de ellos de corte claramente fáctica y naturalista han ido normativizando su contenido adaptándose a estas nuevas realidades delictivas.

Así, el paso de la causalidad, como juicio fáctico entre una conducta y un resultado, a la imputación objetiva fundamentada en la creación de un riesgo típicamente relevante; de un concepto voluntativo de dolo a un concepto más normativo-cognoscitivo; de una culpabilidad basada en la posibilidad de actuar conforme a la norma a una basada más en el reproche... Esta evolución también ha afectado a la categoría de la autoría. El Derecho penal clásico tenía como objeto habitual de análisis supuestos en los que un autor individual llevaba a cabo una conducta lesiva de resultado de daño contra un bien (individual) jurídicamente protegido. El cambio parece evidente. La estructura anterior sigue presente, obviamente, en el Código penal y en la práctica de los tribunales, pero convive con estructuras claramente distintas. Esto ocurre, a modo de ejemplo, con la existencia numerosa en el Código penal (y cada vez más) de delitos de peligro, o de delitos de mera actividad, donde se adelantan las barreras de protección penal, donde el resultado como modificación fáctica del mundo exterior ya no existe, sino que lo que se sanciona es la creación de situación riesgosas o peligrosas; o la inclusión de bienes jurídicos supraindividuals; o de situaciones donde a la autoría individual o la llevada a cabo por varios sujetos con una unión de voluntades concreta y limitada en el tiempo (coautoría o participación delictiva), se

<sup>1</sup> No solo en la teoría jurídica del delito se aprecia un cambio de paradigma, sino también en los propios principios político-criminales. En materia, por ejemplo, de legalidad penal, la doctrina ha apreciado que se está yendo hacia un manifiesto abandono del mandato de determinación en los tipos penales que forman parte de la criminalidad transnacional. Entre otras cosas, porque una concepción demasiado estricta del mandato de determinación puede oponerse a las exigencias de efectividad y practicabilidad de algunos supuestos.

unen supuestos donde la unión de voluntades para delinquir está organizada y tiene vocación de permanencia.

Es en este último elemento en el que me voy a centrar en este trabajo, en la organización criminal como fenómeno delictivo y el importante desafío que plantea determinar si de verdad existen o no elementos diferenciadores que deban tenerse en cuenta en la imputación penal por el hecho de que la comisión de delitos sea llevada a cabo por varios sujetos más o menos organizados.

## II. La unión de voluntades en el Derecho penal

La realización de un hecho delictivo conjuntamente por varias personas no es una novedad en Derecho penal. Que varios sujetos se unan de manera más o menos organizada para llevar a cabo un delito forma parte de la variedad comisiva y es tan habitual como puede serlo la actuación individual. Los supuestos de autoría y participación donde son varios los agentes que, en distinta medida, llevan a cabo un hecho delictivo son consustanciales al Derecho penal. Sin embargo, no toda unión de voluntades tiene la misma relevancia. No parece tener la misma entidad la unión puntual de voluntades, donde no hay apenas interacción entre los distintos agentes participantes en el hecho, que los grupos estrictamente organizados para delinquir. En este trabajo voy a intentar poner de manifiesto que la unión de voluntades agrega al hecho delictivo un elemento diferenciador frente al mismo hecho realizado por una persona individual, pero no solo eso, sino que el sujeto que actúa junto con otros puede ver modificada su capacidad de actuación. En definitiva, que la unión de voluntades, desde la simple y desestructurada, hasta la más compleja, puede suponer un elemento a tener en cuenta en el análisis tanto del propio hecho delictivo, como del sujeto delincuente.

La manifestación más básica de grupo dentro del delito es la unión puntual de voluntades. En Derecho penal esto se manifiesta de manera específica, aunque no sólo, en los supuestos de coautoría y participación. En estos supuestos la voluntad individual adquiere sentido completo en el conjunto de la actuación con otros. Y esto ocurre fundamentalmente en los supuestos de coautoría más que en los de participación, puesto que en la participación no es necesario el acuerdo de voluntades, puesto que el partícipe interviene en el hecho del autor para aportarle algo, colabora con él de una manera más o menos importante o necesaria, pero no es protagonista del hecho. En cambio, en los supuestos de coautoría la unión de voluntades tiene una trascendencia mayor, porque no supone que «vamos a hacer algo al mismo tiempo», o «me vas a ayudar en algo que estoy haciendo», sino que hay realización conjunta del hecho, co-ejecución coordinada y organizada del hecho delictivo. El coautor no «toma

parte en la ejecución del hecho», sino que co-ejecuta el hecho delictivo<sup>2</sup> y esto genera una estructura distinta a la que se da en la realización de un hecho con una pluralidad de intervenientes<sup>3</sup>.

La coautoría tiene dos dimensiones. Por un lado, desde el punto de vista de la sociología criminal, podría decirse que la unión de voluntades tiene una importante función de reafirmación de cada una de las voluntades por separado. La actitud de los sujetos no tiene por qué ser igual de importante, uno puede ser más dominante y el otro más susceptible de control. En muchos casos, la actuación conjunta supone la reafirmación psicológica y física de la propia voluntad.

Por otro lado, la unión de voluntades tiene también una dimensión pragmática, puesto que el reparto funcional de roles hace más fácil la ejecución de un plan. La unión de voluntades permite economizar y optimizar actuaciones para conseguir el mismo resultado, supone, en definitiva, un incremento del riesgo<sup>4</sup>. En este sentido, el acuerdo, la puesta en común de un plan con distribución funcional de roles para la realización conjunta del hecho en la fase ejecutiva, crea una nueva unidad delictiva, algo distinto a la suma de las voluntades de los sujetos. Esta unión configura una entidad propia con sus propias reglas de imputación del hecho delictivo a las conductas. Aquí rige la regla de imputación recíproca que supone que a cada uno de los coautores se les imputa la totalidad del hecho delictivo, aunque no hayan realizado fácticamente todos los hechos descritos en el tipo penal. La *valoración del hecho* realizado por varios sujetos puestos de acuerdo, es distinta a la valoración del hecho realizada por esos mismos sujetos sin existir acuerdo de voluntades<sup>5</sup>. En

<sup>2</sup> R. Robles Planas sostiene en su monografía, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 270, que la realización directa del tipo puede ser objeto de división del trabajo de modo que puede dar lugar a la coautoría.

<sup>3</sup> Por su parte, J. López-Muñoz, *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos. Estudios de Criminología y Política Criminal*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 59-60, considera que para poder hablar de grupo tiene que haber permanencia y coordinación, esto es organización funcional. Ahora bien, que no se pueda considerar grupo criminal, no quiere decir, según entiendo, que la coordinación y co-ejecución para delinquir carezca de relevancia jurídica.

<sup>4</sup> En este sentido, M. Díaz y García Conledo, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991, p. 656, que entiende que el acuerdo con división de trabajo o acumulación de esfuerzos es lo que permite hablar de una acción conjunta. Por su parte, P. Sánchez-Ostiz Gutiérrez, «Mutuo acuerdo y exceso de algún interveniente en casos de coautoría. Comentario a la STS de 11 de mayo de 1994 (Ponente Sr. Hernández Hernández)», en *Actualidad Penal*, nº 3, 1997, p. 46, afirma en este sentido que «la virtualidad lesiva de un conjunto de aportaciones no es el mero agregado, suma, de las intervenciones individuales. La intervención adquiere una potencialidad lesiva precisamente por su carácter unitario, conjunto».

<sup>5</sup> Es muy discutida la función del mutuo acuerdo como elemento configurador de la autoría. Sobre esto, de manera crítica y muy detallada, véase M. V. García del Blanco, *La coautoría en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 377-677. Entiendo al igual que esta autora, que el mutuo acuerdo no puede ser el requisito esencial y único de

definitiva, la coautoría tiene sus propias reglas de imputación, porque no son dos o más autores que ejecutan el hecho delictivo al mismo tiempo, sino que son una pluralidad de personas que se agrupan en una unidad de acción: la coautoría. Forman un grupo de actuación, muy básico, pero un grupo. De hecho, se habla del plan del grupo, de la forma de ejecución del grupo. Para que esto se dé no basta con que dos o más sujetos se unan y acuerden realizar un hecho antijurídico, sino que tiene que haber, obviamente, acuerdo de voluntades, plan común con reparto funcional de roles y realización de acciones en fase ejecutiva<sup>6</sup>. La coautoría supone así el primer acuerdo de voluntades para la realización conjunta del hecho delictivo que trasciende a la voluntad de cada uno de los intervenientes creando una unidad de acción que tiene su propia identidad al margen de los sujetos individuales que la componen<sup>7</sup>. En la coautoría hay compromiso para actuar conjuntamente y el compromiso requiere cierta persistencia. Por eso puede afirmarse que la coautoría es la manifestación más básica, elemental del grupo como ámbito favorecedor de delitos.

La existencia de un acuerdo y de un plan común es tan importante, por su dimensión tanto sociológica-psicológica como práctica, que el legislador ha cambiado su concepto de la intervención penal, adelantando la barrera de sanción a un momento anterior al del inicio de la tentativa del delito. Así, en España se puede sancionar la preparación del hecho delictivo en algunos casos (cuando afecta a los bienes jurídicos más importantes) cuando son varias las personas que están implicadas en el proyecto. Precisamente por la dimensión sociológica y porque la unión de voluntades de todos los miembros reafirma la voluntad de cada uno de ellos y además porque con varias personas la resolución práctica del delito es más fácil. Va a ser más seguro conseguir el resultado. Según ha manifestado gran parte de la doctrina, en estos casos la colaboración de

---

la coautoría entendido de manera subjetiva porque supondría sancionar a un sujeto por algo que no ha hecho, solo porque subjetivamente se vinculó a realizar algunos hechos con otras personas (pp. 432 y ss). Reconoce, sin embargo, que las acciones ajenas pueden ser tenidas en cuenta para poder determinar el significado normativo de la acción propia. Sostiene que «cada coautor responde penalmente por su propia conducta, sin embargo, la responsabilidad penal derivada de dicha conducta en ningún caso está limitada al ámbito de ejecución material llevada a cabo por el sujeto» (p. 433). En similar línea M. Gutiérrez Rodríguez, *La responsabilidad penal del coautor: fundamento y límites*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 137, quien entiende que el mutuo acuerdo no acontece solo en el ámbito subjetivo, sino que tiene trascendencia en el exterior. Comparto estas afirmaciones, puesto que entiendo que lo relevante del mutuo acuerdo es la relevancia objetiva que supone al establecerse un compromiso de co-actuar (con división de trabajo, el reparto funcional de roles) en la realización del tipo penal.

<sup>6</sup> Por todos, S. Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 10<sup>a</sup> ed, Barcelona, Reppertor, 2015, reimpresión corregida 2016, L 15/2-25.

<sup>7</sup> Es, según la relevante diferenciación de Lampe, un injusto simple, como sistema organizado hacia un fin común a través de la voluntad de los individuos que integran el sistema. E.-J. Lampe, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, (trad. Gómez-Jara), 2003, Lima, Gijley, pp. 103 y ss.

más de un sujeto en el proyecto de lesión de un determinado bien jurídico confiere una situación de desprotección especial respecto al bien jurídico, que no existe cuando éste se ve amenazado por un autor individual<sup>8</sup>. En este sentido puede decirse que la *conspiración* es el primer estadio de la organización delictiva. La unión de voluntades genera un contexto nuevo donde las actuaciones se convierten en relevantes al ser intercomunicadas entre los miembros; de nuevo la interacción pasa a ser relevante en la imputación. Esto lleva a la doctrina a entender que, por un lado, hay un mayor peligro por la puesta en marcha de un curso causal, ya que al implicarse otras personas se pierden el total dominio del hecho<sup>9</sup>. Para otros autores el mayor peligro viene dado precisamente por la unión de voluntades<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Esta especial peligrosidad de las decisiones conspirativas se ha tenido muy en cuenta en la doctrina alemana. Así, H-H. Jescheck, T. Weigend, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, (Trad. Olmedo Cardenete), 5<sup>a</sup> ed, Granada, Comares, 2003, § 65.2; por supuesto, K. Letzgus, *Vorstufen der Beteiligung: Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit*, Berlín, Duncker & Humblot, 1972, pp. 126 y ss, 135. En contra en Alemania, M. Maiwald, «Literaturbericht. Strafrecht. Allgemeiner Teil (Teilnahmelehre)», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 88/1976, pp. 729 y ss, 719; J. Puschke, «Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito», *InDret*, 4/2010; W. Mitsch, «Vorbereitung und Strafrecht», en *Juristische Arbeitsblätter*, 7/2013, pp. 696-704. En nuestro país, sobre esta cuestión ampliamente J. Cuello Contreras, *La conspiración para cometer el delito*, Barcelona, J. M. Bosch, 1977, pp. 16 y ss; E. Farré Trepat, *La tentativa del delito*, Barcelona, J. M. Bosch, 1986, pp. 214 y ss; R. Rebollo Vargas, *La provocación y la analogía en el nuevo Código penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1977, pp. 21 y ss.

<sup>9</sup> Así S. Mir Puig, *DP. PG*, L 13/30, encuentra el fundamento en que varias personas, en virtud de su interés personal, hacen nacer en cada una de ellas la voluntad de cometer el delito, determinando un robustecimiento de la voluntad criminal y, por tanto, un mayor peligro de que el delito principal se lleve a cabo. La razón última de la punición sería la constatación de un fenómeno psicológico cual es la ruptura de inhibiciones que se produce en la toma de una decisión conjunta de hacer lo que no se atreverían a hacer individualmente, de donde se deriva un peligro para la sociedad que exige la intervención del Derecho penal. Por su parte Cuello Contreras considera la conspiración como una «inducción mutua». «Lo que se trata de impedir con la punición de la conspiración es el peligro que supone que varias personas se crean colocadas por encima del Ordenamiento jurídico, es decir, piense que éste no les puede alcanzar con su sistema de sanciones ya que el sólido grupo que forman es más «fuerte» que aquél» (p. 17). J. Cuello Contreras, «La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los actos preparatorios del art. 4º del Código penal: conspiración, proposición y provocación», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1976, p. 536, Cuello Contreras, *La conspiración*, pp. 17-18, 23-24.

<sup>10</sup> C. Roxin, *Leipziger Kommentar*, 11 ed., Berlín, De Gruyter, 1994, § 30, n.m.4, entiende que se da una combinación de ambos argumentos y entiende que existe un peligro especial cuando alguien empuja a otro a la realización de una conducta criminal y el desarrollo de este acontecimiento queda ya fuera de su mano. Pero también tiene importancia que quien se ha comprometido frente a otro pierde la libertad que tiene el autor individual, pues este último no tiene que rendir cuentas a nadie en el caso de que decida abandonar su proyecto. K. Letzgus, ob. cit., pp. 126-128, parte de la idea de que la colaboración de varias personas en el hecho es más peligrosa que la actuación individual, por la gran influencia que se produce en la voluntad de las personas al actuar juntas. La influencia mutua hará que cada persona esté capacitada en menor medida para desistir de la acción

En definitiva, parece haber acuerdo en que la existencia de unión de voluntades con un plan común, que exija cierta organización, aunque sea muy primigenia, genera un estado de cosas más peligroso para los bienes jurídicos e intereses protegidos para el Derecho penal. Puede concluirse en este punto, que las actuaciones llevadas a cabo por varias personas coordinadas (empleo este término para utilizar el de organización de una manera específica) dota al hecho de una relevancia distinta, mayor. Podríamos decir, como corolario parcial, que en los hechos realizados en este contexto el injusto del hecho es distinto, mayor, que cuando son realizados por una persona individual.

### III. La organización delictiva

A pesar de haber señalado que la unión de varios sujetos para llevar a cabo un hecho delictivo no es ninguna novedad, sin embargo, ha cobrado especial importancia en los últimos años la comisión de delitos por grupos organizados. A esta nueva realidad ha respondido el Derecho penal con algunos cambios importantes en la política legislativa y es un importante tema de estudio y trabajo del Derecho penal.

El profesor Silva Sánchez, en su obra *La expansión del Derecho penal*<sup>11</sup>, de forma preclara analiza y, en algunos casos avanza, algunos elementos claves en un modelo de Derecho penal. En este trabajo pone de manifiesto que el fenómeno de la criminalidad organizada es uno de los reflejos del Derecho penal de la globalización. En el ámbito de este Derecho penal de la globalización nos enfrentamos a unos modelos de delincuencia, que frecuentemente se concreta en la llamada macrocriminalidad, que genera un panorama muy distinto al de los delitos que podríamos denominar clásicos<sup>12</sup>. El terrorismo, el narcotráfico o la criminalidad organizada en tráfico de armas, mujeres o niños que utiliza instrumentos sofisticados como los medios de comunicación modernos y las redes comerciales internacionales, muestran un modelo delictivo al que parecen no servir del todo las categorías dogmáticas clásicas de la

que lo que estaría si a esa misma resolución hubiera llegado por una decisión propia, ya que en este caso sus instancias de control no estarán interferidas por la influencia sugestiva de otro.

<sup>11</sup> J. M. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2<sup>a</sup> edición, Buenos Aires, B de F, 2015, pp. 88 y ss.

<sup>12</sup> Sobre estas cuestiones son muy conocidos y citados los trabajos de H. Jäger, «Gedanken zur Kriminologie kollektiver Verbrechen», *Monastsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1980, pp. 358 y ss.; *Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens*, Frankfurt, Metzner, 1985, *passim*; «Versuch über Makrokriminalität», *Strafverteidiger* 1988, pp. 172 y ss.; *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, *passim*, Frankfurt, Suhrkamp, 1989. Una revisión de la dogmática penal para el pensamiento organizativo en L. Eidam, *Der Organisationsgedanke im Strafrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, pp. 283 y ss.

teoría general del delito. Esto ha obligado a una reinterpretación constante de estas categorías jurídico-penales, y, a mi juicio, no sólo de las categorías, sino de los propios principios fundamentadores del Derecho penal.

Sobre esta cuestión se ha manifestado en distintas ocasiones el Profesor Silva Sánchez. Algunos aspectos han sido tratados en un extraordinario, a pesar de breve, libro escrito por él en coautoría con Cancio Meliá, *Delitos de organización*, publicado por BdF en Buenos Aires en 2008. Este trabajo pone de manifiesto uno de los debates más relevantes y con más consecuencias seguramente en materia de Derecho penal; el de si el Derecho penal debe modificar o no la dogmática de sus categorías para resolver los problemas jurídicos derivados de este modo particular de delincuencia, donde existe «organización delictiva»<sup>13</sup>. Partiendo de que «la mayoría de los países contienen regulaciones crecientemente expansivas en materia de «delitos de organización»<sup>14</sup>.

La cuestión es si los delitos de organización tienen un injusto propio, alejado del modelo de imputación individual y más próximo a un injusto sistémico. Este libro es buen ejemplo de la discusión doctrinal, pues los dos autores, de una manera rigurosa sostienen posturas diversas. Un modelo de atribución de responsabilidad más unido a la realización del delito fin (*Vorverlagerungstheorie*), por parte de Silva Sánchez, relacionado con la idea de que estos delitos suponen un adelantamiento de las barreras de protección, una criminalización de conductas previas<sup>15</sup>. Y, por parte de Cancio Meliá, un modelo de responsabilidad autónomo a la organización por un injusto sistémico<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> El caso de la organización criminal es el paradigma del llamado por Lampe, sistema de injusto constituido, ya que su organización tiene una configuración institucional y duradera. Véase, E-J. Lampe, *La dogmática jurídico-penal*, pp. 111 y ss.

<sup>14</sup> J. M. Silva Sánchez, «La intervención a través de organización. ¿Una forma moderna de participación en el delito?», en *Delitos de organización*, Buenos Aires, B de F, 2008, pp. 103 y ss.

<sup>15</sup> Sobre esto I. Sánchez García de Paz, «Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado», *Libro Homenaje a M. Barbero Santos*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 647-648. J. M. Silva Sánchez, «¿»Pertenencia» o «intervención»? Del delito de «pertenencia a una organización criminal» a la figura de «participación a través de la organización» en el delito», *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 1072.

<sup>16</sup> Sobre esta cuestión, también M. Cancio Meliá, «El injusto de los delitos de organización: peligro y significado», en *Delitos de organización*, pp. 30 y ss; véase el detallado análisis que hace, L. Zúñiga Rodríguez, *Criminalidad organizada y sistema del Derecho Penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada, Comares, 2009, págs. 249 y ss.; E-J. Lampe, «Systemunrecht und Unrechtssysteme», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 106/1994, pp. 683-745; El mismo, *La dogmática jurídico-penal*, pp. 97 y ss.; K. Seelmann, *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 2002. En esta misma línea J. P. Mañalich, «Organización

Este debate sobre la esencia misma del Derecho penal, sobre si la dogmática debe adaptarse a los modelos de codelincuencia, pone de manifiesto la necesidad de que el Derecho penal se adapte a las nuevas realidades que se van planteando. La clave está en si ha de hacerlo de una manera radical, cambiando el sistema de imputación tradicional, o dentro de los límites de lo que podríamos denominar un Derecho penal clásico, interpretando las categorías de imputación para dar respuesta a estas nuevas situaciones. En cualquier caso, parece evidente que se exige una elaboración dogmática para enfrentarse a unos modelos de delincuencia que no responden exactamente a la idea del autor individual para un delito doloso de resultado, que es el que estaba presente en la elaboración dogmática clásica<sup>17</sup>.

Sin embargo, en una primera aproximación al tema ya se hace evidente que no tienen mucho que ver los casos de coautoría o participación en los que varios sujetos toman parte en el hecho delictivo, de aquellos supuestos de criminalidad compleja y altamente organizada. Puede parecer que lo único que tienen en común es que se apartan del concepto de autor individual, aunque se mantiene la idea de que la organización modifica la estructura de comisión de un hecho delictivo, independientemente de cuál sea el delito fin de la organización<sup>18</sup>. Puede señalarse el efecto que la agrupación organizada para delinquir tiene en un nivel fáctico y en un nivel simbólico. La dimensión institucional supone un estado de cosas favorecedor del hecho, y además confiere una especial peligrosidad, derivada de esta forma de comisión propia, con organización, con varias personas, muchas en la mayoría de los casos, que ejecutan roles distintos.

Como punto de partida adopto la idea de que la integración de unos sujetos de manera organizada para cometer un hecho delictivo supone una estructura con autonomía propia, que va a exigir una interpretación de las categorías penales de la parte general para una situación donde el todo es algo más que la suma de las partes. Sin embargo, a partir de aquí mi análisis toma también en consideración los supuestos donde la unión

delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el Derecho penal chileno», en *Revista Chilena de Derecho*, 2011, vol. 38, nº 2, pp. 279-310.

<sup>17</sup> Lo pone de manifiesto L. Zúñiga Rodríguez en «El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas», en *Nuevo Foro Penal*, Vol. 12, nº 86, 2016, p. 82, cuanto explica que «la realidad criminológica, como la aprehensión de ella por la norma penal poseen una dimensión distinta a la llamada criminalidad común fundamentalmente porque las coordenadas de racionalidad penal se han construido desde la responsabilidad individual y, en estos casos, estamos ante comportamientos de organizaciones».

<sup>18</sup> Se entendía que en este grupo de delitos la organización daba un realce distinto al hecho delictivo, entre otras cosas porque solían ir dirigidas a la realización de hechos ilícitos especialmente graves. Como J. M. Silva Sánchez, ha puesto de manifiesto, *Delitos de organización*, p. 2, «cada vez es menor la gravedad de los ilícitos que han de constituir el objetivo de una organización para que esta sea calificada como “criminal”».

de voluntades apenas está organizada. Supuestos donde la organización es mínima, aunque son algo más que agrupaciones coyunturales para cometer delitos.

Aclaro algunas cuestiones previas para poder entender la problemática que aquí se plantea. Esto es, si el acuerdo de voluntades más o menos organizado, presenta alguna peculiaridad digna de ser tenida en cuenta en la valoración de la conducta y en la imputación de responsabilidad. Y esto afecta tanto a estructuras organizativas muy simples como a aquellas de criminalidad organizada internacional, por ejemplo, que presentan gran complejidad organizativa.

#### **IV. Los grupos delictuales con organización. Diferencias legales y sociológicas. Y lo más importante, elementos comunes**

El Derecho penal español recoge distintas manifestaciones de la delincuencia en grupo<sup>19</sup>, de hecho, se ha puesto de manifiesto la dificultad que supone la delimitación de los conceptos legales que utiliza el legislador español para sancionar los supuestos de la delincuencia o criminalidad organizada<sup>20</sup>. La herramienta clásica, desde la publicación del Código penal en 1995, para sancionar y prevenir este tipo de criminalidad<sup>21</sup> era el delito de asociación ilícita (arts. 515 a 521), así como la circunstancia agravante para algunos delitos de pertenencia a organización o asociación dedicada a perpetrar esos delitos. El Código penal español considera asociaciones ilícitas en el art. 515 las asociaciones que «que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión. Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución. Las organizaciones de carácter paramilitar. Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociacio-

<sup>19</sup> Me refiero aquí ya a los supuestos en los que la unión de voluntades, la agrupación de sujetos para delinquir, tiene cierta organización, por tanto, no incluyo aquí lo supuestos de (co)autoría, participación y actos preparatorios a los que ya he hecho referencia.

<sup>20</sup> Así lo ponen de manifiestos numerosos autores, calificándolo incluso de *maremágnum normativo*, J. Bocanegra Márquez, «Delincuencia organizada y «maremágnum normativo» tras la LO 5/2010, de 22 de junio ¿Una organización dedicada a delinquir es una organización criminal, un grupo criminal o una asociación ilícita?», *InDret*, 2, 2023. Sobre la delimitación de estos conceptos, P. Faraldo Cabana, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 28-122.

<sup>21</sup> Entendemos la criminalidad organizada como el fenómeno criminológico al que se da respuesta penal mediante las figuras delictivas de la asociación ilícita, el grupo criminal y la organización criminal, estos son conceptos típicos.

nes por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, situación familiar, enfermedad o discapacidad». Es cierto, que en España esta figura se aplicaba fundamentalmente a delitos relacionados con terrorismo y bandas armadas, teniendo poca aplicabilidad en supuestos distintos a estos, por entenderse, según dice el propio legislador penal español de la LO 5/2010 en su Exposición de Motivos, que tenía que ver su aplicación con conductas que suponían un «ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación» del art. 22 de la Constitución, no tanto con el fenómeno de la delincuencia organizada.

En los últimos años la normativa española ha tenido que adaptarse a la Europea<sup>22</sup> por ser este fenómeno cada vez más frecuente, peligroso y con carácter transnacional al que se entiende que hay que hacer frente de manera coordinada.

En este sentido se reforma Código penal por LO 5/2010, de 22 de junio, que introduce dentro de los delitos contra el orden público del título XXII, un nuevo capítulo 6 relativo a las organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis, 570 ter y 570 quáter). A través de la tipificación de los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter el legislador español ha cumplido su deseo de asumir sus compromisos internacionales por lo que hace a la lucha contra el crimen organizado. La muestra de la preocupación por esta materia queda plasmada en el propio preámbulo de la ley (apartado XXVIII) cuando el legislador hace referencia a que este fenómeno de la delincuencia organizada «atenta directamente contra la base misma de la democracia», «corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la capacidad de gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado».

De acuerdo con el artículo 570 bis<sup>23</sup> la *organización criminal* queda definida como una «agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos». En estos supuestos existe una considerable organización interna en la que los sujetos interactúan, pero con reparto de roles. Tienen

<sup>22</sup> En la Unión Europea destaca la Acción Común sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea se adoptó por el Consejo relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 1998, que fue sustituida después por la Decisión-Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada y que, de acuerdo, con el art. 10, obliga a los estados miembros a adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a esta Decisión antes del 11 de mayo 2010. Como consecuencia de esto se modifica el Código penal por LO 5/2010, de 22 de junio.

<sup>23</sup> Reformado en su apartado 1 por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

además carácter duradero y vocación delictiva, de manera general, para llevar a cabo delitos considerados graves, como tráfico de drogas y estupefacientes, tráfico ilegal de armas, falsificaciones, tráfico y explotación laboral, tráfico ilegal de los inmigrantes, etc<sup>24</sup>. Por el diferente marco penológico que contempla el código penal español, se puede considerar que esta figura es más grave que el grupo criminal, idea mantenida por el legislador en la Exposición de motivos de la LO que introduce esta figura, donde señala que esta es la delincuencia de la era globalizada y que altera el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado<sup>25</sup>.

Por su parte el art. 570 *ter*<sup>26</sup> regula los *grupos criminales*. El grupo criminal se define como «la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos». El concepto de grupo criminal se define por exclusión con respecto a la organización criminal. No parece que sea necesaria la vocación de permanencia o coordinación y reparto de las tareas entre los integrantes<sup>27</sup>.

Por otro lado, se prevé la agravación específica de cometer el delito en el seno de un grupo criminal para distintos tipos delictivos como el asesinato (art. 140.1.3º), trata de seres humanos (art. 177 bis 6), abusos y agresiones sexuales a menores de trece años (art. 183.4), los delitos relativos a la prostitución (arts. 187.2, 188.4, 189.3), el descubrimiento y revelación

<sup>24</sup> Sobre estas cuestiones véanse entre otros: J. A. Choclán Montalvo, «Criminalidad organizada: concepto, la asociación ilícita, problemas de autoría y participación», en *La Criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial, 2, 2001, pp. 215-268; J. J. Medina Ariza, «Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado», en *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, pp. 409-446; I. Sánchez García de Paz, *La Criminalidad organizada: aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid, Dykinson, 2005; La misma, *Libro Homenaje a M. Barbero Santos*, pp. 645-681.

<sup>25</sup> En este sentido se manifiesta también J. Bocanegra Márquez, *InDret*, 2, 2023, p. 344-345. Y además cree que esta interpretación es acorde con la preocupación del Parlamento europeo sobre la persecución de la delincuencia organizada de tipo mafioso, a la que respondería criminológicamente el concepto organización criminal.

<sup>26</sup> Reformado de igual manera por la LO 1/2015, de 22 de junio.

<sup>27</sup> Se ha puesto de relieve, por ejemplo, por J. Bocanegra Márquez, *InDret*, 2, 2023, p. 342, que la indefinición del concepto lo hace difícil de diferenciar con el acto preparatorio de la conspiración para delinquir, ya que pudiera entenderse simplemente como una agrupación de más de dos sujetos que tienen por objeto cometer delitos. Con lo que supone, por otra parte, de ampliación del concepto de acto preparatorio, pues el 570 *ter* no limita el tipo de delito a cometer, lo que sí ocurre con la conspiración regulada por el criterio de *numerus clausus*. Propone como criterio delimitador, que comparto, para el grupo criminal una interpretación teleológica y sistemática del precepto lo que llevaría a exigir cierta vocación de estabilidad y una estructura basada en la actuación concertada y coordinada también en el grupo criminal (p. 143).

de secretos (art. 197.8), hurto (art. 235.9), contra la propiedad intelectual e industrial (arts. 271, 276), blanqueo de capitales (art. 302.1), delitos contra la Hacienda pública y la seguridad social (arts. 305.1, 307.1), el tráfico ilegal de personas (art. 318 *bis* 4), falsificación de moneda (art. 386) o el tráfico de drogas y precursores (arts. 369. 1 <sup>2º</sup>, 369 *bis*, 370 <sup>2º</sup>, 371 2187.2). Por otra parte, que el delito se cometa en el seno de un grupo u organización criminal puede tener efectos en la determinación de la pena o para cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la misma o la obtención de beneficios penitenciarios, siempre en un sentido agravatorio respecto a que el delito se cometa de manera individual (o en las formas tradicionales de coautoría o participación). Así, estableciendo reglas distintas en estos casos, los arts. 36, 76, 78, 78 *bis*, 83, 89, 90, 92, 129 del Código penal.

Una figura que no está regulada expresamente en el Código penal español como tal es la de la banda<sup>28</sup> o pandilla<sup>29</sup>. Al no estar regulada expresamente se debe incluir en alguno de los conceptos legales establecidos en nuestra regulación. Aunque la figura que parece más adecuada para incluir estas agrupaciones que pueden tener carácter delictivo es el grupo criminal, sin embargo, surgen algunas dudas al respecto, puesto que la doctrina<sup>30</sup> parece estar de acuerdo en que criminológicamente plantean características particulares<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Esta figura sí que está regulada en el derecho penal alemán. Sobre esto, entre otros, S. Flemming, T. Reinbacher, «*Unausgeführte Bande. Zur Vorfeldstrafbarkeit bei Bandendelikten*», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 3/2013, pp. 136-143; T. Rönnau, «*Grundwissen— Strafrecht: Bandendelikte*», *Juristische Schulung*, 7/2013, pp. 577-672.

<sup>29</sup> Hay que distinguir estos supuestos, de aquellos de grupos juveniles que eventualmente pueden cometer hechos delictivos, en estos casos las reglas de imputación serán las de la autoría grupal (coautoría y participación). Las bandas o pandillas no es la mera unión de jóvenes que delinquen juntos puntualmente, sino que tiene ciertos rasgos (más o menos básicos) de organización.

<sup>30</sup> Sobre este fenómeno delictual, G. Landrove Díaz, «*Bandas juveniles y delincuencia*», *Diario La Ley*, N° 6627, Sección Doctrina, 2007, Año XXVIII, Ref. D-10, pp. 1-8. Aunque recoge en este trabajo que este fenómeno no parece ser un problema demasiado importante en nuestro país, sin embargo, recoge datos de un informe de la Fiscalía General del Estado del año 2005, que denunciaba la creciente presencia de dichas bandas en nuestro país, como manifestación criminal juvenil a la que era necesario poner coto. En la última memoria de la Fiscalía General del Estado en la que recoge datos del ejercicio 2022 recoge el auge de bandas juveniles violentas y advierte de su extensión hacia «núcleos poblacionales medianos y pequeños. El Ministerio Público ha alertado sobre una alarmante tónica ascendente registrada en los últimos años en el número de delitos de homicidio y asesinato —tanto consumados como en grado de tentativa— cometidos por menores de edad, con un aumento cometidos por menores de edad, con un aumento del 14,77 % en 2022.

<sup>31</sup> J. J. Medina Ariza, «*Consideraciones criminológicas sobre las bandas juveniles*», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3<sup>a</sup> Época, n. 3 (2010), pp. 411-412, señala que una definición que ha recibido bastante atención en Europa es la propuesta por la Red Eurogang, un grupo de científicos sociales internacionales (europeos y norteamericanos) que desde mediados de los 90, ha venido trabajando en el desarrollo de una serie de protocolos de investigación para facilitar estudios comparativos entre naciones. Para la Eurogang

Las investigaciones criminológicas han puesto de manifiesto que las bandas callejeras normalmente carecen de estructura jerárquica, no cuentan con una fuerte organización y carecen de un centro de liderazgo<sup>32</sup>. A menudo, tales bandas suelen tener un grado bastante débil de organización y un liderazgo indeterminado y propenso a cambios. Dentro del grupo no se desarrollan códigos claros para la regulación del comportamiento y no existe una división de papeles entre sus miembros. El grupo por regla general no tiene objetivos colectivos y sus miembros desarrollan actividades con las que conseguir resultados a corto plazo con el más común propósito de satisfacer necesidades individuales. La ausencia de una fuerte organización en las bandas no impide que pueda estar presente cierta estructura grupal. Por el hecho de ser grupos se produce una cristalización de las interrelaciones entre sus integrantes y emergen pautas específicas de interacción entre los miembros. En cualquier caso, se trata de la existencia de colectivos que se articulan mediante un nivel de organización suficiente para ser considerados grupos individualizables. Por otro lado, y esta característica creo que tiene gran importancia, aunque estos grupos puedan no tener una sofisticada organización y ser de carácter transitorio, el propósito de su constitución no es la comisión de actividades delictivas, sino la relación entre sus miembros. Lo importante no es lo que la banda quiere conseguir, sino pertenecer a la banda. Generalmente las bandas callejeras no tienen una orientación delictiva,

---

una banda es un «grupo duradero y callejero de jóvenes para el que la participación en actividades delictivas es parte integral de la identidad del grupo». Los elementos clave de esta definición son: a) durabilidad. Se trata de grupos que tienen una existencia que perdura en el tiempo (al menos varios meses) y que sobrevive a la salida y entrada de individuos en el mismo. b) Callejeros. Son grupos que pasan mucho tiempo ocupando espacios públicos, a menudo en la calle, centros comerciales, parques, etc. c) Jóvenes. Aunque puede haber miembros de mayor edad, generalmente se entiende que estamos hablando de grupos constituidos de forma mayoritaria por jóvenes en su adolescencia o rondando los 20 y pico años de edad. d) Actividades delictivas. Generalmente quiere decir conductas tipificadas como delitos, no simplemente cualquier tipo de actividad molesta o antisocial. e) Identidad. Se refiere a la identidad del grupo, no a la imagen individual de los miembros. Establece también un elenco de rasgos propios de estos grupos de jóvenes, G. Landrove Díaz, *Diario La Ley*, 2007, p. 3.

<sup>32</sup> Sobre la delincuencia de bandas y pandillas, véase S. Córdoba Moreno, *La delincuencia organizada y su prevención, especial referencia a las pandillas latinoamericanas de tipo violento*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2015 (*passim*); L. Kazyrytski, «Criminalidad organizada y bandas juveniles: Reflexiones criminológicas sobre la naturaleza de ambos fenómenos», *Revista de Derecho penal y criminología*, 3<sup>a</sup> época, n. 8, 2012, pp. 335 y ss; M. L. Maqueda Abreu, «Aproximación a la violencia juvenil colectiva desde una criminología crítica: (bandas, tribus y otros grupos de calle)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2010, pp. 271—331; J. J. Medina Ariza, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2010, pp. 409-446. T. Rönnau, *Juristische Schulung*, 7/2013, p. 595, señala el sentimiento de pertenencia, la dinámica de grupo, la división del trabajo y su especialización, la existencia de una estructura organizativa. Dice este autor que la banda puede ser la célula germinal de la organización criminal, aunque señala sus diferencias. La banda está en una posición intermedia entre la asociación para delinquir del parágrafo 30 y la coautoría del 25 II por un lado, y la organización criminal, por otro.

esto es, el crimen no es el objetivo principal de su existencia ni constituye su esquema más recurrente de actuación. Por ello, aunque no estén reguladas de manera específica<sup>33</sup> el fenómeno de las bandas criminales, las pandillas, creo que deberá analizarse de acuerdo a la regulación actual y su sitio natural parece ser el del grupo criminal<sup>34</sup>.

Atendiendo al panorama descrito, podemos afirmar que el fenómeno de la delincuencia organizada ha tenido en los últimos años un cambio cualitativo y cuantitativo importantísimo<sup>35</sup> que se ha visto reflejado en la regulación penal de manera amplia y, quizás no muy clara<sup>36</sup>. Aunque los mecanismos utilizados por el legislador español para sancionar la criminalidad organizada son distintos, lo que es común a todas las manifestaciones de la agrupación criminal es que existe una agravación de la sanción penal con respecto a la comisión de los mismos hechos delictivos por sujetos individuales. Que la existencia de organización en la unión de voluntades para delinquir se relacione con la mayor, o distinta (por más grave), antijuricidad de la conducta es el planteamiento más habitual. La cuestión es si, además de afectar a la (mayor) antijuricidad de la conducta, puede tener efecto sobre las otras categorías de la teoría jurídica del delito<sup>37</sup>.

## V. El grupo como factor criminógeno *ad extra* y *ad intra*

En las páginas anteriores se ha puesto de manifiesto que la confluencia de sujetos en la realización de un hecho delictivo tiene relevancia

<sup>33</sup> Antes estaba regulada la llamada cuadrilla. Para un conocimiento sobre la regulación F. F. Olesa Muñido, «La cuadrilla como unidad delincuente en el vigente Código penal español», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1957, pp. 299-324. Me parece especialmente relevante su consideración de que «los componentes de la cuadrilla obran *ut universi*, como miembros de una unidad delincuente autónoma» (p. 322).

<sup>34</sup> T. Rönnau, *Juristische Schulung*, 7/2013, p. 596, considera que la banda puede ser la célula germinal de la organización criminal, aunque señala sus diferencias. La banda está en una posición intermedia entre la asociación para delinquir del parágrafo 30II y la coautoría del 25II por un lado, y la organización criminal del 129, por otro. Esto podría trasladarse *mutatis mutandis* a la regulación española. Por su parte, Lampe, *La dogmática jurídico-penal*, pp. 111 y ss, las considera sistema de injusto simple, aunque tienen organización, sin embargo, carecen de carácter institucional.

<sup>35</sup> Se ha señalado que el crimen organizado constituye uno de los fenómenos más característicos de la criminalidad desde el último tercio del siglo xx y, según todos los indicios, va a ser igualmente dominante en el s. xxi. Por todos, I. Sánchez García de la Paz, *La criminalidad organizada*, p. 21.

<sup>36</sup> Sobre la dificultad para abordar las relaciones entre los delitos que hacen referencia a las agrupaciones delictivas y dando criterios para delimitar el ámbito de aplicación de cada uno de los supuestos legales, véase el trabajo de J. Bocanegra Márquez, *InDret*, 2, 2023, pp. 341-351.

<sup>37</sup> Un análisis bastante profundo de esto en I. Morozinis, *Dogmatik der Organisationsdelikte*, Berlín, Duncker & Humblot, 2010 y L. Eidam, *Der Organisationsgedanke, passim*.

para la imputación penal. La puesta en común con otros sujetos del plan delictivo y de su ejecución aporta al hecho que se realiza, o se va a realizar, elementos que pueden afectar a la valoración del hecho fáctico y también ciertos aspectos a tener en cuenta en la imputación individual a cada sujeto interviniendo. La relevancia de la realización conjunta de un hecho por varios sujetos no va a ser tener la misma trascendencia en todos los casos, sino que hay un elemento que va a marcar grandes diferencias: la *organización*. La existencia de organización permite diferenciar los acuerdos de voluntades puntuales (conspiración y coautoría) aunque también presenten, como hemos señalado anteriormente, algunas peculiaridades en la imputación jurídica, de la delincuencia en grupo. Y es que el grupo, en el que se da cierta organización, tiene ciertas características criminológicas y sociológicas que deben ser tenidas en cuenta para entenderlo como posible factor criminógeno<sup>38</sup>.

El grupo puede entenderse como conjunto de individuos interdependientes que se perciben a sí mismos como miembros de una misma categoría social y que toma parte en cierta forma de un vínculo emocional sobre la definición de sí mismo. El grupo, al que un individuo «siente» que pertenece, se designa como grupo propio frente a los grupos ajenos<sup>39</sup>. Esta es, a mi modo de ver, una de las características que nos va a permitir diferenciar al grupo criminal del acuerdo puntual.

Pero, ¿cómo funcionan los grupos criminales? Lo que caracteriza fundamentalmente a los grupos es la existencia de jerarquización, entendido no solo como la existencia de un líder y unos seguidores, sino como distribución y reparto de roles, y normativización; en definitiva, de organización. No se puede tener continuidad en el tiempo sin estos requisitos. La organización exige fundamentos de poder y es esto lo que supone

<sup>38</sup> Ponemos de nuevo aquí de manifiesto las grandes diferencias que plantea en la dinámica de los grupos el grado de complejidad y organización que tenga. La dinámica varía según estemos el modelo delincuencias del grupo. Por ejemplo, en el caso de macro organizaciones criminales (la criminalidad organizada de tipo mafioso) la dinámica de la organización presenta importantes peculiaridades; por su modo de actuación, por su ámbito de influencia, por su afectación a instituciones estatales. E incluso dentro de ellas, habrá importantes diferencias según el delito fin de la organización, no es lo mismo las organizaciones de delitos que buscan fines económicos (narcotráfico, trata de personas...) que las que tienen carácter terrorista. Tampoco tiene la misma sistemática comisiva otros grupos como pueden las empresas que delinquen, o las bandas juveniles, o las sectas religiosas, o la ciberdelincuencia... Sin embargo, los lineamientos generales que aquí se describen sobre las dinámicas del grupo hacia el contexto social y entre sus miembros se darían en todas las agrupaciones delictivas donde haya cierto grado de organización (jerarquización y normativización). La mayor o menor institucionalización del grupo planteará singularidades en esta dinámica criminógena del grupo. Sobre estas diferencias P. Faraldo Cabana, «Sobre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita», en C. Villacampa Estiarte, (Coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la Política criminal actual*, Aranzadi - Cizur Menor, Navarra, 2013, p. 53.

<sup>39</sup> En este sentido, S. Stürmer, B. Siem, *Sozialpsychologie der Gruppe*, München, Ernst Reinhardt Verlag, 2013, p. 11.

reducción de la complejidad. El poder lleva consigo fuerza, recompensa, legitimación, identificación y control de la situación.<sup>40</sup> Este poder se manifiesta en el grupo en forma de liderazgo, autoridad, obediencia y conformidad, competencia y colaboración, normas y reglas básicas<sup>41</sup>.

De todo lo dicho anteriormente se deriva que el grupo delictual presenta dos vertientes de actuación: una *ad extra*, extrassistémica, referida al efecto del grupo en el contexto social y otra, *ad intra*, intrassistémica, referida al efecto que el grupo tiene sobre sus miembros.

En cuanto a la primera, se sostiene que el grupo criminal es más peligroso como sujeto del hecho delictivo, puesto que la ejecución con otras personas donde hay coordinación y reparto de tareas supone una mayor garantía de éxito en la empresa criminal al optimizar considerablemente los recursos. Además, que las conductas delictivas sean llevadas por varios sujetos coordinadamente puede afectar a la capacidad de lesión de un mayor número de bienes jurídicos, y eventualmente también, de una lesión a bienes jurídicos más graves<sup>42</sup>. Disponer también de estructuras de actuación complica más la persecución penal, al ser más fácil el encubrimiento.

Por otro lado, el grupo organizado puede tener un efecto como ente formalizado contrario a las normas del Estado de Derecho, como «institución antijurídica» o «contra-institución», con el efecto simbólico y comunicativo que tiene. La empresa criminal se opone sistémicamente a la estructura social y ello porque las actividades del crimen organizado extienden su lesividad más allá de los concretos bienes que resultan afectados en un ataque específico, desestabilizando a la sociedad a través de la generación de inseguridad, poniendo en riesgo el orden económico, y, en determinados casos, facilitando la corrupción de las instituciones públicas, así como del sector privado<sup>43</sup>. En los casos más graves, los grupos organizados pueden llevar su influencia hasta el punto de condicionar sectores relevantes de la actuación del Estado. Estos dos órdenes de actuación *ad extra* de los grupos delictuales organizados serán más graves y relevantes según el grado de organización, de permanencia, de gravedad del grupo y de los delitos-fin a los que se oriente. Cuanta mayor entidad tenga el grupo criminal mayor eficacia tendrá en el sentido que se expo-

<sup>40</sup> O. König, *Macht in Gruppen. Gruppendynamische Prozesse und Interventionen*, Stuttgart, Leben Lernen, 4<sup>o</sup> ed, 2007, pp. 26-47.

<sup>41</sup> Sobre esta cuestión de manera detallada, O. König, *Macht in Gruppen*, pp. 48-91.

<sup>42</sup> No es lo mismo que un sujeto con ayuda de otro u otros vendan drogas en un determinado ámbito espacial, que un grupo mucho más numeroso y organizado se dedique de una manera más estable y sofisticada en los medios al narcotráfico. Parece claro que la virtualidad lesiva del bien jurídico podrá ser mucho más importante desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo.

<sup>43</sup> Sobre la organización criminal como sistema específico de injusto, véase A. Zurita Gutiérrez, *El delito de organización criminal: fundamentos y contenido del injusto*, Barcelona, J. M. Bosch, 2020, pp. 243 y ss.

ne. Podríamos decir que el ejemplo más grave sería el de la organización criminal de tipo mafioso, estarían después los grupos criminales y las asociaciones ilícitas, teniendo en cuenta que dentro de cada concepto podría hacerse también una escala de gravedad. No tienen la misma peligrosidad, ni el mismo impacto en el orden estatal, un grupo familiar que se dedica al narcotráfico en una determinada ciudad que una agrupación con una importante estructura consolidada y muchos miembros que se dediquen al tráfico de drogas, que un grupo mafioso que influye a base de corrupción y blanqueo, por ejemplo, en la estabilidad del mercado financiero y las instituciones. En este sentido me parece que puede servir establecer una graduación de grupos según sean formales, formalmente organizados o sistemas constituidos<sup>44</sup>. Dependiendo del grado de institucionalización del grupo los efectos que desplieguen en este sentido serán graduables. El carácter de institución del grupo depende de si está o no organizado<sup>45</sup> y de cómo lo esté. La mayor organización hace que las actuaciones dentro del grupo generen expectativas en sus miembros y en la sociedad. Una organización delictiva para el blanqueo de capitales puede tener bien repartidos los roles y se espera que cada uno se comporte conforme al rol designado en el conjunto. La institucionalización de la organización lleva consigo también la negación del Estado de Derecho. Sin embargo, los grupos menos institucionalizados, o en vías de institucionalización no generan un enfrentamiento de ese nivel con el Estado. Suponen una negación puntual de las normas estatales.

El grupo tiene también relevancia *ad intra*. El grupo influye también en el comportamiento individual de sus integrantes. Hay una dinámica propia del grupo. Esta dinámica afecta directamente al individuo que forma parte de él. En el grupo se da la reafirmación de la voluntad general por encima de la voluntad de cada uno de sus miembros. El grupo influye sobre sus miembros, hay una identificación del sujeto con el grupo, y eso lleva a una relación no sólo fáctica, sino también psicológica, entre el miembro individual y el conjunto como concepto. En el grupo la dimensión de unión psicológica que se da entre los sujetos que lo componen es más fuerte que en la unión coyuntural, porque aquel tiene existencia al

<sup>44</sup> Esta clasificación es de M. Pereira Garmendia, *Responsabilidad por los delitos atroces. Genocidio y lesa humanidad. Estructuras institucionales inicuas y responsabilidad penal internacional*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2016, p.183. L. Eidam, *Der Organisationsgenetik*, pp. 8-12, distingue como formas de organización relevantes, organizaciones previas o primarias, y sistemas de injusto que pueden ser a su vez casuales, sencillos o improvisados y organizados

<sup>45</sup> Hay otro supuesto delictivo muy interesante pero que se distancia del objeto de este trabajo y es el delito cometido por la masa o de muchedumbre. La característica fundamental de este modelo de comisión de delitos por una pluralidad de personas es que la masa influye muy poderosamente sobre la psicología individual (*ad intra*), sin embargo, no hay organización entre los miembros, por lo que no tiene ninguna relevancia como elemento contrario al Estado (*ad extra*). No es posible dejar de citar en esta cuestión los trabajos de G. Le Bon, *Psicología de las masas*, 5<sup>a</sup> ed, Madrid, Crotoxina Ediciones, 2005.

margen de la existencia del sujeto individual. Uno puede desaparecer y el grupo seguir existiendo porque tiene un fin por conseguir.

Desde el punto de vista de la sociología y la psicología social, el grupo actúa sobre sus miembros inhibiendo las voluntades individuales y potenciando las colectivas. El individuo piensa y actúa en el grupo de una determinada manera. Comparte el fin del grupo, actúa como los dirigentes de este entienden y colabora en conseguir los objetivos del grupo, que no necesariamente son los suyos, aunque los comparta, y obviamente obtenga también sus propios objetivos, que no tienen por qué ser los mismos. En este sentido la agrupación cambia la perspectiva de la participación individual. Las interacciones con otras personas influyen en los beneficios individuales y también en los de la congregación<sup>46</sup>.

En otro sentido, la existencia de otros sujetos insertados en un plan conjunto, en una unidad de actuación, supone un incremento importante de la excitación del valor físico y de la emoción. El grupo pasa a ser un regulador de problemas y buscador de soluciones. La mera presencia de otras personas tiene ya algunos efectos sobre la actuación concreta del sujeto individual<sup>47</sup>. Por ejemplo, hay estudios que han demostrado que la mera presencia de otros sujetos supone un incremento de la excitación, de la emoción, en el sentido del valor físico. Las causas del incremento de esta emoción tienen que ver, en primer lugar, con factores biológicos; los estudios demuestran que la mera presencia física de miembros de la misma especie incrementa el poder. Por otro lado, influyen el miedo y la preocupación por la valoración de los otros, incrementando la excitación y el desvío de atención<sup>48</sup>. Se pone de manifiesto que personas con escasa autoestima reaccionan en determinadas situaciones en compañía de otras con un inusual nivel de excitación<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> S. Stürmer, B. Siem, *Sozialpsychologie*, p. 14.

<sup>47</sup> Esta cuestión en S. Stürmer, B. Siem, *Sozialpsychologie*, pp. 36 y ss.

<sup>48</sup> P. Zimbardo, *El efecto Lucifer. El porqué de la maldad*, Barcelona, Paidos, 2008, p. 350 señala que «la presión del grupo, de los compañeros, se ha identificado como una fuerza social que impulsa a las personas, sobre todo a los adolescentes, a hacer cosas extrañas —cualquier cosa— para ser aceptadas».

<sup>49</sup> Son muchos los estudios empíricos que se han realizado para ver cómo influye la existencia de un grupo, o de un contexto institucionalizado, en las actuaciones individuales. Algunos ejemplos de ellos en M. Pereira Garmendia, *Responsabilidad por los delitos atroces*, pp. 67-115; P. Zimbardo, *El efecto Lucifer*, pp. 349 y ss; V. Gómez Martín, «El experimento (Das Experiment). Algunas reflexiones sobre la película y el Stanford Prision Experiment que la inspiró», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-06, 2006; J. M. Silva Sánchez, L. Varela, «Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo», en *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, 2013, pp. 279 y ss. En todos ellos se pone de manifiesto cómo los sujetos individuales pueden modificar sus modos de comportamiento por efecto de la intervención de un grupo, o de un contexto organizado.

En algunos supuestos supondrá una influencia enorme sobre sus miembros individuales, llevando a cabo técnicas de dinámica de grupo muy efectivas de adoctrinamiento y formación entre sus miembros. No sólo en los grupos terroristas, o en grupos de carácter sectario, sino también en la delincuencia de carácter económico, donde se forma a los miembros en modelos de comportamientos delictivos.

Estas dos vertientes de actuación del grupo no tienen por qué darse en el mismo grado en el grupo particular de que se trate. La relevancia *ad extra* y *ad intra* no están necesariamente comunicadas. Así, pueden darse grupos de delincuencia escasamente organizada, como las bandas o pandillas, por ejemplo, donde la relevancia *ad extra* es claramente menor. Al carecer de una estructura compleja, aunque pueden generar un contexto de mayor peligrosidad<sup>50</sup> no tendría la dimensión social (contra)institucional de la organización criminal. Sin embargo, *ad intra*, estos grupos pueden tener una enorme influencia sobre sus miembros, al generar un contexto donde uno no es un individuo aislado, sino un miembro del grupo. Pero también puede ocurrir que grupos muy complejos y sofisticados en sus medios, con una gran relevancia desestabilizadora del orden social, como algunos grupos terroristas, tengan una influencia absoluta sobre sus miembros integrantes desarrollando un comportamiento grupal uniforme. En este sentido es muy difícil establecer parámetros generales de la relevancia del grupo en general. Habrá que ir analizando caso por caso desde estas premisas.

## VI. La relevancia del grupo para la teoría de la imputación penal del delito. Mayor injusto y ¿la culpabilidad?

Se ha señalado al comienzo de este trabajo que el fenómeno de la criminalidad en grupo ha obligado a una reinterpretación constante de las categorías jurídico-penales para adaptarlas a una fenomenología criminal distinta a la de la autoría individual, o la de la coautoría o supuestos de participación puntual en el delito. He sostenido en el apartado anterior que el grupo criminal tiene una criminología específica que debe ser tenida en cuenta. Así, he mantenido la idea de que el grupo tiene una relevancia criminógena en una doble dirección: *ad extra*, la influencia del grupo hacia el contexto social y *ad intra* del grupo hacia sus miembros. Esta doble relevancia puede vincularse de manera intuitiva aunque

<sup>50</sup> Esta mayor peligrosidad se concreta en algunos delitos como prevalimiento. Así el legislador castiga con penas agravadas en las agresiones sexuales del art. 180; los abusos sexuales del art. 183 y la prostitución del art. 188 que el hecho se comete por dos o más sujetos.

simplista con el efecto que puede tener la actuación del grupo en sede de antijuricidad y de culpabilidad respectivamente.

La mayoría de la doctrina da por seguro que el grupo organizado supone una agravación en la antijuricidad de la conducta<sup>51</sup>, bien porque tiene un injusto propio sistémico, distinto al de los sujetos individuales que lo conforman, bien por suponer una mayor peligrosidad para los bienes jurídicos del delito fin<sup>52</sup>. La antijuricidad de los delitos cometidos en el seno de un grupo tiene elementos diferenciales respecto a la cometida por un conjunto de individuos que no formen parte del grupo.

Sin embargo, no es la antijuricidad la única categoría que puede verse afectada por la realización del hecho delictivo en el seno de un grupo. Para entender esto hay que partir de cómo actúa el grupo, cuestión que ha sido tratada anteriormente. Si tenemos en cuenta esa realidad comprobada y plausible, del efecto que el grupo ejerce sobre sus miembros, debería plantearse su influencia sobre la reprochabilidad de los sujetos individualmente considerados, en concreto si puede afectar o no a su capacidad de culpabilidad. Sería posible tener en cuenta también el efecto inhibitorio de la actuación individual que tiene el grupo, así como el grado de excitación que crea<sup>53</sup>. Es evidente que hay hechos que un sujeto concreto puede realizar en el contexto grupal y que, sin embargo, nunca realizaría solo.

El Derecho penal se concibe a partir de la idea de un sujeto racional autorresponsable<sup>54</sup>. Sin embargo, el Derecho penal también tiene en cuenta el menor (no mayor) reproche que se puede dirigir a un sujeto cuando en él concurren algunas circunstancias que hacen que no comprenda la norma o que no sea capaz de actuar conforme a esa comprensión. El juicio de culpabilidad va dirigido a la persona concreta teniendo en cuenta su concreta posición frente al Derecho penal. En la culpabilidad se agrupan una serie de categorías de la teoría del delito que se requieren para imputar un hecho antijurídico a un sujeto a título de reproche realizando un juicio negativo por su conducta antijurídica. Para

<sup>51</sup> Aunque el grupo no tenga una organización sofisticada, igualmente puede darse una mayor antijuricidad. La circunstancia de que varios sujetos actúen conjuntamente o uno de ellos actúe con el apoyo de otros, hace que el hecho sea más grave, porque generan intimidación en la víctima, porque el autor tiene ayuda en su caso apoyo psicológico que hace que sea menos susceptible al desaliento en la ejecución del hecho.

<sup>52</sup> Así lo puso hace ya tiempo J. M. Silva Sánchez al afirmar que «al analizar la responsabilidad individual de sus integrantes, la actuación en el marco de una organización se considera como un elemento agravatorio, reflejo de un mayor contenido de injusto, ya sea por el correspondiente incremento del riesgo para el bien jurídico, ya por la especial virtualidad de negación del Derecho que ello entraña», *Indret*, 2/2009, «Editorial».

<sup>53</sup> Sobre estas cuestiones S. Stürmer, B. Siem, *Sozialpsychologie*, pp. 36 y ss; O. König, *Macht in Gruppen*, pp. 48 y ss.

<sup>54</sup> Así lo ponen de relieve J. M. Silva Sánchez, L. Varela, *Criminalidad de empresa*, pp. 265 y ss, el análisis que hacen de los sesgos cognitivos en el seno de las empresas.

poder reprochar al sujeto su conducta, es necesario afirmar que el sujeto obró de manera libre. Para poder concluir que el sujeto era libre plenamente es preciso mantener que el sujeto conoce lo que hace y además que sabe lo que hace. En la culpabilidad se reprocha al sujeto libre la realización de su conducta antijurídica. Y precisamente en el concepto de libertad radica el núcleo del problema. La libertad supone un juicio valorativo llevado a cabo desde fuera, es una atribución de lo que considera que el sujeto podía hacer o no en condiciones normales. Por eso depende no solo de la libertad del agente, sino también de lo que en cada momento histórico la sociedad entiende que es necesario castigar con penas o tratar con medidas de seguridad. Por tanto, entiendo que el fundamento de la culpabilidad radica tanto en la idea de libertad, como en consideraciones preventivas. La culpabilidad considerada en este sentido requiere imputabilidad, conocimiento de la antijuricidad de la conducta y exigibilidad de obrar conforme a la norma. En definitiva, se requiere que el sujeto conozca la norma y sea capaz de comportarse conforme a esa comprensión.

La pertenencia a un grupo puede hacer que el sujeto tenga una razonabilidad limitada, según la cual, el «agente opera con limitaciones cognitivas tales como errores de percepción, errores de análisis y juicios sesgados. Puede haber distorsiones que como consecuencia de la repetición y habituación<sup>55</sup>, llegan a operar como pautas sistematizadas de conducta»<sup>56</sup>. La pertenencia al grupo y la interiorización de las reglas de comportamiento de ese grupo pueden llegar a afectar al sujeto desde el punto de vista cognitivo. Los conocimientos que el sujeto tiene sobre la creación de riesgos derivados de sus actuaciones pueden ser divergente a lo que desde una perspectiva externa al grupo se percibe<sup>57</sup>, relativizando o anulando «el proceso de percepción cognitiva de la afectación del plano social-valorativo»<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> El grupo en muchos supuestos es un ámbito de aprendizaje, donde al sujeto se le puede enseñar que la realidad no es como otros la ven, sino como el grupo la percibe. Los demás están equivocados. Nosotros no. M. Pereira Garmendia, *Responsabilidad por los delitos atroces*, p. 97, n.33, recoge lo que puede ser un ejemplo extremo: se educaba a las Juventudes hitlerianas en que el Führer siempre tiene razón.

<sup>56</sup> Esta afirmación, que es una de las tres máximas de la *teoría behavioral law and economics*, que tratan J. M. Silva Sánchez, L. Varela, *Criminalidad de empresa*, pp. 267 y ss, y que aplican a las empresas, es perfectamente aplicable a cualquier grupo delincuencial.

<sup>57</sup> Sobre esto T. Rotsch, *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 23-25; el mismo, «Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1998, pp. 491-495.

<sup>58</sup> J. M. Silva Sánchez, L. Varela, *Criminalidad de empresa*, p. 280. Es lo que B. Schünemann denominó «actitud criminógena del grupo», en *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit des Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*,

Esta situación de errores en el sujeto derivados de la dinámica del grupo puede afectar a dos ámbitos. Puede significar que el sujeto tenga un error sobre el alcance típico de su conducta o, puede ir más allá, y desconocer incluso la existencia de la propia norma.

El desconocimiento de la relevancia de la actuación individual provocado por el efecto del grupo sobre el individuo puede dar lugar a errores sobre elementos del tipo<sup>59</sup>. Puede ocurrir que el sujeto que actúa en grupo desconozca el efecto que su comportamiento tiene al carecer del contexto total de actuación del grupo. Su actuación puede verse como un comportamiento neutral o de escasa relevancia, que sin embargo puede tenerla en la creación del riesgo típicamente relevante contra el bien jurídico. La actuación en grupo puede desvirtuar la participación individual pareciendo al sujeto que su conducta es menos relevante de lo que en realidad es. Esto puede ser también relevante no solo para determinar si la conducta del sujeto crea o no un riesgo típicamente relevante cuando su actuación tiene escasa entidad, sino también para determinar si el sujeto lo sabía, a efectos de imputar su conducta como dolosa. Se ha señalado que una de las razones de la mayor peligrosidad del grupo es que al participar varias personas, con reparto de roles y división del trabajo, hay más probabilidades de éxito en la empresa delictiva. Pero precisamente esa división de roles hace que el sujeto pueda no tener una visión total de la actuación delictiva desconociendo el riesgo típico que su conducta despliega al no visualizar el delito fin. El distanciamiento físico y cognoscitivo sobre el delito final puede llevar al sujeto a desconocer la relevancia de su hecho. Esta situación es más probable que se dé en grupos muy organizados donde la complejidad de la organización oscurezca la aportación individual<sup>60</sup>. En estos supuestos deberíamos entender que el error en el sujeto hace que no exista dolo en la conducta. Ahora bien, si entendemos que al sujeto le incumbía adoptar las cautelas necesarias o informarse de la actuación del grupo, podríamos entender que el error es imputable a él mismo y por tanto entender que era vencible y sancionar el delito a título imprudente, siempre que el sistema de *numeris clausus* lo permita. Esta imputación es normativa, por tanto, será necesario un juicio con criterios intersubjetivos para delimitar si al miembro del grupo le incumbía o no conocer lo que el resto del grupo hacía.

Köln, Heymann, 1979, p. 22. Aunque se refiere a las empresas, creo sin embargo que es extrapolable sin problemas a cualquier contexto de interacciones humanas.

<sup>59</sup> Por ejemplo, entender que algo no es ajeno por creer en un concepto de ajenidad distinto al del contexto social intersubjetivo, o que hay consentimiento en materia de libertad sexual por una interpretación errónea del mismo avalada por el grupo. Otro género de errores de tipo que puede darse en estos contextos es el derivado de errores en el curso causal.

<sup>60</sup> Los supuestos extremos serían los aparatos organizados de poder, donde la estructura de poder controla las actuaciones, a veces cercanas a comportamientos neutrales, para conseguir el delito fin propuesto.

Pero además el miembro integrante del grupo criminal afectado por esa dinámica propia de la actuación del grupo criminal hacia sus miembros puede ver afectado incluso su conocimiento de la norma. Esto puede darse en grupos especialmente efectivos en el control de sus miembros (en su actividad *ad intra*), por ejemplo, al conseguir un aislamiento social<sup>61</sup> que provoque en el sujeto un déficit de socialización. Este déficit puede afectar a distintos aspectos, pero uno de ellos puede ser el conocimiento de la norma penal estatal. Por ejemplo, una persona educada en un contexto sectario que cree que el débito conyugal vincula siempre y sin excepción, puede no ser conocedor que forzar a tener relaciones a la esposa cuando ella no quiere es una conducta prohibida. O una persona recién llegada a nuestro país, con escasa o nula socialización que lleva a cabo una mutilación genital de su hija porque es parte de su educación, cultura y religión y no se plantea que la conducta pueda estar prohibida<sup>62</sup>. Obviamente esta calificación puede ser matizada al disponer de la posibilidad de entender el error como vencible o invencible, con lo que supone de poder imponer una sanción penal o no imponer sanción alguna.

Pero también la pertenencia al grupo y la interacción con el resto de miembros puede afectar al sujeto desde el punto de vista volitivo-motivacional influyendo en la capacidad de comportarse conforme la norma le exige<sup>63</sup>. En algunos casos de delincuencia en grupo<sup>64</sup> habrá que tener

<sup>61</sup> C. Bardavío Antón, *Las sectas en Derecho penal. Estudios dogmáticos de los delitos sectarios*, Barcelona, J. M. Bosch, 2018, p. 634, pone como ejemplo ciertas tribus que tienen un ordenamiento diferente al del Derecho penal del Estado (podrían incluirse aquí algunos supuestos de delitos culturalmente condicionados), o aislamientos comunicativos, por ejemplo, de una persona que ha vivido aislada desde la infancia, o el de cierta juventud durante el nacionalsocialismo. Pone este autor como ejemplo el que señala Jakobs de una persona de veintiún años educada en el totalitarismo durante la Segunda Guerra mundial y se siente obligada a actuar en el exterminio judío. En este caso el autor propone una excusación, al menos parcial. Creo que esta excusación puede tener una doble vía, según cómo afecte al sujeto, o bien por la vía de la falta de motivabilidad, ya explicada, o incluso por desconocimiento de la norma estatal, por error en la antijuricidad de la conducta.

<sup>62</sup> A. Monge Fernández, *El extranjero frente al derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Barcelona, J. M. Bosch, 2008, pp. 111-114, ubica estos errores culturalmente motivados en esta categoría de la culpabilidad, en el error de prohibición, aunque la autora lo ubica en el error de prohibición indirecto (error sobre una causa de justificación, en otra terminología, error de permisión).

<sup>63</sup> J.M. Silva Sánchez, L. Varela, *Criminalidad de empresa*, p. 279.

<sup>64</sup> Podría entenderse que la mayor complejidad del grupo hará que la relevancia sobre el comportamiento de sus miembros sea mayor. Esto no necesariamente ha de ser así, podemos encontrarnos con grupos muy institucionalizados donde sin embargo la capacidad de motivación del sujeto esté intacta y, por el contrario, con grupos con escasa organización donde haya miembros que se encuentren fuertemente influenciados por el grupo. La realidad criminológica es muy compleja y sus efectos criminógenos por consecuencia, también.

en cuenta la presión que el grupo genera sobre sus miembros, o el efecto desinhibitorio que puede tener sobre estos<sup>65</sup>.

La pertenencia al grupo hace que el sujeto se comporte de una manera distinta a cuando lo hace de manera individual. Establece Zimbardo<sup>66</sup> que «el miedo al rechazo», el «terror de quedarse fuera» parafraseando a C.S. Lewis, «cuando lo que uno desea es la aceptación puede paralizar la iniciativa y anular la autonomía persona». Esto se da de manera más fuerte en estructuras donde la influencia es considerable y que tienden al adoctrinamiento de sus miembros casi como finalidad general, pero lo interesante es que estos rasgos se dan también en grupos donde la finalidad no es delinquir, no son estructuras principalmente delictuales, pero que comparten la idea de grupo.

La actuación en grupo, con el respaldo fáctico y psicológico de los demás puede también reforzar la determinación del sujeto y en estos casos la débil voluntad del sujeto se consolida teniendo en cuenta los beneficios que la comisión del delito le produce. Estos beneficios no son solo los derivados del delito de que se trate (un hurto o robo, un tráfico de drogas, lesiones a un sujeto...), sino la aceptación y la valoración positiva por parte del grupo.

Cuando el sujeto actúa de esta manera no puede negarse que exista libertad, el sujeto conoce la norma, sabe que la está infringiendo, pero no puede decirse que su capacidad de motivación por la norma esté intacta, no creo que podamos hablar de motivabilidad normal. En realidad, su decisión de delinquir, su actuación antijurídica está condicionada por el contexto, por la presión más o menos intensa del grupo que forma su subsistema de actuación<sup>67</sup>.

Esta falta de normal motivabilidad no es un estado pasional, no es una causa de inimputabilidad, difícilmente puede sostenerse que el agente no conozca la existencia de la norma<sup>68</sup>, y tampoco encajaría bien en

<sup>65</sup> Aquí me refiero al efecto en la imputación personal que la pertenencia a un grupo en el que existe cierta estructura y organización y, por tanto, cierta idea de permanencia. El efecto del grupo no organizado y puntual, la masa, la muchedumbre, plantea sobre los sujetos individuales que participan de él situaciones muy distintas. Es un contexto totalmente diferente. La ejecución en contextos tumultuarios es otro problema distinto al aquí tratado.

<sup>66</sup> P. Zimbardo, *El efecto Lucifer*, pp. 350-351.

<sup>67</sup> J. M. Silva Sánchez, L. Valera, *Criminalidad de empresa*, p. 267, establecen que la teoría de la psicología social pone de relieve que el agente no siempre se comporta conforme su actitud interna disposición interna. El contexto puede generar una influencia a veces imperceptible. Estas fuerzas que puede haber en un grupo son: los roles, las normas, las reglas y la autoridad, el anonimato y la desindividualización, las presiones de los otros...

<sup>68</sup> Sobre la posibilidad de que estas situaciones de influencia del grupo puedan dar lugar a errores de prohibición en L. Eidam, *Der Organisationsgedanke*, pp. 19-20.

la inexigibilidad de la norma entendida como miedo insuperable<sup>69</sup>, salvo supuestos extremos. Parece más una predisposición a la acción, una actitud interna frente a la norma<sup>70</sup>. Es difícil probar si el sujeto es o no libre en su totalidad, hay quien niega la libertad humana como tal, indicando que todo sujeto siempre está determinado en sus decisiones, pero en estos casos lo que se propugna es la valoración de la capacidad del sujeto de motivarse por la norma. Lo que sostengo es que en contextos grupales donde se estimula al delito, la capacidad para ser motivado por la norma es más limitada que fuera de esos contextos, aunque sin encontrarse absolutamente determinado a ello. Podría decirse que en algunos casos el sujeto estaría en una situación de anormalidad en la motivación normativa comparada con sujetos que no forman parte de un grupo delictual. Es cierto que puede haber sujetos con especial fuerza de voluntad en esos casos, pero la resistencia a actuar de una determinada manera podría aproximarse a las conductas prácticamente supererogatorias.

Los distintos estudios del tema han puesto de manifiesto que la influencia del grupo sobre el individuo, en el contexto social y cultural concreto, condiciona su psicología. En las estructuras fuerte y sólidamente construidas de delincuencia (en los casos de delincuencia organizada) el grupo puede tener un influjo sustancial en los miembros, pero curiosamente en los grupos escasamente organizados (desestructurados y que no tienen como fin último delinquir), como las bandas o pandillas, este influjo sustancial puede ser también muy fuerte. La proximidad física entre sus miembros, su convivencia casi diaria, su enfrentamiento constante a las estructuras sociales convencionales generan una influencia sobre sus miembros de gran trascendencia. Aquí el régimen no es de obediencia al líder, aunque puede serlo<sup>71</sup>, pero sí de aceptación por el grupo, lo que para determinados sujetos con características que les hacen ser más débiles o inestables (adolescentes, sujetos pertenecientes a minorías o contextos marginalizados, por ejemplo) puede suponer una presión a la que es difícil sustraerse.

Habrá que valorar si esta realidad empírica, afecta a la capacidad motivacional por la norma de los sujetos que se encuentran en este contexto.

<sup>69</sup> Sobre una reinterpretación de la inexigibilidad de otra conducta para adecuarla a supuestos de sujetos disfuncionales por razón de indigencia, véase J. M. Silva Sánchez, *Malum Passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2018, pp. 98-112.

<sup>70</sup> M. Pereira Garmendia, *Responsabilidad por los delitos atroces*, p. 483, dice exactamente esto, que «no se trata de una emoción, en el sentido de que experimente un determinado quiebre en el fluir de su vida (...). Por el contrario, de lo que hablamos aquí es de predisposiciones para la acción (...). (Cursiva en el original). Este autor entiende que ello da lugar a lo que denomina *culpabilidad difuminada*, en el sentido de que supone pérdida de claridad o intensidad, más en ningún caso anulación o restricción severa de tal capacidad de motivarse conforme a la norma (p. 483).

<sup>71</sup> Hay grupos que se fundamentan precisamente en la obediencia al líder, como pueden ser algunos grupos de corte militar o las sectas. Sobre estos grupos en concreto, véase C. Bardavío Antón, *Las sectas en Derecho penal*, pp. 459 y ss.

En una concepción de la culpabilidad como conocimiento de la norma y capacidad de comportarse conforme a ella, tiene cabida una disminución de la pena en estos supuestos por anormalidad motivacional. Ahora bien, la cuestión es el anclaje legal. Creo que estos supuestos podrían incluirse en la atenuante analógica. En este sentido comparto la postura de Mir Puig, cuando sostiene que, para determinar la equivalencia de significado, se ha de atender al significado propio de las atenuantes «(...) el disminuir el contenido del injusto del hecho, el grado de su imputación personal o la conveniencia de la pena»<sup>72</sup>. Es cierto, como también señala este autor que la jurisprudencia interpreta esta norma de manera restrictiva entendiendo la atenuante analógica con respecto a las anteriores del art. 20. Pero propone una interpretación que acoge lo que aquí sostengo: «(...) debe existir analogía respecto al efecto de modificación del injusto, imputación personal o conveniencia de pena, pero también respecto a la específica razón que constituye el fundamento particular de cada atenuante, lo que no debe llevar hasta exigir la analogía de elementos»<sup>73</sup>. Creo que sería posible una interpretación de la idea de inexigibilidad de otra conducta no tan vinculada al miedo insuperable.

Sin embargo, teniendo en cuenta las dificultades que esta propuesta plantea por el devenir de los tribunales, se puede tener en cuenta lo recogido en el art. 66.1.6<sup>a</sup> del Código penal para modificar la pena cuando no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes «en atención a las circunstancias personales del delincuente». En el concepto de circunstancias personales no veo problema alguno en entender comprendidas las que devienen de su contexto social y su menor capacidad de ser motivado por la norma<sup>74</sup>. Esto permitiría ajustar la pena a la situación desigual en la que se puede encontrar un sujeto que forma parte de un grupo contextualmente criminógeno, y que le hace ser menos motivable por la norma, frente a otros<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> S. Mir Puig, *DP. PG*, L 25/58.

<sup>73</sup> S. Mir Puig, *DP. PG*, L 25/59.

<sup>74</sup> En este sentido, C. Salinero Alonso, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código penal*, Granada, Comares, 2000, p. 162; B. Mapelli Caffarena, «El insoportable artículo 66 del Código penal», en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I, Madrid, Edisofer, 2008, p. 1158; S. Cámará Arroyo «Justicia Social y Derecho penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 2015, pp. 247 y ss.

<sup>75</sup> Sin embargo, podremos encontrarnos en estos supuestos con una menor culpabilidad del sujeto, pero con una mayor antijuricidad por la presencia del grupo, que puede hacer más peligroso el hecho delictivo. Habrá que tener también en consideración, como se hace en otros supuestos donde en el momento de la realización del hecho delictivo se da algún elemento que afecta a la culpabilidad, la posibilidad de aplicar la estructura de *actio libera in causa*. Esto es, si el sujeto *busca* expresamente el grupo para delinquir, porque en solitario no es capaz de hacerlo, no podrá tenerse en cuenta como efecto atenuante de la responsabilidad individual.

Esto, por cierto, evidencia un problema añadido y que aquí solo se va a apuntar, y es la escasa capacidad de motivación que en estos casos tiene la norma y por ende la pena. Será necesaria una reflexión sobre la pena a estos sujetos insertados en grupos delictivos. La idea de prevención general negativa aquí parece fracasar por la propia estructura del grupo, habrá que poner el acento en la prevención especial asegurativa y sobre todo integradora, atendiendo como es razonable, a la gravedad del delito cometido.

## VII. Algunas conclusiones

El acuerdo de voluntades en la comisión de hechos delictivos tiene distinta intensidad y podemos encontrarnos con supuestos que van desde la vinculación coyuntural y sin interacción apenas entre los miembros hasta otros donde la unión de voluntades es tan fuerte que genera un grupo con las características propias de un microsociedad. En un intento de clasificación podríamos decir que el grupo es el género y dentro de este género tenemos distintas especies: grupos de escasa institucionalización como la asociación delictiva (no en el sentido legislativo, sino más ontológico, donde entrarían también los supuestos de coautoría y conspiración para delinquir), el grupo criminal, la organización criminal. En otro orden de cosas, están los delitos cometidos en masa, donde la clave está en la falta de organización y de interacción entre los ejecutores.

He intentado poner de manifiesto que en todos los supuestos hay elementos comunes. La realización conjunta y sincronizada entre los intervinientes genera una situación donde el todo tiene rasgos distintos en la parte. Así lo hemos visto de manera muy básica en la coautoría y también en la conspiración para delinquir.

Sin embargo, cuando el acuerdo de voluntades gana en complejidad, por organización, por estabilidad, se va generando una situación en la que el grupo puede diferenciarse muy claramente de las partes. En este punto ha sido necesaria una diferenciación de los grupos. Tiene distinta relevancia lo que ocurre en grupos organizados para delinquir (pandillas, bandas...) y los supuestos de organización delictiva. Sin embargo, de toda la diversidad de supuestos donde hay una pluralidad de voluntades para delinquir, que dibujan un mapa complejo y con rasgos delictuales muy diferente, he pretendido poner de manifiesto que podemos extraer un factor común y señalar así que el grupo es un factor criminógeno que supone una determinada manera de hacer las cosas y que va a tener relevancia *ad extra* y también *ad intra*. *Ad extra*, social, el efecto del grupo como elemento social; *ad intra*, intrasistémica, el efecto del grupo sobre sus miembros.

Esta doble relevancia puede identificarse, aunque de manera simplista, con la relevancia del grupo para la categoría de la antijuricidad y para

la de la culpabilidad respectivamente. La mayoría de la doctrina da por seguro que el grupo organizado supone una agravación en la antijuricidad de la conducta, bien porque tiene un injusto propio sistémico, distinto al de los sujetos individuales que lo conforman, bien por suponer una mayor peligrosidad para los bienes jurídicos del delito fin. Por otro lado, el acometer la realización del delito en el seno de un grupo, aunque sea uno solo el que lo realiza puede dar lugar a situaciones de prevalimiento o abuso de superioridad que habrán de ser tenidas en cuenta por la interacción entre sus miembros.

Por otro lado, la forma de actuación dentro del grupo puede llevar a que los conocimientos que el sujeto tiene sobre la creación de riesgos derivados de sus actuaciones sean divergentes a lo que se percibe desde una perspectiva externa al grupo. La interacción entre los miembros del grupo y su valoración de la realidad puede llevar a alguno de ellos o a todos a entender que la realidad no es la que es, llegando a una conclusión personal divergente con la realidad del contexto intersubjetivo. El error de tipo (vencible) será un elemento que habrá que tener en cuenta en algunos de estos supuestos. Pero en ocasiones la influencia del grupo será tan grande que el sujeto puede sufrir un déficit de socialización llevando incluso al desconocimiento de la antijuricidad de su conducta. El error sobre la norma (prohibitiva, casi siempre) llevará a valorar el merecimiento y la necesidad de pena. La determinación de la vencibilidad o invencibilidad del error se hará teniendo en cuenta la valoración intersubjetiva de la conducta.

Que el grupo genera dinámicas conductuales que pueden afectar a la culpabilidad del agente, en el sentido de afectar al conocimiento de la norma o su capacidad de actuar conforme a esa comprensión me parece innegable. Es cierto que con el concepto de culpabilidad manejado por la doctrina no parecen encajar los supuestos de influencia del grupo sobre el sujeto concreto. Para plantear posibles disminuciones de pena por la desinhibición del sujeto frente a la norma, influido y presionado por el grupo podría encajarse en la atenuación analógica del art. 20 o dar lugar a una reducción de la pena atendiendo a la regla de las circunstancias personales del sujeto (art. 66.1.6<sup>a</sup>).

En definitiva, la pertenencia a una agrupación criminal, sea del tipo que sea, genera unas dinámicas conductuales que pueden afectar no solo a la antijuricidad de las conductas, sino también al conocimiento del sujeto sobre el tipo penal (errores de tipo), o a peculiaridades en la imputación en sede de culpabilidad afectando a las categorías del conocimiento de la norma o a la inexigibilidad de otra conducta.

La imputación a título de autor de la realización de un hecho en el que interviene el grupo no es una cuestión de fácil resolución. Determinar si el grupo aporta algo al sujeto hace que su contribución causal al hecho no sea lo más relevante, sino que lo es la valoración *en conjunto* que ese hecho tiene en el contexto de la actuación en un modelo organi-

zado<sup>76</sup>. Este tema que ha sido analizado en el seno de contextos empresariales, podría trasladarse a los supuestos de grupos organizados *mutatis mutandis*, pues las empresas no son sino un colectivo de personas, donde las interacciones pueden llevar consigo situaciones similares a las aquí tratadas. Un estudio completo de la relevancia del grupo en la dogmática penal, no puede obviar el debate jurídico sobre la culpabilidad por hecho propio y la culpabilidad por transferencia<sup>77</sup>.

Por último, será necesaria una reflexión sobre la pena a estos sujetos incardinados en grupos delictivos. La idea de prevención aquí parece fracasar por la propia estructura del grupo: habrá que poner el acento en la prevención especial asegurativa y sobre todo integradora.

En definitiva, podría decirse que la unión de voluntades con un plan común, el grupo en sus distintas manifestaciones con mayor o menor complejidad, supone un factor criminógeno específico que en muchas ocasiones deberá ser tenido en cuenta en el análisis de la imputación penal. La responsabilidad del individuo que actúa dentro de un grupo delictual no podrá analizarse al margen de su pertenencia al grupo. Lo habitual será que se produzca una interacción entre el grupo y el individuo particular que hará que la actuación individual tenga características distintas a cuando actúa de manera aislada que, sin duda, deberán ser tenidas en cuenta, en ocasiones para entender que su conducta es más grave y, en otras, exactamente para lo contrario. De ello dependerá el modelo de grupo en que se encuentre integrado y el efecto que éste tenga sobre el individuo.

No es fácil dar criterios de imputación sobre la delincuencia en grupo teniendo en cuenta que en ese concepto entran fenomenologías criminales de lo más diverso, desde la pandilla de jóvenes delincuentes, hasta asociaciones de carácter ilícito, grupos criminales, organizaciones criminales o los casos más graves de macrocriminalidad. Sin embargo, creo que los elementos aquí recogidos pueden dar pautas de actuación adaptándolos a la fenomenología concreta.

## Bibliografía citada

Bardavío Antón, C., *Las sectas en Derecho penal. Estudios dogmáticos de los delitos sectarios*, Barcelona, J. M. Bosch, 2018.

<sup>76</sup> Lo que J. Cigüela Sola, denomina el «problema del todo y las partes», en *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Barcelona, Marcial Pons, 2015, pp. 166 y ss. Analizado por J. M. Silva Sánchez, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, p. 1069 y ss.

<sup>77</sup> Ya evidenciado hace algunos años por E-J. Lampe en su trabajo, imprescindible en esta materia, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 106/1994, pp. 683-745.

- Bocanegra Márquez, J., «Delincuencia organizada y «maremánum normativo» tras la LO 5/2010, de 22 de junio ¿Una organización dedicada a delinquir es una organización criminal, un grupo criminal o una asociación ilícita?», *InDret*, 2, 2023.
- Cámara Arroyo, S., «Justicia Social y Derecho penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 2015.
- Choclán Montalvo, J. A., «Criminalidad organizada: concepto, la asociación ilícita, problemas de autoría y participación», en *La Criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial, 2, 2001.
- Cigüela Sola, J., *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Barcelona, Marcial Pons, 2015.
- Córdoba Moreno, S., *La delincuencia organizada y su prevención, especial referencia a las pandillas latinoamericanas de tipo violento*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2015.
- Cuello Contreras, J., «La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los actos preparatorios del art. 4º del Código penal: conspiración, proposición y provocación», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1976.
- Cuello Contreras, J., *La conspiración para cometer el delito*, Barcelona, J. M. Bosch, 1977.
- Cuello Contreras, J., «Los casos «irresolubles» como paradigmas de la dogmática penal o ¿sirve para algo todavía la dogmática?», en *Casos difíciles o irresolubles?*, Madrid, Dykinson, 2010.
- Díaz y García Conledo, M., *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991.
- Eidam, L., *Der Organisationsgedanke im Strafrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.
- Faraldo Cabana, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- Faraldo Cabana, P., «Sobre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita», en C. Villacampa Estiarte, (Coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la Política criminal actual*, Aranzadi - Cizur Menor, Navarra, 2013.
- Farré Trepat, E., *La tentativa del delito*, Barcelona, J. M. Bosch, 1986.
- Flemming, S., Reinbacher, T., »Unausgeföhrte Bande. Zur Vorfeldstrafbarkeit bei Bandendelikten», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 3/2013.
- García del Blanco, M. V., *La coautoría en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

- Gómez Martín, V., «El experimento (Das Experiment). Algunas reflexiones sobre la película y el Stanford Prision Experiment que la inspiró», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-06, 2006.
- Gutiérrez Rodríguez, M., *La responsabilidad penal del coautor: fundamento y límites*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- Jäger, H., «Gedanken zur Kriminologie kollektiver Verbrechen», *Monastrysschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1980.
- Jäger, H., *Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens*, Frankfurt, Metzner, 1985.
- Jäger, H., «Versuch über Makrokriminalität», *Strafverteidiger* 1988.
- Jäger, H., *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Frankfurt, Suhrkamp, 1989.
- Jescheck, H-H., T. Weigend, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, (Trad. Olmedo Cardenete), 5<sup>a</sup> ed, Granada, Comares, 2003.
- Kazyrtski, L., «Criminalidad organizada y bandas juveniles: Reflexiones criminológicas sobre la naturaleza de ambos fenómenos», *Revista de Derecho penal y criminología*, 3<sup>a</sup> época, n. 8, 2012.
- König, O., *Macht in Gruppen. Gruppendynamische Prozesse und Interventionen*, Stuttgart, Leben Lernen, 4<sup>o</sup> ed, 2007.
- Lampe, E-J., «Systemunrecht und Unrechtssysteme», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 106/1994.
- Lampe, E-J., *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, (trad. Gómez-Jara), Lima, Gijley, 2003.
- Landrove Díaz, G., «Bandas juveniles y delincuencia», *Diario La Ley*, N° 6627, Sección Doctrina, 2007, Año XXVIII, Ref. D-10.
- Le Bon, G., *Psicología de las masas*, 5<sup>a</sup> ed, Madrid, Crotona Ediciones, 2005.
- Letzgus, K., *Vorstufen der Beteiligung: Erscheinungsformen und ihre Strafwürdignketi*, Berlín, Duncker & Humblot, 1972.
- López-Muñoz, J., *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos. Estudios de Criminología y Política Criminal*, Madrid, Dykinson, 2015.
- Maiwald, M., «Literaturbericht. Strafrecht. Allgemeiner Teil (Teilnahmlehre)», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 88/1976.
- Mañalich, J. P., «Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el Derecho penal chileno», en *Revista Chilena de Derecho*, 2011, vol. 38, n° 2.
- Mapelli Caffarena, B., «El insopportable artículo 66 del Código penal», en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I, Madrid, Edisofer, 2008.

- Maqueda Abreu, M. L., «Aproximación a la violencia juvenil colectiva desde una criminología crítica: (bandas, tribus y otros grupos de calle)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2010.
- Medina Ariza, J. J., «Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado», en *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, Universidad de Huelva, 1999.
- Medina Ariza, J. J., «Consideraciones criminológicas sobre las bandas juveniles», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3<sup>a</sup> Época, n. 3 (2010)
- Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, 10<sup>a</sup> ed, Barcelona, Reppertor, 2015, reimpresión corregida 2016.
- Mitsch, W., «Vorbereitung und Strafrecht», en *Juristische Arbeitsblätter*, 7/2013.
- Monge Fernández, A., *El extranjero frente al derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Barcelona, J. M. Bosch, 2008.
- Morozinis, I., *Dogmatik der Organisationsdelikte*, Berlín, Duncker & Humblot, 2010.
- Olesa Muñido, F. F., «La cuadrilla como unidad delincuente en el vigente Código penal español», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1957.
- Pereira Garmendia, M., *Responsabilidad por los delitos atroces. Genocidio y lesa humanidad. Estructuras institucionales inicuas y responsabilidad penal internacional*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2016.
- Puschke, J., «Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito», *Indret*, 4/2010.
- Rebollo Vargas, R., *La provocación y la analogía en el nuevo Código penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1977.
- Robles Planas, R., *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- Rönnau, T., «Grundwissen- Strafrecht: Bandendelikte», *Juristische Schule*, 7/2013.
- Rotsch, T., «Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1998.
- Rotsch, T., *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, Baden-Baden, Nomos, 1998.
- Roxin, C., *Leipziger Kommentar*, 11 ed., Berlín, De Gruyter, 1994.
- Salinero Alonso, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código penal*, Granada, Comares, 2000.

- Sánchez García de Paz, I., «Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado», *Libro Homenaje a M. Barbero Santos*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2001.
- Sánchez García de la Paz, I., *La criminalidad organizada: aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid, Dykinson, 2009.
- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P., «Mutuo acuerdo y exceso de algún interviniente en casos de coautoría. Comentario a la STS de 11 de mayo de 1994 (Ponente Sr. Hernández Hernández)», en *Actualidad Penal*, nº 3, 1997.
- Schünemann, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit des Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln, Heymann, 1979.
- Seelmann, K., *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 2002.
- Silva Sánchez, J. M., «¿»Pertenencia» o «intervención»? Del delito de «pertenencia a una organización criminal» a la figura de «participación a través de la organización» en el delito», *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Silva Sánchez, J. M., Cancio Meliá, M., *Delitos de organización*, Buenos Aires, B de F, 2008.
- Silva Sánchez, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Buenos Aires, B de F, 2015.
- Silva Sánchez, J. M., Varela, L., «Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo», en *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, 2013.
- Silva Sánchez, J. M., Malum Passionis. *Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2018.
- Stürmer, S., Siem, B., *Sozialpsychologie der Gruppe*, München, Ernst Reinhardt Verlag, 2013.
- Zimbardo, P., *El efecto Lucifer. El porqué de la maldad*, Barcelona, Paidos, 2008.
- Zúñiga Rodríguez, L., *Criminalidad organizada y sistema del Derecho Penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada, Comares, 2009.
- Zúñiga Rodríguez, L., «El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas», *Nuevo Foro Penal*, Vol. 12, nº 86, 2016.

# ESTÁNDARES DE EFICACIA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO: ANÁLISIS INTEGRADO DE CONDICIONES Y REQUISITOS (ARTÍCULO 31 BIS C.P.)

Ángela Matallín Evangelio

Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Valencia

**Title:** *Standards of effectiveness of compliance programmes: integrated analysis of conditions and requirements (article 31 bis) of the Criminal Code)*

**Resumen:** Los criterios de evaluación de un programa de prevención de delitos adoptado y ejecutado por la persona jurídica no vienen establecidos en el Código penal. De forma distinta, iniciado el procedimiento contra la entidad nos encontramos con un escenario de inseguridad en el que debe decidirse si el modelo presentado reúne los requisitos esenciales para considerarlo eficaz, en cuyo caso se podrá acordar el sobreseimiento. En este contexto, el objeto del presente trabajo es establecer una guía que protocolice los indicadores de eficacia de los programas de cumplimiento, desde una visión integrada de las condiciones y requisitos fijados en el art. 31 bis del Código penal, para, sobre su constatación, decidir su posible efecto en el proceso.

**Palabras clave:** responsabilidad penal de las personas jurídicas; programas de cumplimiento penal; estándares de eficacia; requisitos de los modelos de organización; condiciones del programa

**Abstract:** *The criteria for evaluating a crime prevention programme adopted and implemented by the legal person are not established in the Criminal Code. In a different way, when proceedings are initiated against the entity, we are faced with a scenario of uncertainty in which it must be decided whether the model presented meets the essential requirements for it to be considered effective, in which case it may be decided to dismiss the case. In this context, the aim of this paper is to establish a guide that records the effectiveness indicators of compliance programs, from an integrated*

*viewpoint of the conditions and requirements set out in art. 31 bis of the Criminal Code, in order to decide their possible effect on the proceedings on the basis of their verification.*

**Keywords:** corporate criminal liability; criminal compliance programs; standards of effectiveness of criminal compliance programs; requirements of organisational models; programme conditions.

**Sumario:** 1. Introducción. – 2. Indicadores de eficacia del compliance. – 2.1. Mapa de riesgos (identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos). – 2.2. Establecimiento de protocolos de formación de la voluntad y de toma de decisiones de la persona jurídica. – 2.3. Establecimiento de modelos de gestión de los recursos financieros para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. – 2.4. Obligación de informar de los riesgos e incumplimientos al órgano encargado de vigilar el modelo. – 2.5. Régimen disciplinario y verificación periódica. – 3. Conclusiones. – 4. Bibliografía.

## 1. Introducción

Como advierte Del Moral García<sup>1</sup>, son escasos los pronunciamientos judiciales que tratan de esclarecer cuáles son los estándares de eficacia de los programas de cumplimiento y muchos los interrogantes a los que se enfrenta el operador judicial, lo que repercute negativamente en la necesaria seguridad jurídica.

Nieto Martín, por su parte, señalaba<sup>2</sup> recientemente, haciéndose eco de las palabras de Miller, que «seguramente puedan desarrollarse argumentos de política criminal sólidos tanto a favor como en contra de la creación de una causa de exclusión de la responsabilidad (*affirmative defense*) para los programas de cumplimiento eficaces. Pero, considerando todos los argumentos en juego, probablemente sea preferible que el legislador no proporcione una *affirmative defense* (es decir, no tipifique una exclusión de responsabilidad), sino que tenga en cuenta la existencia de un programa de cumplimiento eficaz en relación con cuestiones como la acusación, los acuerdos y la determinación de la pena»<sup>3</sup>.

Lo cierto es que no es tarea fácil determinar si un programa de cumplimiento tiene el contenido mínimo que legitima tal consideración, por

<sup>1</sup> Del Moral García, C., «Compliance en la doctrina de la Sala Segunda del TS; presente y perspectivas», en J.L. Gómez Colomer (dir.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia, 2019, p. 676.

<sup>2</sup> Nieto Martín, A., «La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, nº 1/2023, Cizur Menor, 2023, p. 2.

<sup>3</sup> Miller, G., «An economic Analysis of Effective Compliance Programs», en Arlen (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2015, p. 20.

que no hay escalas o parámetros sobre los que asignar valores a cada uno de sus elementos<sup>4</sup>, analizando su correcta implementación<sup>5</sup>, y, sobre todo, no lo es, porque ese análisis de eficacia parte del reconocimiento indubitado de su contrario, es decir, de la constatación de que el programa que se trata de evaluar, realmente, no ha podido evitar la comisión delictiva, lo que, en sí mismo, ya refleja la problemática que encierra valorar la eficacia de un programa que *en principio* se ha demostrado ineficaz<sup>6</sup>.

Los escasos los pronunciamientos judiciales que tratan de esclarecer cuáles son los estándares de eficacia de los modelos de organización y gestión se limitan con carácter general a realizar afirmaciones apriorísticas, que normalmente reproducen el contenido del art. 31 bis 5) C.P., aplicado al supuesto de hecho objeto de enjuiciamiento<sup>7</sup>, pero sin llegar a desarrollar su contenido a modo de guía, y, mucho menos, su enlace y relación con las condiciones del art. 31 bis, según el distinto hecho de conexión ante el que nos encontramos<sup>8</sup>.

En este sentido, y por poner un ejemplo, podemos citar los contenidos del Auto del JCI número 6, de 2 de junio de 2022, que, aun sin mucho detalle, al menos, pormenoriza el contenido del art. 31 bis 5), sin limitarse, como se realiza en otras resoluciones, a sobreseer, fundamentando tal decisión en el solo hecho de que la entidad disponía de un programa

<sup>4</sup> Cfr. Villegas García, M. A./Encinar Del Pozo, M. A., «Hacia una guía de valoración de los programas de 'compliance' para el proceso penal», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 142, 2020.

<sup>5</sup> En este sentido, señala Arangúez Sánchez que «el legislador se limita a exigir un contenido mínimo, de una forma absolutamente ambigua, en el art. 31 bis CP» («El diseño de programas de prevención de delitos para personas jurídicas», *RECPC 22-20 (2020)*, p. 21).

<sup>6</sup> De cualquier forma, la propia Circular 1/2016 señala «que el hecho de que en efecto se haya cometido un delito no basta sin más para descalificar al plan de cumplimiento. Siempre hay un riesgo que no puede ser anulado. En un orden de cosas inverso también han de rechazarse los planes de cumplimiento puramente formales». En el mismo sentido, entre otros, vid. el Auto 179-2022, de 14 de marzo, fundamento jurídico sexto. Además, la Circular admite como eficaz un programa que solo permite «reducir de forma significativa» el riesgo de comisión del delito, adjetivación imprecisa que obligará al juez a efectuar un difícil juicio hipotético y retrospectivo sobre la probabilidad que existía de la comisión de un delito que ya se ha producido.

<sup>7</sup> En esta línea, y de forma premonitoria, el Tribunal Supremo ha remarcado desde el principio la dificultad que encierra el objeto de análisis al señalar que «en pocas materias como la que ahora nos ocupa, las soluciones dogmáticas son tan variadas. El debate permanece inacabable y el hecho de que algunos de los autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad de las personas jurídicas hayan rectificado sus planteamientos iniciales es indicativo de que a un catálogo tan abierto de problemas no se puede responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones. El cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre una novedad tan radical referida a los sujetos de la imputación penal solo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema» (STS 221/2016, de 16 de marzo, fundamento jurídico 5).

<sup>8</sup> Cfr., Del Moral García, C., «Compliance...», op. cit., p. 676.

de cumplimiento eficaz en los términos marcados por el Código penal<sup>9</sup>. Concretamente, el fundamento jurídico 4 del Auto citado considera que las dos personas jurídicas investigadas, Caixabank y Repsol, «contaban con un Modelo de Prevención de delitos que cumplía con los requisitos previstos en el artículo 31 bis en su redacción dada por la reforma del año 2015, con las consecuencias jurídico penales que, ello conlleva, incluso con las directrices fijadas por la FGE en su circular 1/2016», avalando tal conclusión sobre la realización de los siguientes indicadores:

- evaluación de los riesgos propios de la actividad;
- implementación de controles eficaces de prevención de los delitos concretamente cometidos;
- canal de denuncia adecuado y conocido por los empleados bajo cuya cobertura podía comunicarse cualquier infracción del marco de control y prevención;
- indicación de acciones de formación a sus empleados en materia de cumplimiento normativo;
- referencia a la necesidad de evaluación mejora del programa según los indicadores que se fueran apreciando en su desarrollo;
- establecimiento de una Unidad de Cumplimiento encargada de la vigilancia y control del Modelo implantado;
- previsión de actuación de asesores externos para la confección y mejora continua de sus programas<sup>10</sup>.

En consecuencia, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia encontramos parámetros generales sobre los que asignar valores a cada uno de los elementos del compliance, analizando su correcta implementación, razón por la cual existe mucho margen de discrecionalidad en la determinación de si un programa es eficaz, y tratar de ofrecer una guía que permita su valoración en abstracto es una tarea no está exenta de dificultad.

<sup>9</sup> En esta línea, vid., por ejemplo, la escueta argumentación contenida en el fundamento jurídico séptimo del Auto del JCI número 6, de 23 de marzo de 2021, donde se confirma que en el presente caso (sobreseimiento provisional de INDRA) «la documentación aportada permite constatar que los mecanismos de prevención normativos implantados en la empresa permitieron localizar, identificar y erradicar a los responsables de los hechos aparentemente delictivos (...), que el programa implantado en el ente corporativo, conforme a una valoración del mismo 'ex post facto', funcionó, y que, en conciencia, que el sistema existente en la mercantil cuya implantación ya se reconoció en los autos 136/20 y 137/20 de 7 de mayo de 2020, era eficaz para cumplir el fin perseguido».

<sup>10</sup> Finalmente, se concluye en el Auto que ambas compañías, reguladas, supervisadas y auditadas, cumplían con sus obligaciones de vigilancia y control, sin que se pueda achacar a un déficit en esta materia la presunta comisión de los delitos que han sido investigados por este Instructor, aunque no resuelve los interrogantes a los que se enfrenta el operador judicial, lo que repercute negativamente en la necesaria seguridad jurídica.

Así, el art. 31 bis C.P. plantea un problema, aún no resuelto<sup>11</sup>, «en torno a cuáles son los estándares con base a los que analizar la eficacia de los compliance»<sup>12</sup>, y el punto de partida no puede ser otro que la afirmación del subjetivismo imperante en la materia, a falta de un cuerpo de doctrina, que, aunque fuera de modo breve o incipiente, tomara conciencia del problema y elaborara unas pautas que protocolizaran con carácter general el problema de los estándares de eficacia de tales programas<sup>13</sup>. Lo que, realmente, no sorprende, ya que hasta la propia nomenclatura utilizada para concretar el objeto de análisis es confusa, sin que tampoco en este punto existan prácticas estables.

En efecto, la terminología para referirse a los denominados programas de cumplimiento o modelos de organización y gestión es plural, razón por la cual hemos considerado necesario reflejar algunas de las expresiones de más frecuente utilización para referirse a dichos modelos, a saber:

- Modelo de cumplimiento y prevención de delitos (Auto del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional número 35/2023, de 30 de enero).
- Modelo de prevención de delitos (Autos del Juzgado de Central de Instrucción número 6, de 2 de junio de 2022, y 35/2023, de 30 de enero).
- Modelo de organización y gestión para la prevención de delitos (Auto del Juzgado Central de Instrucción, número 6, de 2 de junio de 2022).
- Modelo de cumplimiento normativo (Autos del Juzgado Central de Instrucción, número 6, de 2 de junio de 2022, y número 35/2023, de 30 de enero).

---

<sup>11</sup> Del Moral García, A., «Compliance...», op. cit., p. 676.

<sup>12</sup> Fernández Hernández, A., «Dos cuestiones relativas a los programas de cumplimiento penal: los criterios para medir su eficacia y el diseño de los mapas de riesgos», en A. Matallín Evangelio, A. Fernández Hernández (dirs.), *Criminal Compliance Programs y Mapas de Riesgos*, Valencia, 2023, p. 68.

<sup>13</sup> En esta línea, señala Neira Pena que «podría resultar técnicamente más correcto, bien regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas en una ley especial, como en Italia y Chile, bien diseñar el debido control como una norma penal en blanco, cuyo contenido se complementase con las correspondientes regulaciones mercantiles o administrativas en la materia, según el tipo de persona jurídica, de actividad social, de riesgo delictivo a prevenir, etc. Desde luego la solución española, que recoge en el propio CP este tipo de normas sobre la estructura organizativa de las personas jurídicas, no parece la más adecuada desde el punto de vista de la técnica legislativa» («La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal», *Polít. crim.* Vol. 11, nº 22 (diciembre 2016), p. 475; [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_11/n\\_22/Vol11N22A5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A5.pdf)).

- Programas de cumplimiento normativo (Auto de la Audiencia Nacional, número 36/2023).
- Manual de compliance (Auto del Juzgado Central de Instrucción, número 4, de 11 de mayo de 2017).
- Sistemas de organización y gestión (UNE 19601).

Realizada esta consideración previa, que abona una imagen de confusión e inseguridad, que, paradójicamente, contrasta con la ingente masa bibliográfica existente la materia<sup>14</sup>, debemos pasar a protocolizar los parámetros que, a nuestro juicio, y en el marco del art. 31 bis C.P. (cualesquiera que sea la persona física que realiza el delito objeto de enjuiciamiento, esto es, tanto si delito de referencia es cometido por un representante, directivo o administrador -art. 31 bis 1 a) C.P.- como si es cometido por un subordinado -art. 31 bis 1. b) C.P.-), debería comprobar el órgano judicial<sup>15</sup> para decidir si, constatada la concurrencia general de los 6 requisitos establecidos en el art. 31 bis 5 C.P., confluyen, asimismo, indicadores que, en el marco de la regulación total del art. 31 bis<sup>16</sup>, avalen una decisión favorable al reconocimiento de eficacia en un determinado *criminal compliance program*<sup>17</sup>.

## 2. Indicadores de eficacia del *compliance*

Los requisitos legales de los programas de cumplimiento<sup>18</sup>, cuya concurrencia debe comprobar el órgano judicial para reconocer la existencia

<sup>14</sup> En este sentido, señala Acale Sánchez que «si con carácter general desde que en 2010 llegó al Código penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los estudios doctrinales que la han sometido a examen son numerosísimos, hasta el punto de haber convertido al Derecho penal económico en una disciplina con mayor predicamento que el tradicional Derecho penal de las personas físicas, los estudios sobre los compliance superan todas las estadísticas» («Derecho penal urbanístico, persona jurídica y compliance», *Ley Compliance penal*, nº 6, julio-septiembre 2021, p. 6).

<sup>15</sup> O el Ministerio Fiscal en fase de investigación.

<sup>16</sup> En donde se encuentran reguladas las condiciones de los programas, según los hechos de conexión.

<sup>17</sup> Por ejemplo, determinando el sobreseimiento de la causa.

<sup>18</sup> «Con carácter previo, debe comprobarse la concurrencia de tres presupuestos (a) la previa actuación ilícita del sujeto persona física que legalmente se considera idóneo para desencadenar el proceso de transferencia de responsabilidad; b) que el delito cometido por la persona física se encuentre dentro de los delitos que expresamente la ley habilita para poder transferir la responsabilidad a la persona jurídica, y, c) que la sociedad posea personalidad jurídica. Una vez comprobados los tres presupuestos comunes, el art. 31 bis describe dos diferentes hechos de conexión para habilitar el mecanismo de transferencia de responsabilidad penal desde la actuación ilícita de algunas personas físicas hasta la persona jurídica. Es decir, contempla dos posibles y diferentes 'hechos de conexión' en consideración al rango y facultades de las personas físicas que cometieron el delito de referencia. El primer hecho de conexión es el descrito en el apartado 1 a) del art.

misma del programa, y, por lo tanto, cualquier posible eficacia<sup>19</sup>, se encuentran tipificados en el art. 31 bis 5 C.P.<sup>20</sup>, a saber:

1. Mapa de riesgos (identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos).
2. Establecimientos de protocolos de formación de la voluntad y de toma de decisiones de la persona jurídica.
3. Establecimiento de modelos de gestión de los recursos financieros para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
4. Obligación de informar de los riesgos e incumplimientos.
5. Régimen disciplinario.
6. Verificación periódica.

Si falta alguno de los requisitos del 31 bis 5, el programa no podrá tener efecto alguno, ni atenuante ni eximente<sup>21</sup>.

---

31 bis CP, donde se definen personas físicas con poder y representación societaria de máxima autoridad y nivel que, al cometer un delito, desencadenan la transferencia de responsabilidad criminal (representantes, directivos y administradores). Y el segundo hecho de conexión, desarrollado en el apartado 1 b) del art. 31 bis CP, se refiere a la actuación ilícita de personas físicas que están sometidas a la autoridad de las antes referidas, y que han incumplido gravemente sus obligaciones de vigilancia y control (subordinados). Por tanto, la primera clave en el análisis de la responsabilidad penal de una sociedad en el marco legal español es constatar si concurren los presupuestos de transferencia y luego uno de los hechos de conexión contenido en la ley. En consecuencia, el debate jurídico acerca de si un programa de cumplimiento posee eficacia eximente o atenuante solo es posible después de la comprobación de los presupuestos y hechos de conexión, siempre que la sociedad alegue estar en posesión de un programa de cumplimiento. Por último, los requisitos que han de tener los programas de cumplimiento, descritos en el art. 31 bis 5, son iguales para todos los supuestos anteriores» (González Cussac, J. L., «La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX (2019), pp. 595-598).

<sup>19</sup> Fernández Hernández, A., «Dos cuestiones...», op. cit., pp. 79-80; Villegas García, M.ª A., Encinar Del Pozo, M.A., «Hacia una guía de valoración de los programas de compliance para el proceso penal», *La Ley Penal*, nº142, 2020, p. 5; González Cussac, J. L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Valencia, 2020, pp. 221-223; Fernández Teruelo, J. G., *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (Compliance)*, Cizur Menor, 2021, p. 206. En contra, vid. Gutiérrez Pérez, E., «Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La 'eficacia e idoneidad' como principios rectores tras la reforma de 2015», *Revista General de Derecho Penal*, nº 24, 2015, pp. 11-12.

<sup>20</sup> Pero sin olvidar que para que los programas puedan producir cualquier efecto, atenuante o eximente, no basta con el cumplimiento de los requisitos contenidos en el apartado 5 del art. 31 bis C.P., sino que deben cumplir, además, las condiciones establecidas en los apartados 2 y 4 de dicho precepto.

<sup>21</sup> Señala Fernández Hernández a tales efectos que los requisitos del 31 bis 5) C.P. se configuran como *conditio sine qua non de un compliance* («Dos cuestiones...», op. cit., p. 79); vid., asimismo, González Cussac, J. L., «Eficacia...», op. cit. En sentido diverso, considerando que la ausencia de algún requisito o elemento de los implicados en el

A partir de aquí, integrando el contenido del art. 31 bis 5, con el resto de disposiciones del art. 31 bis (condiciones), y, además, con las directrices interpretativas ofrecidas por la Circular 1/2016 de la FGE y con los pronunciamientos judiciales relevantes existentes en la materia, por ejemplo, los de la Audiencia Nacional, que toman como base los criterios que se siguen en EEUU para valorar los programas de *compliance*, podemos elaborar una guía sobre los indicadores de eficacia e idoneidad de los modelos de organización y gestión, que, a falta de resolución jurisprudencial de esta materia, formalicen *con carácter general*<sup>22</sup> los ítems que deberían comprobarse en un procedimiento judicial<sup>23</sup> para reconocer o rechazar la eficacia del programa de cumplimiento presentado por una persona jurídica<sup>24</sup>.

mismo, por ejemplo, ausencia de canal de denuncia en algún caso concreto, no elimina la posibilidad de actuación de la eximente, vid. Gutiérrez Pérez, E., «Los compliance...», op. cit., p. 12.

<sup>22</sup> Cfr. Nieto Martín, A., «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal», en Kuhlen, L., Montiel J.P. y Ortiz De Urbina, I., *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid, 2013, p. 38.

<sup>23</sup> Se ha planteado la posibilidad de pedir un archivo *preprocesal* a favor de la persona jurídica que se haya dotado de un adecuado programa de cumplimiento normativo si el Ministerio Fiscal en el marco de la investigación así lo considera. El programa debería valorarse analizando la realización de los indicadores establecidos en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas (Villegas García, M. A./Encinar Del Pozo, M. A., «Hacia una guía...», op. cit., p. 3).

Sobre este particular, y para no hacer a la persona jurídica de peor condición que a la persona física, consideramos que del juego combinado de los arts. 5 EOMF y 773.2 LEcrim se infiere la posibilidad de que el Ministerio Fiscal acuerde el archivo de la causa para la persona jurídica si considera acreditada la eficacia del programa, una vez comprobados los indicadores de cumplimiento y el hecho de que la entidad hizo todo lo posible para la correcta implementación del programa en los términos de exigencia establecidos en la Circular 1/2016 y en el marco de la legalidad vigente. Así se desprende de la Circular sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal, Circular 2/2022, de 20 de diciembre, cuando señala «que en aquellos casos en los que la noticia criminal recibida no presente relevancia bien por fundarse en meras hipótesis carentes de verosimilitud y de todo sustento objetivo, bien por tratarse de hechos no constitutivos de delito, los fiscales se hallarán facultados para acordar su archivo de plano. Para ello deberán incoar diligencias de investigación a fin de ofrecer un soporte procedimental adecuado, sin perjuicio de que en el mismo decreto de incoación se acuerde su archivo de plano. En estos casos los fiscales se limitarán a acordar el archivo mediante decreto que expresará las razones por las que los hechos denunciados no pueden ser indiciariamente incardinados en ningún tipo penal o, en su caso, resultan manifiestamente inconcebibles».

De cualquier forma, en opinión de los autores citados, en el actual marco procesal español, aun cuando una entidad se haya dotado de un programa de cumplimiento normativo aparentemente eficaz, tendrá muy difícil evitar una imputación judicial (*idem*).

<sup>24</sup> En este sentido, partimos del reconocimiento de que el art. 31 bis 5) «contiene una regulación general o global de la estructura y elementos de cualquier programa de cumplimiento, si bien es cierto que estos 'requisitos' están explícitamente referidos al cumplimiento de la condición examinada de idoneidad» (González Cussac, J. L., «La eficacia...», op. cit., p. 621). Como señala León Alapont deben distinguirse dos planos: «1) el de la idoneidad de las concretas medidas que se establezcan para la prevención

Veamos dicho protocolo desde el análisis de los requisitos establecidos en el art. 31 bis 5 C.P.<sup>25</sup>, que constituye el primer nivel de control en cualquier enjuiciamiento de una persona jurídica, integrado con otros indicadores de eficacia, derivados de los contenidos de la Circular 1/2016 y del resto de normativa vigente (las condiciones).

## *2.1. Mapa de riesgos (identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos)*

Este requisito es comúnmente conocido como mapa de riesgos<sup>26</sup>.

---

de cada una de las conductas delictivas en las que se pueda incurrir, lo cual sólo podrá ser objeto de valoración por el juez o tribunal de forma casuística e individualizada; y, 2) el del contenido o medidas en abstracto que se contemplen con carácter general para la prevención y descubrimiento de cualquiera de los delitos atribuibles a una persona jurídica. Así, respecto del primer plano, un parámetro básico para valorar su idoneidad será que éstas resulten proporcionadas al riesgo en cuestión y a la actividad de que se trate. Así en ningún caso podrá calificarse de idóneo un programa de cumplimiento que no contemple todas y cada una de las exigencias previstas en el art. 31 bis 5 C.P.» (León Alapont, J., «Criminal Compliance: análisis de los arts. 31 bis 2 a 5 CP y 31 *quater* CP», *Revista General de Derecho Penal*, nº 31, mayo, 2019, p.11).

En el modelo español se regulan de modo diferente el juicio de idoneidad sobre las medidas preventivas para eximir o atenuar, y el examen de los requisitos del programa (estructura y elementos del programa). En realidad, el art. 31 bis 5 describe los elementos estructurales mínimos que ha de revestir un programa para ser jurídico-penalmente valorado como idóneo. Pero que una sociedad posea un programa estructurado con todos estos requisitos legales no es suficiente para cumplir la condición de idoneidad. Son «requisitos» necesarios, pero no suficientes para obtener la exención o atenuación de la responsabilidad penal (González Cussac, J. L., ibídem, p. 622).

De cualquier forma, conviene tener presente el limitado objeto de nuestro trabajo, que es, únicamente, ofrecer una guía general y primaria referida a si el programa presentado por la entidad reúne los requisitos esenciales que debe tener un modelo de prevención corporativo (requisitos y condiciones), sin prejuzgar la conclusión final de idoneidad y eficacia que pueda resultar, en concreto, tras la realización de la actividad probatoria específica correspondiente, momento en el que, de haber llegado la causa a dicho estado del procedimiento, se decidirá por el juzgador, si la empresa adoptó *su programa de prevención, idóneo y eficaz y cuáles son los efectos del mismo*.

<sup>25</sup> Señala Carratalá Valera que «el primer estadio de control viene referido a la comprobación de que la persona jurídica cuenta con un programa de cumplimiento propiamente dicho, esto es, la verificación del cumplimiento completo de los requisitos fijados en el apartado quinto del art. 31 bis C.P. De no ser así, no podrá afirmarse que existe un compliance como tal» (Carratalá Valera, V. M., «Las condiciones eximentes de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un estudio a la luz del artículo 31 bis del Código Penal», Exposición presentada en: V Edición Premios Susana Huerta, Madrid, 2023. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=CZOc6Yuv2IY>).

<sup>26</sup> Dicho requisito enlaza con la condición de idoneidad del programa de cumplimiento, respondiendo a las características y naturaleza propias de la persona jurídica, sus protocolos y procedimientos, que deberán estar actualizados e implementados realmente, debiendo verificarse su ejecución en tiempo real.

Se deben identificar en el mapa las actividades de la empresa en cuyo desarrollo puede producirse una infracción penal, especificando la forma concreta en la que puede tener lugar esa comisión delictiva específica<sup>27</sup>.

Es un indicador de ineeficacia del modelo que el delito concretamente investigado no figure en el mapa, de manera que, a *sensu contrario*, será un indicador de eficacia que se hayan relacionado aquellos delitos que son objeto de investigación, con señalamiento de las actividades de la entidad en cuyo desarrollo podría haberse determinado la comisión del delito en concreto<sup>28</sup>.

Asimismo, deben señalarse los controles que se establecen, también llamados medidas de control, con relación a cada una de las modalidades delictivas incluidas en el mapa, y, muy especialmente, las relacionadas con los delitos que están siendo investigados.

El requisito mapa de riesgos es el elemento fundamental del *compliance* y debería tener una estructura mínima estandarizada, sin la cual no habría de reconocerse eficacia o idoneidad al modelo, a saber:

1. Identificación del delito/s señalando el/los precepto/s del C.P. en el/ los que se encuentran tipificados, indicando, asimismo, la razón por la que ciertas infracciones no figuran en la matriz de riesgos<sup>29</sup>.
2. Descripción típica del delito o grupo de delitos según los elementos establecidos en el texto punitivo.
3. Descripción de la conducta a través de la cual puede realizarse el delito, ejemplificando situaciones concretas (fuentes de peligro).
4. Identificación de las normas que regulan esa actividad (internas de la empresa y externas<sup>30</sup>).

La legislación en ámbitos como la prevención de riesgos laborales, la protección de datos, el blanqueo de capitales, el abuso de mercado, etc., impone a las empresas la obligación de adoptar

<sup>27</sup> Señala Montaner Fernández que hay que hacer un análisis de la persona jurídica concreta «atendiendo a la que sea su configuración societaria, orgánica, su/s área/s de negocio, su territorio de actuación, sus clientes, sus socios de negocio, las relaciones que pueda tener con el sector público y la regulación que le sea aplicable» («Compliance», *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, J. M. Silva Sánchez (dir.), Barcelona, 2020, p. 104).

<sup>28</sup> En este sentido señala Fernández Hernández que será un criterio de eficacia del programa, al que deberá atender el órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento, que el modelo de organización y gestión haya reflejado la concreta actividad generadora del delito cometido («Dos cuestiones...», op. cit., p. 81).

<sup>29</sup> Por no poder ser cometidos en el seno de la empresa, en nombre de la misma, por su cuenta o en el ejercicio de las actividades que se llevan a cabo en la realización de su objeto social, tal y como se exige en el C.P.

<sup>30</sup> Górriz Royo, E. M., «Criminal compliance ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo», *Indret*, octubre, 2019, p. 46.

controles internos con el fin de prevenir determinadas infracciones. Todas estas normas referidas a la actividad de la empresa ante la que nos encontremos deberán integrarse en los programas de cumplimiento, en el marco de la denominada *autorregulación regulada*, en cuanto que, como señala Darnaculleta I Gardella, los fines de la autorregulación son impuestos y controlados por el Estado como estrategia de regulación estatal<sup>31</sup>. A su juicio, «la autorregulación regulada es, pues, un nuevo instrumento de regulación ensayado por el Estado en una fase de transformación del mismo en el que, con carácter general, los instrumentos imperativos de actuación son sustituidos por técnicas indirectas de regulación donde los sujetos y organizaciones privadas ordenan su actividad, dotándose voluntariamente de las normas y controles más adecuados para la consecución de un determinado fin, siendo los poderes públicos los que supervisan la actuación privada de aprobación, aplicación y control del cumplimiento de tales normas»<sup>32</sup>.

5. Antecedentes, señalando si ha ocurrido antes alguna situación semejante. Departamentos/personal afectados.
6. Valoración de la probabilidad de realización del delito, de su impacto y del riesgo inherente.

Tras la identificación de las actividades en cuyo seno pueden ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos, la adecuada

<sup>31</sup> Darnaculleta I Gardella, M. M., «La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 20, 2009, p. 22. En la misma dirección, señala Nieto Martín «que la denominada *self regulation* o autorregulación regulada se trata de un ‘intervencionismo a distancia’ basado en la cooperación entre los poderes públicos, sujetos regulados y otros agentes sociales (sindicatos, ONGs...) con el fin no solo de generar o perfilar normas de comportamiento, sino también encargarse de su *enforcement*. Los ejemplos son muy numerosos, el moderno derecho del medio ambiente, el relativo a la protección de la salud de los trabajadores, consumidores, accionistas, inversores o las obligaciones administrativas del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo descansan en la *self regulation*» («Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho penal de la empresa», *Política Criminal*, Vol 3, nº 5 (2008), op. cit. p. 4). En parecidos términos Navarro Cardoso indica «que la autorregulación regulada no es más que otra muestra del continuo proceso de expansión del Derecho Penal, en el que el Estado, en el mejor de los casos, fija el marco regulatorio, y cede a los entes privados la concreción normativa vía códigos internos, reservándose, en algunos casos, la capacidad sancionadora. Las razones, se aduce, son la complejidad técnica de la materia, buscándose así la eficacia y la eficiencia, así como la incapacidad del Estado para hacer frente con solvencia, conforme a esos criterios, a la regulación que la moderna y sofisticada actividad empresarial precisa», aunque, continúa el citado autor «no es que se haya generado un espacio para autorregularse (en parte consustancial al Estado liberal de Derecho), sino para autoexcluirse penalmente» («A vueltas con la vieja delimitación entre ilícito administrativo y ilícito penal, a propósito de algunos nuevos problemas», en E. Demetrio Crespo (dir.), *Derecho penal económico y Teoría del delito*, Valencia, 2020, pp. 271-272).

<sup>32</sup> Darnaculleta I Gardella, M. M., «La autorregulación...», op. cit., p. 22.

gestión del riesgo exige la asignación de una probabilidad de ocurrencia para cada uno de ellos<sup>33</sup>.

La forma concreta de evaluar esta magnitud puede articularse por la empresa de formas diversas, cuya oportunidad deberá evaluarse judicialmente.

Así, por ejemplo, y como una de dichas formas de cálculo de probabilidad, podría resultar idóneo atribuir una magnitud numérica en función de los datos históricos del sector, concretamente, sobre la base de las sentencias y autos existentes al respecto, que arrojarán un resultado concreto que refleje la frecuencia real de realización general.

		Actividades/fuentes peligro sector				
		1	2	3		....
<b>Probabilidad o frecuencia</b>						
81-100%	<b>Muy probable</b>	<b>5</b>				
61-80%	<b>Altamente probable</b>	<b>4</b>				
41-60%	<b>Probable</b>	<b>3</b>				
21-40%	<b>Possible</b>	<b>2</b>				
0-21%	<b>Improbable</b>	<b>1</b>				

Otra forma de cálculo probabilístico podría implementarse atribuyendo un resultado sumatorio a diversas magnitudes, como, por ejemplo, y entre otras, las siguientes:

<sup>33</sup> El Código penal no exige que se cuantifique el riesgo, solo que se *identifiquen las actividades en cuyo ámbito pueden ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos*, pero ello nos proporciona una valiosa información sobre los delitos de más probable realización a partir de estas actividades que precisan mayor control, como áreas prioritarias de intervención (León Alapont, J., «La prevención de delito ambientales en la era compliance: mapa de riesgos», en J. L. González Cussac (dir.), León Alapont (coord.), *Estudios jurídicos en Memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia, 2020, p. 477). Esto es así hasta el punto de que, como afirma Casanova Ysla, no llevar a cabo dicha medición de riesgos puede comportar una clara perdida de eficacia del modelo («La norma UNE 19601 y los requisitos del Código Penal», en Gómez-Jara Díez (coord.), *Persuadir y razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo II, Navarra, 2018, p. 903).

Frecuencia del riesgo/Situación Económica/Antecedentes/Existencia de cultura de cumplimiento o no con normativa interna de actuación...

## 7. Impacto

La determinación del impacto podría realizarse en función de la penalidad del delito que se esté evaluando en el mapa, a la que se podría sumar, en su caso, el daño reputacional.

### Penalidad (de 1 a 5)

- Multa (1)
- Inhabilitación para obtener subvenciones (2)
- Suspensión de actividades (3)
- Clausura locales/intervención judicial (4)
- Disolución (5)

La metodología para la evaluación de los riesgos penales o, si se prefiere, para la elaboración del mapa de riesgos puede ser plural<sup>34</sup>, sin que exista una específica y suficiente<sup>35</sup> para merecer el calificativo de eficaz<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Al respecto vid. Jiménez Carbayo, V., «La valoración de los delitos en un programa de compliance. El método Mosler como método de análisis y evaluación de riesgos penales», *Diario La Ley*, nº 8973, de 5 de mayo de 2017, pp. 1 a 14; Villanueva Fernández, M., «La certificación y la gestión de riesgos», *Economía Industrial*, nº 396, 2015, pp. 73 a 80. Disponible en <https://www.mincetur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/396/VILLANUEVA%20FERNÁNDEZ.pdf>; Sánchez Sánchez, L. R., «Coso ERM y la gestión de riesgos», en *Quipukamayok, Revista de la Facultad de Ciencias Contables*, Vol. 23, nº 44, 2015, pp. 43-45. Disponible en <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/quipu/article/view/11625/10435>.

<sup>35</sup> Fernández Hernández, A., «Dos cuestiones...», op. cit., p. 69.

<sup>36</sup> La gestión del riesgo como el conjunto de actividades coordinadas para controlar los riesgos debe seguir una metodología que permita estimar el riesgo de que se produzcan unas determinadas consecuencias. Con respecto a la cuestión de la/s metodología/s que se han desarrollado para realizar análisis de riesgos, todas ellas pueden entenderse adecuadas si procuran la consecución del objetivo común cifrado en analizar el riesgo de una organización a partir del peligro asociado, siendo necesario y garantía de eficacia del programa que se constate judicialmente que conste la información documentada de la metodología y criterios utilizados. En este sentido se debería verificar por el juzgador que el programa de cumplimiento esté implementado siguiendo algún estándar concreto, nacional (UNE 19601) o internacional (ISO 37301), y, en el segundo caso, que en el alcance figure claramente la legislación española relativa a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La norma UNE 19601 se elaboró específicamente para dar cumplimiento a la Ley Orgánica 1/2015 (se explica en el apartado 0 Introducción y en el apartado 1 Objeto y Campo de Aplicación), por lo que si el programa de cumplimiento cumple con la totalidad de la UNE, se puede inferir inicialmente que está alineado con las exigencias del Código Penal.

No obstante, se deberá comprobar judicialmente que existe y se aplica una determinada metodología documentada para realizar la gestión de los riesgos, ya que de no ser así no debería calificarse de eficaz el programa.

De esta manera, cualquiera que sea la opción metodológica elegida, de entre las variadas posibles, deberá establecer como mínimo:

- la forma en que se identifican las actividades en cuyo ámbito se materializan los riesgos penales, es decir, las situaciones de peligro o escenarios de riesgo penal;
- qué criterios se emplean para asignar niveles de probabilidad de ocurrencia y de severidad de las consecuencias de la forma más objetiva posible;
- qué categorización se otorga a los riesgos en función de los valores anteriores y qué criterios se establecen para decidir cuándo se implementan controles para mitigar los riesgos (es decir, cuál es el umbral de riesgo que la organización está dispuesta a aceptar<sup>37</sup>). Estos criterios deberían tener en cuenta el daño personal y/o ambiental, pérdidas económicas, daño reputacional y responsabilidades administrativas y/o penales<sup>38</sup>;
- resulta fundamental como indicador de eficacia del programa señalar específicamente en el protocolo cómo se implementa y con qué periodicidad el seguimiento de los controles (tanto nivel de implementación como de eficacia);
- cuándo y cómo se actualiza la gestión del riesgo;

En el programa debe documentarse todo lo anterior, comprobando que existen actas de reunión del equipo de riesgo y de las personas responsables del cumplimiento.

## 8. Cálculo del riesgo inherente

Valoración de probabilidad multiplicado por valoración de impacto.

<sup>37</sup> El nivel de riesgo aceptable debe ser acordado por el órgano de administración.

<sup>38</sup> «6.2.2 Análisis de los riesgos penales UNE 19601. La organización (3.20) debe analizar los riesgos penales (3.29) considerando las causas y las fuentes de incumplimientos de compliance penal (3.5) y la gravedad de sus consecuencias, así como la probabilidad de que ocurran incumplimientos de compliance penal (3.5) y las consecuencias asociadas.

NOTA Las consecuencias pueden incluir, por ejemplo, daño personal y ambiental, pérdidas económicas, daño reputacional y responsabilidades administrativas y/o penales».

9. Identificación de las medidas de mitigación y control<sup>39</sup> que se establecen con relación a los riesgos cuantificados<sup>40</sup>.
  - deben encontrarse evidencias de que los controles realmente han sido implementados con informes de valoración en los que se documente la causa por la cual determinados delitos se han considerado no aplicables, y, por tanto, no figuran en la matriz de riesgos;
  - informes de seguimiento de los controles, suministrados por las personas responsables en el departamento correspondiente, en los que se evidencie qué acciones se han realizado y qué efectos se han obtenido;
  - y resúmenes globales de la gestión del riesgo, con análisis de consecuencias y propuestas de mejora.
10. Especificación de los resultados finales mediante tabla indicativa clara que identifique el riesgo final, medio, alto o bajo, de realización delictiva.

En definitiva, para comprobar la realización de este primer requisito del programa será necesario comprobar que se han implementado y desarrollado los contenidos mínimos del mapa en la forma señalada<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Fernández Hernández, A., «Dos cuestiones...», op. cit., p. 82. En el mismo sentido, vid. Nieto Martín cuando señala que «deben identificarse los riesgos penales que pueden afectar a la organización, así como los sectores de actividad que se verían afectados y la efectividad de las medidas de control adoptadas para prevenirlos» (Nieto Martín, A., «Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo», *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, A. Nieto Martín (dir.), Valencia, 2015, p. 129).

<sup>40</sup> Este requisito se relaciona con la condición 1º del art. 31 bis 2), de tal forma que, aunque de conformidad con lo dispuesto en el art. 31 bis 2, dicha condición solo se debería aplicar a las personas implicadas en el primer hecho de conexión (delito cometido por representantes...art. 31 bis 1 a), de cara a apreciar una posible exención de responsabilidad, lo cierto es que su contenido (de la condición) puede considerarse incluido en el significado del requisito primero del art. 31 bis 5 (identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos, que, a nuestro juicio, también exige el establecimiento de medidas de control), de necesaria concurrencia también para las personas de la letra b) del art. 31 bis 1), razón por la cual podemos concluir que *el establecimiento de medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión* se relaciona directamente con el primer requisito del art. 31 bis 5, siendo, por lo tanto, un requisito mínimo de necesaria comprobación en el momento inicial del procedimiento para reconocer eficacia al modelo de prevención, cualquiera que sea el hecho de conexión. Sin duda, esta condición remite al mapa de riesgos en sentido estricto, ya que demanda un cálculo del riesgo (riesgo inherente) y la posterior aplicación de medidas reductoras de riesgos.

<sup>41</sup> La realización del primer y segundo requisito del art. 31 bis 5) C.P. es fundamental para el cumplimiento de la condición establecida en los apartados 2 y 4 del art. 31 bis C.P., referida a la adopción de medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos

## 2.2. *Establecimiento de protocolos de formación de la voluntad y de toma de decisiones de la persona jurídica*

«El segundo requisito que se le exige a un modelo de organización y gestión para considerarlo tal es la determinación de quién toma las decisiones, de cómo se toman, de cómo se transmiten, a través de quién se transmiten, de quién termina ejecutándolas y de cómo se llevan a cabo. Es decir, un modelo de organización y gestión, para serlo, debe ser capaz de indicar a un tercero quién decide qué se hace, cómo se transmite esa decisión y cómo se ejecuta la misma. Con ello, de nuevo, se logra la traslación de la responsabilidad de la persona jurídica a las concretas personas físicas que han intervenido, de alguna manera, en la comisión del hecho penalmente relevante»<sup>42</sup>.

En este sentido, resultará un indicador de eficacia del programa que la entidad cuente con una normativa interna en la que se refleje con precisión el proceso y órganos encargados de la toma de decisiones y de su ejecución<sup>43</sup>, también con relación a actividades concretas, por ejemplo, determinando el procedimiento establecido para contratar con empleados públicos, la forma de realizar los contratos, las cláusulas de confidencialidad, etcétera<sup>44</sup>.

---

de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, en la medida que, evidentemente, si no se consigue identificar los riesgos (actividades e intervenientes) no habrá forma de prevenirlos (Cfr. Fernández Hernández, A., «Dos cuestiones...», p. 83).

<sup>42</sup> Fernández Hernández, A., ibídem, p. 82.

<sup>43</sup> Vid. 5.1. 1.g) UNE 19601, cuando señala lo siguiente: «5.-Liderazgo. - 5.1 Liderazgo y compromiso.

El liderazgo dentro de la organización (3.20) debe desempeñar un papel fundamental en la formación e implementación con éxito del sistema de gestión de compliance penal (3.31).

5.1.1 Órgano de gobierno

El órgano de gobierno (3.22) debe demostrar su liderazgo y compromiso en relación con el sistema de gestión de compliance penal (3.31). A tal fin, el órgano de gobierno (3.22) debe:

(...) g) asegurar que se establecen los procedimientos (3.25) que concreten el proceso (3.26) de formación de la voluntad de la organización (3.20), de toma de decisiones y de ejecución de las mismas promoviendo una cultura (3.8) de compliance que garantice altos estándares éticos de comportamiento».

<sup>44</sup> Sobre este requisito señala Aguilera Gordillo que se trataría de desarrollar un escrupuloso organigrama en el que se haría indicación de todos los individuos que intervienen o desempeñan funciones no triviales en los ámbitos decisarios o ejecutivos, prestando especial atención a aquellos sujetos que detienen normativamente las facultades de representación, decisión y control («Los modelos de organización y gestión o 'compliance programs': requisitos del 31 bis 5 del Código Penal, la Circular 1/2016 FGE y consideraciones para la implementación», *Compliance Penal en España [Régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fundamentación analítica de base estratégica. Lógica predictiva y requisitos del «compliance program penal»]*, Madrid, 2018).

Dicha normativa o protocolo de actuación puede estar incluido en el documento final del programa o estar separada del mismo.

Como se especifica en la Circular 1/2016 la clave para valorar la verdadera eficacia del programa «no radica tanto en la existencia de un programa de prevención sino en la importancia que tiene en la toma de decisiones de sus dirigentes y empleados y en qué medida es una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento»<sup>45</sup>. Este criterio general es fundamental «para determinar si, más allá de su conformidad formal con las condiciones y requisitos que establece el precepto, expresan un compromiso corporativo que realmente disuada de conductas criminales»<sup>46</sup>.

La evaluación de la ejecución del programa de cumplimiento, por tanto, también debe formar parte de sus requisitos<sup>47</sup>.

No basta con diseñar e implementar un programa, sino que debe someterse a supervisión, vigilancia y control para asegurar su desempeño eficaz en mitigar los riesgos de incumplimiento. Se trata de una atribución a la que alude expresamente la Circular de la FGE, determinando que esa labor deberá «asegurar su buen funcionamiento, estableciendo sistemas apropiados de auditoría, vigilancia y control para verificar, al menos, la observancia de los requisitos que establece el apartado 5 del artículo 31 bis C.P.»<sup>48</sup>.

Esta supervisión, vigilancia y control puede implementarse de varias maneras:

- 1) Vigilancia interna: existen herramientas de supervisión interna que permiten que las organizaciones puedan hacer una evaluación objetiva de cumplimiento del programa. Sin ir más lejos, la norma UNE 19601 propone varias:
  - a. El uso de indicadores de desempeño, que permiten un seguimiento y medición de los procesos que forman parte del programa, por ejemplo, el porcentaje de personal que ha sido formado de manera eficaz, el nivel de utilización de los canales éticos, las incidencias identificadas y comunicadas, por tipo, área y frecuencia.
  - b. Los informes de cumplimiento, que permiten reportar de forma sistemática y periódica tanto a la alta dirección como al órgano de gobierno los resultados sobre el desarrollo del programa, promoviendo activamente una cultura de información completa y transparente.

<sup>45</sup> Vid. p. 52.

<sup>46</sup> *Idem*.

<sup>47</sup> Y para la decisión de cumplimiento de las condiciones (*supra*, nota 40).

<sup>48</sup> Vid. p. 47.

- c. La auditoría interna, cuyo objetivo es evaluar que el programa de cumplimiento es conforme con los requisitos del Código penal, está correctamente implementado y se desarrolla de forma eficaz.
  - d. La revisión del sistema por parte de la alta dirección y/o del órgano de gobierno, en la cual los roles de máxima autoridad de la organización (habitualmente el Consejo de Administración, Junta Directiva, CEO, Director General...) asumen la responsabilidad de monitorizar la información que les proporciona la persona designada como responsable del programa y toman decisiones relacionadas con su mejora de forma continua, o sobre la necesidad de realizar cambios y ajustes derivados de las lagunas o carencias que hayan podido ser identificadas en el funcionamiento y en su capacidad para mitigar los riesgos de incumplimiento penal.
- 2) Otra opción de seguimiento y control del programa de cumplimiento es someterlo a una auditoría externa<sup>49</sup> o a certificación, actuaciones que, en consecuencia, también constituyen indicadores de eficacia del programa<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Vid. Auto JCI Audiencia Nacional, 35/2023, fundamento jurídico segundo, cuando señala que «todo ello nos lleva a concluir que la voluntad de REPSOL YPF SA al encargar a una entidad externa la verificación de su modelo de prevención de delitos era asegurarse de su adecuación a la legislación vigente y de adecuarlo a ella en el caso de que no fuera así, pues no se entiende que encargaran semejantes informes si el interés fuera otro».

En este sentido señala Aránguez Sánchez que «también es un dato objetivo sobre la calidad del modelo de prevención de delitos que la empresa contrate a distintos auditores (distintos de quienes realizaron inicialmente la labor de consultoría para la puesta en marcha del sistema) y que pase sus certificaciones anuales con distintas empresas certificadoras. Evidentemente si expertos de distintas empresas validan un sistema, se tiene una mayor garantía» («El diseño...», op. cit., p. 22).

<sup>50</sup> Sobre la importancia de las certificaciones, señala Aránguez Sánchez que ante «la pregunta obvia que se plantea sobre ¿Cómo podemos evaluar la calidad de un modelo de prevención de delitos? Esta cuestión debe responderse de forma distinta dependiendo del momento en el que queramos medir la eficacia del sistema de compliance: 1.— Antes de que se comenta un ilícito penal en el seno de la entidad no podemos acudir a un organismo público para que (tras el pago de la correspondiente tasa) valide nuestro sistema de compliance (...). Por tanto, no cabe sino en confiar en la Certificación que entidades privadas ofrecen sobre normas ISO (ISO-UNE 19601 e ISO 37001, fundamentalmente). Tener tal sello de garantía es fundamental para validar el trabajo que una consultora (independiente de la certificadora) ha realizado o las actualizaciones que haya desarrollado el *compliance officers* de esa persona jurídica» (ibidem., p. 21).

En el mismo sentido, vid. Ballesteros Sánchez, J., *Responsabilidad penal y eficacia de los programas de cumplimiento normativo en la pequeña y la gran empresa*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2021, p. 416; Rayón Ballesteros, M. C., «Cuestiones controvertidas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en el proceso penal y la eficacia de los programas de cumplimiento», *Foro Nueva época*, vol. 22, nº 1 (2019), p. 246.

Por lo que se refiere a las certificaciones, la existencia de una certificación externa e independiente, emitida por una entidad acreditadora, es, evidentemente, un indicio de eficacia del modelo, en la medida que con ella se manifiesta la adecuación del *compliance* a los requisitos establecidos en la norma correspondiente<sup>51</sup>, «pero en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial»<sup>52</sup>.

En este sentido, existe alguna resolución judicial que pone las certificaciones en valor, aunque sin establecer pautas claras al respecto, más allá del hecho de que representan un indicador de eficacia, que por sí solo no sirve para fundamentar la exención. Así, podemos apreciar *su consideración judicial* en el reciente caso referido a la imputación de CaixaBank y Repsol en una pieza separada de la investigación realizada sobre la empresa CENYT (el famoso «caso Villarejo») por parte de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y su posterior sobreseimiento<sup>53</sup>. En este supuesto, CaixaBank presentó su modelo de prevención, incluyendo el código ético, la matriz de riesgos, el plan de formación, la política de investigación interna y el estatuto de órgano de cumplimiento, pero, sobre todo, presentó su certificación UNE 19601:2017, así como la certificación ISO 37001:2016 de sistemas de gestión antisoborno, ambas emitidas por Aenor. Repsol también presentó un informe elaborado por la consultora KPMG en el que se analizaban y evaluaban las medidas implantadas por la empresa para la prevención de delitos, cultura y cumplimiento normativo en el que se incluía la evaluación del programa de prevención de riesgos penales auditado por un servicio externo. La Sala indicó en su resolución que ambas empresas contaban con un modelo de prevención de delitos acorde al Código penal.

<sup>51</sup> La norma española UNE 19601 surge para desarrollar los requisitos del 31 bis C.P., incorporando buenas prácticas mundialmente aceptadas (Rayón Ballesteros, M. C., «Los programas de cumplimiento penal: origen, regulación, contenido y eficacia en el proceso», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, LI 2018, 197-222, p. 213).

<sup>52</sup> Vid. la p. 52 de la Circular 1/2016, cuando señala expresamente que «las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas, corporaciones o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de su observancia pero en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial».

<sup>53</sup> Vid. el Auto del Juzgado Central de Instrucción, de 2 de junio de 2022 (fundamentos jurídicos 2 y 4).

La existencia de un código ético o de conducta<sup>54</sup> que refleje la cultura de cumplimiento<sup>55</sup> es otro indicador de eficacia<sup>56</sup>.

En este documento, que se integrará en el programa, se pueden reflejar los procedimientos de toma de decisiones.

Otro indicador de idoneidad o eficacia, enmarcado en la propia cultura de cumplimiento de la entidad, además del código ético, puede ser su propia actitud de colaboración tras conocer la posible realización deli-

<sup>54</sup> Normalmente el estándar común de comportamiento exigido, tanto a los miembros de la organización como a los socios de negocio, constará en la política de compliance penal, aunque también pueden encontrarse referencias al respecto en un código de conducta, código ético, código de valores o documento análogo en la organización (UNE 19601.- 7.1).

<sup>55</sup> Los códigos de conducta, en una aproximación general, constan de «un conjunto de reglas y principios que la corporación asume voluntariamente, como algo distinto de las reglas que impone el derecho» (Malem Seña, J., «Códigos éticos corporativos y lucha contra la corrupción», en L. Arroyo Zapatero y A. Nieto Martín (coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 2006, p. 413).

<sup>56</sup> En este sentido, vid. el Auto JCI Audiencia Nacional, de 2 de junio de 2022, fundamento jurídico segundo. Doctrinalmente se ha reclamado la exigencia específica de un código ético o de conducta, aunque algunos autores lo suelen considerar incluido tácitamente en este segundo requisito del 31 bis 5) (Gutiérrez Pérez, E., «Los compliance...», op. cit., p. 6).

Por su parte, la Circular 1/2016 enfatiza la importancia de este elemento, destacando que el objeto de los modelos de organización y gestión no es solo evitar la sanción penal de la empresa, sino promover una verdadera cultura ética corporativa, de tal modo que su verdadera eficacia reside en la importancia que tales modelos tienen en la toma de decisiones de los dirigentes y empleados y en qué medida constituyen una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento, debiendo analizarse si los programas de prevención establecidos expresan un compromiso corporativo que realmente disuada de conductas criminales (p. 52). En la misma línea se señala por la Fiscalía que «la obligación de establecer un sistema disciplinario adecuado que sancione el incumplimiento de las medidas adoptadas en el modelo, recogida en el quinto requisito, presupone la existencia de un código de conducta en el que se establezcan claramente las obligaciones de directivos y empleados. Las infracciones más graves, lógicamente, serán las constitutivas de delito, debiendo contemplarse también aquellas conductas que contribuyan a impedir o dificultar su descubrimiento, así como la infracción del deber específico de poner en conocimiento del órgano de control los incumplimientos detectados a que se refiere el requisito cuarto» (p. 45).

También se refleja la importancia de la cultura de cumplimiento en la UNE 19601 (7 Elementos de apoyo. - 7.1 Cultura de compliance) en los siguientes términos: «El compliance penal (3.5) es el resultado de que una organización (3.20) cumpla con sus objetivos de compliance penal (3.19), a través del cumplimiento de los requisitos (3.27) que se derivan de su política de compliance penal (3.24) y del resto del sistema de gestión de compliance penal (3.31), y se hace sostenible introduciéndola en la cultura (3.8) de la organización (3.20) y en el comportamiento y en la actitud de las personas que se vinculan con ella. El desarrollo de una cultura (3.8) de compliance exige que el órgano de gobierno (3.22) y la alta dirección (3.2) tengan un compromiso visible, consistente y sostenido en el tiempo con un estándar común y publicado de comportamiento que se requiera en todas y cada una de las áreas de la organización (3.20), así como a sus socios de negocio (3.32)».

tiva<sup>57</sup>, o su propio comportamiento en situaciones semejantes, pues pone de manifiesto en qué medida el delito representa un acontecimiento puntual y ajeno a su cultura ética o, por el contrario, evidencia la ausencia de tal cultura, «desnudando el modelo de organización como un mero artificio exculpatorio»<sup>58</sup>.

En este sentido, las circunstancias y hechos precedentes sobre la permisividad o intolerancia en relación con el incumplimiento coadyuvan a valorar si el hecho delictivo fue una excepción o una muestra de un clima de incumplimiento y descontrol<sup>59</sup>.

La existencia de un compromiso inequívoco y el apoyo de la alta dirección de la compañía<sup>60</sup> también es fundamental. El comportamiento y la implicación del consejo de administración y de los principales ejecutivos son, según la Fiscalía, claves para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía y garantía de eficacia del programa<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Vid. el Auto de la Audiencia Nacional 36/2023, de 30 de enero, fundamento jurídico 8. Vid., asimismo, a este respecto, el fundamento jurídico 7 del Auto del JCI de 23-03-2023, cuando explica el sobreseimiento de la causa contra INDRA, indicando que, «por el contrario, puede concluirse de las alegaciones y razonamientos de la defensa, de la actitud de colaboración seguida por la mercantil, de las acciones realizadas en orden a identificar y reconocer el delito contra la hacienda pública, y sobre todo, de los informes presentados por la Unidad de Cumplimiento, que el programa implantado en el ente corporativo, conforme a una valoración del mismo 'ex post facto', funcionó, y que, en conciencia, que el sistema existente en la mercantil cuya implantación ya se reconoció en los autos 136/20 y 137/20 de 7 de mayo de 2020, era eficaz para cumplir el fin perseguido».

Sobre este particular, y por su parte, la Circular señala que «las actuaciones llevadas a cabo por la persona jurídica tras la comisión del delito han de ser igualmente evaluadas. La adopción de medidas disciplinarias contra los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, introduciendo en su caso las necesarias modificaciones, son muestra del compromiso de los dirigentes de la corporación con el programa de cumplimiento. Del mismo modo, la restitución, la reparación inmediata del daño, la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio de su consideración como atenuantes, revelan indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad y pueden permitir llegar a la exención de la pena. Operarán en sentido contrario el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia» (p. 55, Novena).

En sentido diverso, sin embargo, parece manifestarse el Auto 179/2022, de 14 marzo, cuando señala que la colaboración que ha venido mostrando «Deloitte, S.L.» a lo largo del procedimiento, constituye una circunstancia atenuante independiente de la existencia de los programas de cumplimiento, tal y como se reconoce en el artículo 31 *quater b*) (fundamento jurídico quinto).

<sup>58</sup> Circular 1/2016, p. 54.

<sup>59</sup> Circular 1/2016, p. 54.

<sup>60</sup> Nieto Martín, A., «La eficacia...», op. cit., p. 29.

<sup>61</sup> En este sentido, señala la Circular 1/2016 que «cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección de la compañía. El comportamiento y la implicación del Consejo de Administración y de los principales ejecutivos son claves para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía. Por el contrario, su hostilidad hacia estos programas, la ambigüedad, los mensajes equívocos o la indiferencia ante su implementación traslada a la compañía la idea de que el incumplimiento es

En esta misma línea, la Circular incide en la importancia de una adecuada selección de directivos y empleados como vía para prevenir ilícitos, de manera que se debe valorar de manera especial que los modelos de organización y control de la compañía establezcan altos estándares éticos para su contratación y promoción<sup>62</sup>.

Por otro lado, y, además, señala la Circular que aunque la detección de delitos no está expresamente incluida entre los requisitos de los modelos de organización y gestión, forma parte, junto con la prevención, de su contenido esencial. De esta forma, entiende que la capacidad de detección de los incumplimientos del programa será un elemento sustancial de su validez.

En consecuencia, se concederá especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación, de tal manera que los fiscales, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, «deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la eficacia del modelo, sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo»<sup>63</sup>.

La gravedad de la conducta delictiva y su extensión en la corporación, el alto número de empleados implicados, la baja intensidad del fraude empleado para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal son también, según la Circular, circunstancias que deberán ser tenidas en cuenta para valorar la eficacia del modelo<sup>64</sup>.

Por último, resulta fundamental que el programa de compliance penal se encuentre disponible para todos los miembros de la entidad como información documentada, debiendo comprobarse como indicador de

---

62 solo un riesgo que puede valer la pena para conseguir un mayor beneficio económico. Si los principales responsables de la entidad incumplen el modelo de organización y de prevención o están recompensando o incentivando directa o indirectamente a los empleados que lo incumplen, difícilmente puede admitirse que exista un programa eficaz, que refleje una verdadera cultura de respeto a la ley en la empresa» (pp. 52-53).

63 Por su parte, en distintas resoluciones judiciales también se destaca el valor de la implicación de la alta dirección en orden a valorar la eficacia de los programas de cumplimiento (vid. el fundamento jurídico segundo del Auto del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional 35/2023, de 30 de septiembre).

64 Vid. p. 53.

65 Vid. la p. 64 de la Circular 1/2016. En este sentido, la aplicación de mecanismos de detección y reacción que permitan descubrir un delito y revelar al autor, así como la comunicación del mismo a las autoridades, son determinantes para solicitar la exención de responsabilidad al ente.

66 Específicamente señala la Circular «que la comisión de un delito no invalida automáticamente el modelo de prevención, mas también es cierto que este puede quedar seriamente en entredicho a tenor de la gravedad de la conducta delictiva y su extensión en la corporación, el alto número de empleados implicados, la baja intensidad del fraude empleado para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal. Todas estas circunstancias deberán ser tenidas en cuenta para valorar la eficacia del modelo» (p. 54).

eficacia que ha sido comunicado eficazmente tanto al personal interno como a los grupos de interés externos (ej. proveedores y clientes), por correo electrónico, tablones de anuncios, web corporativa, intranet, charlas y formaciones, siendo también esencial el idioma empleado, si se trata de una empresa multinacional<sup>65</sup>.

La propia existencia de una web corporativa publicitando el *compliance* penal es una garantía e indicador de eficacia.

### *2.3. Establecimiento de modelos de gestión de los recursos financieros para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos*

La alta dirección y los órganos de supervisión deberán asegurar la asignación de los recursos apropiados para la gestión de los riesgos penales<sup>66</sup>; asignación de recursos<sup>67</sup> que deberá plasmarse, como indicador de eficacia, en la contabilidad de la organización<sup>68</sup>.

Ello incluirá, entre otros mecanismos, los siguientes:

- reflejo contable de los recursos asignados para la implementación del programa;

<sup>65</sup> Vid., especialmente, los apartados 5.2 (Política de compliance penal) y 7.5.2 (Comunicación de la política) de la UNE 19601.

<sup>66</sup> Este requisito del art. 31 bis 5) se relaciona con la condición segunda del art. 31 bis 2, de manera que, indirectamente, debe comprobarse en este momento inicial (cuálquiera que sea el hecho de conexión) que el órgano de cumplimiento dispone de los recursos necesarios para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos (De La Mata Barranco, N. J., «El órgano de compliance penal: algunas cuestiones», en A. Matallín Evangelio (dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia, 2018. p. 39; González Cussac, J. L., *Responsabilidad penal...*, op. cit., p. 187; Palma Herrera, J. M., «Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de 'compliances'», en Palma Herrera, J. M./Aguilera Gordillo, R., *Compliances y responsabilidad corporativa*, Pamplona, 2017, p. 67).

<sup>67</sup> «No se trata de establecer únicamente medidas internas que eviten la comisión de hechos delictivos relacionados con una defectuosa gestión de los recursos económicos de la organización, sino de que ésta cuente con una 'dotación presupuestaria adecuada para la implementación de los programas de cumplimiento'» (Montaner Fernández, R., «Compliance...», op. cit., p. 115).

<sup>68</sup> Vid. la UNE 19601, apartado 5.1.2 c), y en ese mismo punto, vid. el apartado 5.1.2.-, como NOTA, en el que se indica «que el órgano de compliance debería, además:

— contribuir a la identificación de las obligaciones de compliance penal (3.5), con el apoyo de los recursos necesarios, y colaborar para que esas obligaciones se traduzcan en políticas, procedimientos (3.25) y procesos (3.26) viables».

Vid., asimismo, «5.1.3 Alta dirección (...) debe: (...) c) garantizar la disponibilidad de recursos adecuados y suficientes para la ejecución eficaz (3.11) del sistema de gestión de compliance penal (3.31)».

- designación de las personas con habilidades, experiencia y competencias necesarias para asegurar el cumplimiento de los protocolos y del propio programa de gestión de riesgos penales;
- identificación de las herramientas de la organización a utilizar para gestionar el riesgo;
- establecimiento de sistemas de gestión de la información y del conocimiento;
- aseguramiento del desarrollo profesional y de las necesidades de formación que reafirmen el cumplimiento del código de conducta y del programa de prevención de riesgos penales.

Quizás en un momento inicial bastara con la comprobación formal del modelo de gestión financiera de la persona jurídica, dejando para un momento ulterior, de cara al análisis más completo de la idoneidad material del modelo y a la aplicación de una posible causa de exención de responsabilidad, la comprobación del efectivo uso de los recursos económicos allí previstos, en la forma que acabo de referir en las líneas precedentes<sup>69</sup>.

#### *2.4. Obligación de informar de los riesgos e incumplimientos al órgano encargado de vigilar el modelo*

La existencia de un órgano de vigilancia se comprueba implícitamente en este primer nivel de control, como parte de este cuarto requisito del apartado quinto del art. 31 bis CP), el cual, recordemos, es aplicable a ambos hechos de conexión. Por lo tanto, en el caso de que el ilícito penal se cometiera por un subordinado habrá de comprobarse, igualmente, el cumplimiento de todos los requisitos del apartado quinto del art. 31 bis CP, entre los que se encuentra la «obligación de información» (primer nivel de control), lo que presupone la existencia de un órgano de cumpli-

<sup>69</sup> Coincidimos con Carratalá Valera en el hecho de que para ejecutar de manera adecuada tales medios «deviene necesario que el oficial de cumplimiento cuente con la capacitación necesaria; surge la duda, entonces, de cómo podría entenderse acreditada la misma. En la actualidad, podría considerarse que una opción viable sería comprobar si se posee algún curso de especialización al respecto, siendo igualmente conveniente que se cuente con una trayectoria profesional suficiente. No obstante, de *lege ferenda* estimamos oportuno encontrar otra alternativa que aporte mayor seguridad a la hora de analizar si concurre esta competencia» («Las condiciones...», op. cit.). En este sentido, podría plantearse la creación de un registro público de expertos en programas de compliance (Magro Servet, V., «Hacia la creación del registro de expertos en programas de compliance», *Diario La Ley*, nº 9362, 2019), si bien, para acceder al mismo deberá constatarse que se cumplen con los requisitos mínimos de formación. El objetivo no sería otro que acreditar que se ha recibido el aprendizaje debido.

miento<sup>70</sup>, aunque sus características particularizadas y funcionamiento concreto podrán no valorarse *in extenso* en este primer momento, sino, a posteriori, a efectos de la exención (segundo nivel de control).

Este requisito 4º del art. 31 bis 5 (así como el 6<sup>71</sup>, e, incluso el 5<sup>72</sup>) se relaciona y corresponde significativamente con la condición 2<sup>a</sup> del art. 31 bis 2, razón por la cual también resultará necesario comprobar en un primer momento del procedimiento *la existencia de un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica*.

Con ello, y ciertamente, podemos afirmar que la creación (o adaptación) del órgano de vigilancia ya se verifica, aunque sea implícitamente, a la hora de examinar el cumplimiento de los requisitos del apartado quinto del art. 31 bis CP (muy especialmente, en los requisitos cuarto y sexto).

A partir de lo dicho, y situados concretamente en la exposición general de los indicadores que deben comprobarse en el procedimiento para reconocer *a priori* que se ha realizado este requisito 4º del art. 31 bis 5), podemos señalar que resulta necesaria la comprobación de existencia de dicho órgano, acompañada del establecimiento e implementación de un adecuado canal de denuncia<sup>73</sup>, pues, con ello, se podrá garantizar:

- la investigación de incumplimientos e irregularidades, asegurando el análisis de todas las comunicaciones;
- que el órgano de *compliance* penal actúa oportunamente en cada fase del procedimiento de denuncia y consulta, así como de que está debidamente informado de todas las cuestiones que pueden afectar a cada investigación, garantizando los derechos del denunciante y del denunciado;

<sup>70</sup> Vid. Pérez Ferrer, cuando señala que el Código Penal, al describir los requisitos para que el modelo de prevención de delitos tenga la virtualidad deseada, hace una referencia indirecta a la figura del *compliance officer* cuando prevé en el artículo 31 bis 2, la existencia de un «órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control («Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento normativo (compliance)», *R.E.D.S.* nº 13, Julio-Diciembre 2018, p. 132).

<sup>71</sup> «Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios».

<sup>72</sup> Vid. *infra*.

<sup>73</sup> Sobre el significado y alcance de este requisito del compliance, vid., por todos, León Alapont, J., *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del Compliance Penal Corporativo*, Valencia, 2023. Vid., asimismo, Gimeno Beia, J., Recensión a León Alapont, José (2023), «Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo. Valencia, Tirant lo Blanch, 442 Páginas», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.<sup>a</sup> época, nº 30 (julio 2023).

- la adopción de las medidas reactivas adecuadas y oportunas, en caso de incumplimientos o irregularidades, en función de la severidad del supuesto, pudiendo incluir sanciones disciplinarias (desde la amonestación hasta el despido disciplinario, si concurren las exigencias normativas para ello);
- la comunicación a las autoridades, de ser necesario, y la mejora y actualización de los controles del modelo para prevenir que se produzcan situaciones similares. En este sentido, declara expresamente la UNE 19601, que «los recursos con capacidad, autonomía e independencia para realizar las investigaciones pertinentes podrán ser los del órgano de compliance penal, pues éste es por definición un órgano dotado de poderes autónomos de iniciativa y control. No obstante, es posible también que la organización cuente, por una parte, con un órgano de compliance penal y, por otra, con recursos distintos para realizar las investigaciones pertinentes; en tal caso, la organización debería garantizar que el órgano de compliance penal esté oportunamente informado del estado y resultados de cada investigación».
- la legitimidad del canal, que exige que los trabajadores estén informados de la existencia del sistema de denuncias y del tratamiento de los datos que conlleva la formulación de una denuncia.

El carácter fundamental de que el programa de cumplimiento disponga de un canal de denuncia, como indicador de eficacia del programa, se reconoce expresamente en la UNE 19601, en la Circular 1/2016<sup>74</sup>, y también en diversas resoluciones judiciales que se han ocupado del tema<sup>75</sup>.

Específicamente se establece en la UNE 19601 lo siguiente:

«8.7 Comunicación de incumplimientos e irregularidades.

La organización (3.20) debe implantar procedimientos (3.25) adecuados para:

— facilitar canales de comunicación para que tanto los miembros de la organización (3.17) como terceros (3.33) comuniquen de buena fe y, sobre la base de indicios razonables, aquellas circunstancias que puedan suponer la materialización de un riesgo penal (3.29)

<sup>74</sup> Expresamente se indica que «la existencia de unos canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa es uno de los elementos clave de los modelos de prevención. Ahora bien, para que la obligación impuesta pueda ser exigida a los empleados resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante (whistleblower), que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos...) sin riesgo a sufrir represalias» (p. 45).

<sup>75</sup> Vid., entre otros, el Auto JCI 2/06/2022 (fundamento jurídico 2); Auto JCI 35/2023, fundamento jurídico sexto; o el Auto JCI 36/2023, fundamento jurídico séptimo.

- para la organización (3.20), así como incumplimientos o debilidades del sistema de gestión de compliance penal (3.31);
- garantizar la confidencialidad o el anonimato de la identidad de las personas que hagan uso de dichos canales de comunicación;
  - permitir la realización de comunicaciones de manera anónima o confidencial;
  - prohibir cualquier tipo de represalia, tomando las medidas necesarias para proteger a aquellos miembros de la organización (3.17) o terceros (3.33) que realicen comunicaciones de buena fe y, sobre la base de indicios razonables, a través de dichos canales de comunicación;
  - facilitar asesoramiento a aquellas personas que planteen dudas o inquietudes relacionadas a través de los canales de comunicación establecidos por la organización (3.20);
  - garantizar que los miembros de la organización (3.17) conocen los canales de comunicación existentes y los procedimientos (3.25) que regulan su funcionamiento;
  - fomentar el uso de los canales de comunicación entre los miembros de la organización (3.17<sup>76</sup>)».

## 2.5. *Régimen disciplinario y verificación periódica*

Se debe comprobar que existe indicación en el programa del procedimiento establecido para la imposición de sanciones<sup>77</sup> por incumplimiento de cualquiera de los criterios de actuación contenidos en el código ético y de conducta, o en el propio programa<sup>78</sup>, en su caso<sup>79</sup>, por ejemplo, por omisión de la obligación de informar de posibles riesgos e incum-

<sup>76</sup> Vid. asimismo el punto 5.1.2 de la UNE 19601.

<sup>77</sup> Este requisito también se relaciona con el contenido de la condición segunda del art. 31 bis 2).

<sup>78</sup> Nieto Martín, A., «Código ético, evaluación de riesgos y formación», *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, A. Nieto Martín (dir.), Valencia, 2015, p. 150.

<sup>79</sup> Vid. Auto JCI 2/06/2022. En el mismo sentido, vid. la UNE 19601.- 5.1.3. Alta dirección. Apartado d) Relativo a hacer cumplir, tanto interna como externamente, la política de compliance penal (3.24)//5.2. Política de compliance penal Apartado k) Relativo a exponer las consecuencias de no cumplir con los requisitos de la política de compliance penal (3.24) y del sistema de gestión de compliance penal (3.31)//7.3.2.1. Diligencia debida común a todos los miembros de la organización Apartado d) Relativo a la adopción de acciones disciplinarias proporcionales.

Por su parte, la Circular 1/2016 señala «la obligación de establecer un sistema disciplinario adecuado que sancione el incumplimiento de las medidas adoptadas en el modelo, recogida en el quinto requisito, presupone la existencia de un código de conducta en el que se establezcan claramente las obligaciones de directivos y empleados. Las infracciones más graves, lógicamente, serán las constitutivas de delito, debiendo contemplarse también aquellas conductas que contribuyan a impedir o dificultar su descubrimiento, así como la infracción del deber específico de poner en conocimiento del órgano de control los incumplimientos detectados a que se refiere el requisito cuarto» (p. 45).

plimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención (—requisito 4º del art. 31 bis 5—<sup>80</sup>).

Asimismo, deberá documentarse en el programa la necesidad de verificación periódica<sup>81</sup>, aunque con respecto a este indicador, como señala la Circular 1/2016, «el texto no establece plazo ni procedimiento alguno de revisión»<sup>82</sup>.

La actividad sancionadora sobre los incumplimientos habrá de adecuarse a lo establecido en el correspondiente convenio colectivo regulador, en el Estatuto de los Trabajadores y en el resto de la normativa, laboral o de otro tipo que resulte de aplicación<sup>83</sup>.

Las sanciones que se impongan en aplicación del régimen disciplinario deberán graduarse en atención a su gravedad a fin de que merezcan el calificativo de proporcionadas, de tal forma que en ningún caso podrán imponerse las sanciones máximas ante cualquier supuesto incumplimiento. También las actuaciones llevadas a cabo por la persona jurídica tras la comisión del delito han de ser igualmente evaluadas como indicador de eficacia del programa de cumplimiento.

La Fiscalía destaca que la adopción de medidas disciplinarias contra los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, introduciendo en su caso las necesarias modificaciones, son muestra del compromiso de los dirigentes de la corporación con el programa de cumplimiento<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> Fernández Hernández, A., «Dos cuestiones...», op. cit., p. 84.

<sup>81</sup> Sobre este aspecto del compliance, la UNE 19601 señala lo siguiente: «6.2.4 Revisión de la evaluación de riesgos penales. La evaluación del riesgo penal (3.29) debe revisarse: a) de manera regular, de modo que los cambios y la nueva información puedan ser adecuadamente considerados según la frecuencia definida por la organización (3.20); b) en caso de cambios significativos en la estructura o actividades de la organización (3.20); c) en caso de incumplimientos de compliance penal (3.5); d) en caso de que aparezca jurisprudencia o se produzcan cambios legislativos relevantes».

<sup>82</sup> Vid. p. 45.

<sup>83</sup> Particularmente, el art. 58 del Estatuto de los trabajadores señala que: «1. Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable.

2. La valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán siempre revisables ante la jurisdicción social. La sanción de las faltas graves y muy graves requerirá comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan.

3. No se podrán imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber».

<sup>84</sup> Específicamente indica lo siguiente: «La obligación de establecer un sistema disciplinario adecuado que sancione el incumplimiento de las medidas adoptadas en el modelo, recogida en el quinto requisito, presupone la existencia de un código de conducta en el que se establezcan claramente las obligaciones de directivos y empleados. Las infracciones más graves, lógicamente, serán las constitutivas de delito, debiendo

La existencia de actividades de formación especificadas en el programa<sup>85</sup>, preferentemente externalizadas, también puede ser un indicador de eficacia, y, en este sentido, la Circular 1/2016 remarca la trascendencia de las acciones de formación de directivos y empleados<sup>86</sup>.

### 3. Conclusiones

El art. 31 bis contiene una regulación profusa y confusa, más propia de un texto reglamentario que de un Código penal, donde se entremezcla la terminología de los elementos esenciales de un *compliance*, siendo un punto fundamental de confusión la común utilización del vocablo *requisitos* con relación a las condiciones de los modelos de organización y gestión (distintas según el hecho de conexión ante el que nos encontremos) y también con referencia a las exigencias mínimas de existencia del propio programa cumplimiento.

En este marco normativo, no encontramos escalas o parámetros sobre los que asignar valores a cada uno de los elementos del compliance, analizando su correcta implementación, razón por la cual existe mucho margen de discrecionalidad en la determinación de eficacia del programa, lo que abona la necesidad de protocolizar su valoración *en abstracto* para reducir el subjetivismo existente en la materia. Con ello avanzaremos en el objetivo final de conseguir prácticas estables que permitan a las personas jurídicas conjurar los riesgos de imputación en un proceso penal.

En consecuencia, nos encontramos con una página casi en blanco sobre cuáles deben ser los indicadores de idoneidad y eficacia de los programas de cumplimiento, que exige de la realización de estudios doctrinales integradores, avalados por la praxis jurisprudencial y por los contenidos de la Circular 1/2016 de la FGE, con el propósito de ofrecer una guía que oriente la actuación del Ministerio Fiscal y la del órgano judicial

---

contemplarse también aquellas conductas que contribuyan a impedir o dificultar su descubrimiento, así como la infracción del deber específico de poner en conocimiento del órgano de control los incumplimientos detectados a que se refiere el requisito cuarto».

<sup>85</sup> Auto JCI de 2 de junio de 2022, Auto JCI 35/2023, fundamento jurídico segundo; o el Auto JCI 36/2023, fundamento jurídico séptimo.

En este mismo sentido, vid. Ballesteros Sánchez, J., *Responsabilidad penal...*, op. cit., p. 419.

<sup>86</sup> Expresamente señala la Circular «que lo verdaderamente relevante a los efectos que nos ocupan es que la persona jurídica tenga un órgano responsable de la función de cumplimiento normativo, no que todas y cada una de las tareas que integran dicha función sean desempeñadas por ese órgano. Muchas de ellas incluso resultarán tanto más eficaces cuanto mayor sea su nivel de externalización, como ocurre por ejemplo con la formación de directivos y empleados o con los canales de denuncias, más utilizados y efectivos cuando son gestionados por una empresa externa, que puede garantizar mayores niveles de independencia y confidencialidad» (p. 48).

en la decisión de mantener a la persona jurídica en el proceso o, en caso de que se haya comprobado rigurosamente que la misma dispone de un programa de cumplimiento que pueda considerarse idóneo y eficaz en los términos de exigencia que hemos ido reflejando en este trabajo, acordar el archivo o sobreseimiento, evitando con ello los daños asociados a su posible encausamiento, cuando el mismo no resulte necesario ni oportuno, eliminado con ello, y muy especialmente, los daños reputacionales de la entidad.

#### 4. Bibliografía

- Acale Sánchez, M., «Derecho penal urbanístico, persona jurídica y compliance», *La Ley Compliance penal*, nº 6, julio-septiembre 2021.
- Aguilera Gordillo, R., «Los modelos de organización y gestión o 'compliance programs': requisitos del 31 bis 5 del Código Penal, la Circular 1/2016 FGE y consideraciones para la implementación», *Compliance Penal en España [Régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fundamentación analítica de base estratégica. Lógica predictiva y requisitos del «compliance program penal»]*, Madrid, 2018.
- Aránguez Sánchez, C., «El diseño de programas de prevención de delitos para personas jurídicas», *RECPC*, 22-20, 2020.
- Ballesteros Sánchez, J., *Responsabilidad penal y eficacia de los programas de cumplimiento normativo en la pequeña y la gran empresa*, Tírant lo Blanch, Ciudad de México, 2021.
- Carratalá Valera, V. M., «Las condiciones eximentes de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un estudio a la luz del artículo 31 bis del Código Penal», Exposición presentada en: V Edición Premios Susana Huerta, Madrid, 2023. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=CZOc6Yuv2IY>.
- Casanovas Ysla, A., «La norma UNE 19601 y los requisitos del Código Penal», en Gómez Jara Díez (coord.), *Persuadir y razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo II, Navarra, 2018.
- Darnaculleta I Gardella, M. M., «La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 20, 2009.
- De La Mata Barranco, N. J., «El órgano de compliance penal: algunas cuestiones», en A. Matallín Evangelio (dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia, 2018.
- Del Moral García, A., «Compliance en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: presente y perspectivas», en J. L. Gómez Colomer (dir.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad Penal*

- de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Valencia, 2019.
- Fernández Hernández, A., «Dos cuestiones relativas a los programas de cumplimiento penal: los criterios para medir su eficacia y el diseño de los mapas de riesgos», en Fernández Hernández, A./Matallín Evangelio, A. (dirs.), *Criminal Compliance Programs y Mapas de Riesgos*, Valencia, 2023.
- Gimeno Beia, J., Recensión a León Alapont, José (2023), «Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.<sup>a</sup> época, nº 30 (julio 2023).
- González Cussac, J. L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Valencia, 2020.
- «La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX (2019).
- Górriz Royo, E. M., «Criminal compliance ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo», *Indret*, octubre, 2019.
- Gutiérrez Pérez, E., «Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La 'eficacia e idoneidad' como principios rectores tras la reforma de 2015», *Revista General de Derecho Penal*, nº 24, 2015.
- Jiménez Carbayo, V., «La valoración de los delitos en un programa de compliance. El método Mosler como método de análisis y evaluación de riesgos penales», *Diario La Ley*, nº 8973, de 5 de mayo de 2017.
- León Alapont, J., *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del Compliance Penal Corporativo*, Valencia, 2023.
- «La prevención de delito ambientales en la era compliance: mapa de riesgos», en González Cussac (dir.), León Alapont (coord.), *Estudios jurídicos en Memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia, 2020.
- Magro Servet, V., «Hacia la creación del registro de expertos en programas de compliance», *Diario La Ley*, nº 9362, 2019.
- Malem Seña, J., «Códigos éticos corporativos y lucha contra la corrupción», en Arroyo Zapatero, L., y Nieto Martín, A., *Fraude y corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 2006.
- Maroto Rodríguez, Z. M., «Los programas de cumplimiento como forma de exoneración o atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica», *Gabilex*, nº 30, Junio 2022, <http://gabilex.castillalamancha.es>.

Miller, G., «An economic Analysis of Effective Compliance Programs», en Arlen (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2015.

Navarro Cardoso F., «A vueltas con la vieja delimitación entre ilícito administrativo e ilícito penal, a propósito de algunos nuevos problemas», en Demetrio Crespo, E. (dir.), *Derecho penal económico y Teoría del delito*, Valencia, 2020.

Neira Pena, A. M., «La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal», *Polít. crim. Vol. 11*, nº 22 (Diciembre 2016); [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_11/n\\_22/Vol-11N22A5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol-11N22A5.pdf).

Nieto Martín, A., «La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración», *Revista de Responsabilidad penal de personas jurídicas y Compliance*, Volumen 1, abril 2023.

— «Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo», *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, A. Nieto Martín (dir.), Valencia, 2015.

Palma Herrera, J. M., «Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de 'compliances'», en Palma Herrera, J.M., Aguilera Gordillo, R., *Compliances y responsabilidad corporativa*, Pamplona, 2017.

Pérez Ferrer, F., «Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento normativo (compliance)», *R.E.D.S.*, nº 13, Julio-Diciembre 2018.

Rayón Ballesteros, M. C., «Cuestiones controvertidas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en el proceso penal y la eficacia de los programas de cumplimiento», *Foro, Nueva época*, vol. 22, nº 1 (2019).

— «Los programas de cumplimiento penal: origen, regulación, contenido y eficacia en el proceso», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, LI 2018, 197-222.

Sánchez Sánchez, L. R., «Coso ERM y la gestión de riesgos», en *Quipukamayok, Revista de la Facultad de Ciencias Contables*, Vol. 23, nº 44, 2015.

Villanueva Fernández, M., «La certificación y la gestión de riesgos», en *Economía Industrial*, nº 396, 2015.

Villegas García, M. A./Encinar Del Pozo, M. A., «Hacia una guía de valoración de los programas de 'compliance' para el proceso penal», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 142, 2020.

# PODER ELEGIR MORIR SIN SUFRIMIENTO. UNA REFLEXIÓN SOBRE LA LEY ORGÁNICA 3/2021, DE 24 DE MARZO, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA<sup>1</sup>

Laura Pascual Matellán

Universidad de Salamanca

**Title:** *Being able to choose to die without suffering. A reflection on Organic Law 3/2021, of March 24, regulating euthanasia.*

**Resumen:** La Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia supone no solo la despenalización de la conducta, sino la conversión de la misma en un derecho, el derecho a solicitar la prestación de ayuda para morir. Sin embargo, lo que para muchos ha supuesto un avance en la conquista de los derechos para otros ha supuesto el triunfo de la muerte sobre la vida. Esta investigación persigue realizar una reflexión sobre esta Ley a través del análisis de la misma, de las voces de las personas que solicitan esta prestación y de los que, no tan convencidos con la misma, piden poner en el centro los cuidados paliativos.

**Palabras clave:** eutanasia; cuidados paliativos; garantismo; autonomía de la voluntad; libertad; dignidad.

**Abstract:** *Organic Law 3/2021, of March 24, on the regulation of euthanasia entails not only the decriminalization of the conduct, but the conversion of it into a right, the right to request the provision of help to die. However, what for many has meant an advance in the conquest of rights for others has meant the triumph of death over life. This research aims to reflect on this Law through its analysis, the voices of the people who request this benefit and those who, not so convinced with it, ask to put palliative care at the center.*

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación PID2020-117403RB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

**Keywords:** *euthanasia; palliative care; penal guarantees; autonomy of the will; freedom; dignity.*

**Sumario:** 1. La necesidad de reflexionar sobre la eutanasia. – 2. La vida como bien jurídico protegido. – 3. La indefinición del término eutanasia y algunas de sus consecuencias. Eutanasia, eugenesia, asesinato y suicidio. – 4. La eutanasia en el Código Penal español de 1995. – 4.1. La Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. – 4.2. Situaciones habilitantes para solicitar la prestación de la ayuda a morir. – 4.3. ¿Rigidez o garantismo en el procedimiento? La existencia de comisiones. – 4.4. Los cuidados paliativos y la eutanasia. – 5. Eutanasia y salud mental. – 6. La despenalización de la eutanasia activa ¿susceptible de inconstitucionalidad? – 6.1. Recursos de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. – 6.2. La posición del Tribunal Constitucional ante el deseo de morir en un contexto eutanásico. – 7. Conclusiones. – 8. Bibliografía. – 9. Otras fuentes.

## 1. La necesidad de reflexionar sobre la eutanasia

*La religión católica ha querido siempre monopolizar el miedo a la muerte, a las postrimerías, es su arma para conseguir tu obediencia. Por eso se opone a la eutanasia, porque es una forma de desdramatizar la muerte, es un derecho a dimitir cuando mi vida se degrada más allá de ciertos límites, porque la vida no es un valor absoluto.*

Salvador Paniker

El debate suscitado sobre la eutanasia se lleva arrastrando desde hace décadas y en él han participado filósofos del derecho, médicos, especialistas en bioética y, cómo no, penalistas. Desde diferentes enfoques, todos ellos aportaron sus conocimientos y reflexiones sobre un asunto que, sin duda, no ha sido fácil de legislar por el componente moral del mismo<sup>2</sup>. La discusión sobre la eutanasia, sea esta de corte moral o de corte jurídico o ambas cosas al mismo tiempo, parte necesariamente de la propia conceptualización de la eutanasia como una muerte buena (de acuerdo a su etimología)<sup>3</sup> y esto no deja de ser algo complejo y de difícil aceptación en una sociedad que esconde la muerte en hospitales y que pretende alargar la vida lo máximo posible.

A este respecto, nos encontramos con el bien jurídico protegido vida, y con derechos y principios esenciales, garantizados en nuestro ordenamiento, como la autonomía de la voluntad, la libertad y la dignidad humana.

<sup>2</sup> A este respecto, conviene consultar las tesis que consideran ilícita la eutanasia (desde la perspectiva religiosa, jurídica teórica y positiva) y las que la consideran lícita en A. M. Marcos Del Cano, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 123-175.

<sup>3</sup> Eutanasia es un término de origen griego «eu» significa buena y «thanatos», muerte.

El debate en torno a la eutanasia radica en la consideración de la misma, desde ciertos sectores, como un homicidio<sup>4</sup>. Esta creencia se basa en que, si matar consiste en privar del bien jurídico vida a alguien, con la eutanasia se hace exactamente lo mismo. Todo ello en la idea de que la vida es algo sobre lo que no se puede decidir<sup>5</sup>. Esta creencia sobre la disposición de la vida humana encuentra sus raíces en determinadas creencias religiosas y, como afirma Calsamiglia Blancafort, «quienes están en contra de la eutanasia no creen que sea posible negociar con creencias fundamentales»<sup>6</sup>. Esta es la razón por la que determinados sectores consideran que la eutanasia no solo es contraria a los valores religiosos y morales, sino que defienden su criminalización. Todo esto nos presenta un problema que está impregnado de prejuicios que evitan la necesaria aproximación «objetiva y racional»<sup>7</sup> que nos permitirían abordarlo en todas sus dimensiones y sin sesgos que interrumpan ese abordaje.

Por otro lado, y en contraposición con las voces afines al mantenimiento de la criminalización de la eutanasia, nos encontramos con el sector favorable a la despenalización de la misma. El principal argumento esgrimido para su defensa es el de la autonomía de la voluntad. Para que el derecho positivo adquiera la consideración de un buen derecho, debería, desde esta otra mirada, respetar la autonomía de las personas. Esto implica que el derecho positivo no les puede imponer a las personas decisiones que vayan contra su autonomía cuando esas decisiones no tengan trascendencia sobre terceros, sino únicamente sobre ellos mismos. Es decir, lo único que se perseguiría es eliminar el sufrimiento en personas que, por padecer una enfermedad/padecimiento grave y sin opciones de un tratamiento que mejore su estado, deciden voluntariamente no seguir viviendo y piden que se les garantice su derecho a una muerte digna. Esto ocurre principalmente con enfermos de esclerosis lateral amiotrófica (ELA), fases avanzadas de determinados tipos de esclerosis

<sup>4</sup> La Asociación de Bioética de la Comunidad de Madrid ha recogido doce argumentos contra la eutanasia. El argumento número diez va más allá de considerar un homicidio a la prestación de ayuda a morir a alguien que la solicita y se plantea: «¿Y si se mata con eutanasia a alguien que no quería, aunque sea sólo a uno?» y añade «para estar seguro que no haya ni una eutanasia injusta y no pedida, sólo hay un método: prohibir toda eutanasia». El argumento número once establece: «La eutanasia da demasiado poder al Estado... ¡poder para matar más personas!». Es decir, se acusa al Estado de matar a personas, lo que equivale a decir que se le acusa de cometer delitos de homicidio o asesinato cuyo sujeto pasivo serían los más vulnerables: «Cuando das poder al Estado para matar enfermos vulnerables, es muy difícil controlar cuántos y cómo los elimina, limitar su aplicación... e impedir que quiera ampliarlo a más y más personas molestas y eliminables». Véase: <https://abimad.org/12-argumentos-contra-la-eutanasia/> (última revisión realizada el 31/03/2022).

<sup>5</sup> Ideas sobre que la vida es sagrada y que solo Dios puede decidir sobre la misma están presentes en una parte del imaginario colectivo.

<sup>6</sup> A. Calsamiglia Blancafort, «Sobre la eutanasia», *Doxa*, nº 14, 1993, p. 339.

<sup>7</sup> F. Muñoz Conde, «Prólogo», en G. Jakobs, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 8.

múltiple, determinados tipos de cáncer, tetraplejia... La situación en la que se encuentran estas personas, así como las constantes reivindicaciones de algunas de ellas pidiendo una muerte digna no han sido suficientes (ni siquiera mostrando su sufrimiento diario) para que los opositores a esta medida se replanten sus posturas; pues, por mucho sufrimiento y padecimiento que se alegue, nunca será, a sus ojos, peor que el privar de la vida humana.

«En un debate sobre la eutanasia entre el Gran Rabino de Londres y el Dr. Barnard –que tuvo lugar en Oxford en marzo de 1992-, el Gran Rabino no sólo mantuvo que la vida humana era sagrada, sino también que el sufrimiento era bueno porque la gente que comparte el sufrimiento de los demás se vuelve mejor. El argumento del Rabino es erróneo, no sólo porque trata a los seres humanos como medio, sino porque justificaría que torturar mejora a quien comparte el sufrimiento del torturado. ¿Volveremos a la ejecución pública por su valor educativo? Si el argumento del rabino es correcto, ¿por qué no volvemos a la tortura o a los campos de concentración? (...) El Rabino hablaba desde un punto de vista religioso y moral, mientras que el Dr. Barnard hablaba desde la perspectiva del hombre que trabaja diariamente con la enfermedad, el sufrimiento y la muerte»<sup>8</sup>.

En España, el caso de Ángel Hernández fue el último impulso que se necesitaba para la entrada en vigor de la Ley orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Ángel Hernández ayudó a morir a su mujer, María José Carrasco, enferma de esclerosis múltiple, en 2019. Ella le había pedido en numerosas ocasiones que la ayudara a morir y fue en 2018 cuando, después de llegar su enfermedad a un estado irreversible que le ocasionaba no sólo una pérdida inmensa de la movilidad, sino unos fuertes dolores, tomaron la decisión de llevar a cabo el hecho. Fue acusado por un delito de cooperación al suicidio, pero lo más llamativo es que su caso se trasladó a un juzgado de violencia de género. La Fiscalesía retiró la acusación contra Ángel Hernández alegando la aplicación retroactiva de la modificación del *Código Penal* introducida por la Ley de *Eutanasia*, por considerar que se encuentra en un supuesto legalmente autorizado<sup>9</sup>. En palabras de Ángel Hernández:

«Ayudar a morir debido al sufrimiento que está padeciendo una persona. Si yo hubiera seguido viéndola sufrir, habría sido un torturador. Lo que pasa es que en este país al torturado se le premia con el mito del cielo

<sup>8</sup> A. Calsamiglia Blancafort, op. cit., p. 339.

<sup>9</sup> A pesar de que la ley de eutanasia no despenaliza los supuestos en los que la ayuda a morir no es llevada a cabo por un médico, se ha entendido que en el caso de Ángel Hernández su mujer podría haber acudido a la ley de eutanasia para solicitar el procedimiento previsto.

y al torturador se le ponen medallas. Sabemos cómo funciona la moral religiosa en España»<sup>10</sup>.

Hay que tener en cuenta que son los sectores más conservadores, partidarios de una moral religiosa rígida, los que tradicionalmente se han venido oponiendo a la legalización de la eutanasia. Como ocurre con otros debates penales, este llega a la prensa y la prensa lo dirige con el objetivo generar opinión pública<sup>11</sup>. Esto encaja perfectamente en lo que se conoce como «teoría del establecimiento de la agenda» o «teoría de la *agenda setting*», pues lo que viene a señalar esta teoría es que los medios de comunicación tienen el poder o la capacidad de poner en el centro del debate público un determinado asunto y conseguir suscitar en la ciudadanía interés por el mismo. A todo esto hay que añadirle no sólo la importancia con la que consiguen dotar aquello que quieren que sea noticia, sino y, esto es especialmente importante, el enfoque que debe darse a la misma<sup>12</sup>. Tanto es así que, como señalaré más adelante, a pesar de que la ciudadanía española se ha mostrado mayoritariamente favorable a la despenalización de la eutanasia, la prensa más conservadora, como ocurre en el caso de *Libertad Digital*, ha intentado reconducir el debate en una determinada dirección. A este respecto, la periodista Cristina Losada escribió un artículo en el que manifiesta su rechazo a la legalización de la eutanasia y acusa a los partidarios de la misma de no tener formación suficiente sobre el asunto, de acudir al populismo y de querer acabar con los más desfavorecidos del estrato social.

«Sin atender a la experiencia, sin documentarse, sin ver los pros y los contras, sin estudiar los riesgos y los posibles efectos nocivos es como se va a legalizar la eutanasia en España. Lo quiere hacer el Gobierno de Sánchez, y lo hará con el apoyo de otros partidos, convencidos todos ellos de que la eutanasia es de lo más progresista y moderno o persuadidos simplemente por los sondeos. Y van a despachar a los que se opongan como escoria reaccionaria, ultracatólica, que quiere que se muera con dolor. Las falsedades habituales. ¡Pero si los creyentes son ellos! (...) Los perjudicados estarán, como indica la experiencia, en los grupos de población más vulnerables: los ancianos, los residentes en asilos, las personas con discapacidad, los pobres, los menos formados y los que sufren trastornos psiquiátricos. Pero, sí, la eutanasia es muy progresista. Como lo fue la eugenesia. Está pensada para los desfavorecidos»<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> <https://www.publico.es/sociedad/entrevista-angel-hernandez-eutanasia-muerte-digna.html> (última revisión realizada el 28/09/2021).

<sup>11</sup> A pesar de que el debate (tanto bioético como jurídico) sobre la eutanasia es un debate que siempre ha estado presente, se ha agudizado en los últimos tiempos ante su posible despenalización.

<sup>12</sup> Se cumplirían, en este caso, los dos niveles de la *agenda setting*. J. Antón Mellón, G. Álvarez Jiménez y P. A. Pérez Rothstein, «Medios de comunicación y populismo punitivo en España», *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 9, septiembre, 2015, p. 38.

<sup>13</sup> <https://www.libertaddigital.com/opinion/cristina-losada/la-eutanasia-que-viene-88059/> (última revisión realizada el 28/09/2021).

El fragmento citado es un ejemplo, de los muchos que pueden encontrarse en los medios de comunicación, del enfoque adoptado por la prensa partidaria del mantenimiento de la criminalización de la eutanasia y que constituye, en mayor o menor medida, una aproximación al relato que impregna el imaginario de los detractores de la despenalización. Esto nos devuelve al viejo, pero no totalmente agotado, debate sobre la vida como bien jurídico protegido.

## 2. La vida como bien jurídico protegido

El artículo 15 del texto constitucional español consagra el derecho a la vida, pero esta afirmación no está exenta de matices: la Constitución no establece el derecho fundamental a la vida, sino la prohibición de atentar contra la vida de terceras personas. En la búsqueda de referente externos, el derecho penal acude a la Constitución y allí es donde se encuentra con él. El gran valor de la vida hace que el Código Penal inicie su parte especial, su ordenación sistemática, con los delitos contra la vida *Del homicidio y sus formas* (Libro II, Título I).

Las implicaciones del «derecho a la vida» son difíciles de establecer por las connotaciones filosóficas, jurídicas, incluso poéticas, que tiene el mismo. En este momento se inicia una problemática a la que me trataré de acercar.

El sector que se opone a la despenalización de la eutanasia, basándose en lo dispuesto en la Constitución Española, considera que la vida humana debe ser objeto de protección. Esta interpretación implicaría que la vida humana tendría que protegerse sin tener en cuenta si el titular de ese bien jurídico protegido «vida» desea morir o seguir viviendo<sup>14</sup>. Asimismo, estos autores consideran mayoritariamente que de la existencia del derecho a la vida se van a derivar dos tipos de obligaciones: un no hacer (no realizar ninguna conducta que atente contra él) y otra de hacer (consistente en protegerlo). En palabras de Marcos Del Cano:

«El bien jurídico protegido por la norma no estaría supeditado a la decisión del individuo, es decir, con respecto a él estarían excluidos todos los tipos de actos de disposición. La autonomía del enfermo se vería limitada por el deber de respeto a la propia vida, y (...) su consentimiento no podría justificar la actuación del tercero»<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> A este respecto puede consultarse M. A. Núñez Paz, «Necesidad de un concepto pre-legal de eutanasia, aspectos constitucionales y otras precisiones sobre la proposición de 'ley orgánica de regulación de la eutanasia' en España. Intervención de terceros en la muerte deseada y política legislativa», *Revista General de Derecho Penal*, nº 34, 2020, p. 18.

<sup>15</sup> A. M. Marcos Del Cano, op. cit., p. 131.

A su vez, siguiendo con la línea de pensamiento anterior, la vida es concebida como un derecho irrenunciable que no tiene límites, dado que el único límite al que podríamos referirnos es a la muerte del sujeto y esto haría imposible la colisión con otros derechos<sup>16</sup>.

Todo apunta a que estos autores consideran que la vida es el derecho humano principal, que debe primar sobre los demás y siempre prevalecer en caso de conflicto. De acuerdo a esta forma de enfocar el asunto, la colisión del derecho a la vida con la autonomía de la voluntad o la libertad implicaría que siempre debe conservarse la vida porque es el derecho humano principal y todos los demás deben ceder frente a él.

Sin embargo, esta posición no solo no es unánime, sino que tampoco es mayoritaria. Existe otro sector doctrinal que realiza una interpretación del derecho a la vida (recogido en el art. 15 de la Constitución Española) integradora y sistemática. En este sentido, entiende que el artículo 15 del texto constitucional debe ser puesto en relación con lo dispuesto en los artículos 1 y 10.1 del mismo que reconocen la libertad y la dignidad humana respectivamente. En este sentido se posicionan Cobo Del Rosal y Carbonell al considerar que todos los derechos fundamentales emanan del derecho a la dignidad humana<sup>17</sup>. En la misma línea integradora encontramos las aportaciones de Gimbernat al relacionar el derecho a la vida con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad humana, a la libertad ideológica y a la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes<sup>18</sup>. Por seguir apuntando en la misma dirección, Muñagorri Laguía señala que:

«El derecho a la vida del artículo 15 constitucional se integra así por la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 que son sus soportes. Y si difícilmente puede entenderse la dignidad sin libertad, ésta debe también integrar el derecho a la vida desde su presencia como valor superior del ordenamiento jurídico en el artículo primero de la CE, y desde su protección como derecho fundamental en el artículo 17»<sup>19</sup>.

No obstante, hay otras formas de plantear la cuestión que no encajarían exactamente con ninguna de las dos miradas anteriores. En un artículo publicado recientemente, Romeo Casabona afirma sentirse cómodo con el sector doctrinal que sostiene que no existe un derecho a disponer de la propia vida (derecho a morir), sino «una libertad o facultad, no exi-

<sup>16</sup> A. Torres Del Moral, *Principios de Derecho Constitucional Español 1*, Ateneo, Madrid, 1985, p. 388.

<sup>17</sup> M. Cobo Del Rosal y J. C. Carbonell, «Conductas relacionadas con el suicidio. Derecho vigente y alternativas político-criminales», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Homenaje al Profesor J.A. Sáinz Cantero*, 1987, p. 66.

<sup>18</sup> E. Gimbernat Ordeig, «Eutanasia y Derecho Penal» en *Ídem, Estudios en Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 53.

<sup>19</sup> I. Muñagorri Laguía, *Eutanasia y Derecho Penal*, Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994, p. 102.

gible constitucionalmente (...), de disponer de ella por uno mismo (...) tampoco existe el deber de vivir contra la propia voluntad de no continuar viviendo no haya sido provocado o instigado por terceros (...) Al no ser el derecho a la vida renunciable, aunque tampoco absoluto»<sup>20</sup>.

Por todo lo dispuesto, y salvo para el primer grupo de autores, el resto de la doctrina parece, en mayor o menor medida, afirmar que el derecho a la vida no es un derecho inviolable sobre el que no quepa ningún matiz, sino que va a ser un derecho graduable y susceptible de ser ponderado en los supuestos en los que este entra en colisión con otros derechos o con otros intereses.

De acuerdo con el constitucionalista Requena López, en el marco del sistema jurídico, el derecho a la vida «no incorpora facultades propias, sino exclusivamente obligaciones ajenas»<sup>21</sup>. Todo esto encaja con cómo el *ius puniendi* no está protegiendo el derecho a la vida de la persona que fallece, sino el bien jurídico vida. En la Constitución no se recoge el derecho a morir, por lo que, si vamos al caso que nos ocupa, la eutanasia, no se podrá acudir al mismo. Por el contrario, el derecho a la vida tampoco se ejerce en una despenalización de esta conducta, con lo que nos encontraríamos es con una decisión libre y con la autonomía de la voluntad humana en el deseo de no seguir viviendo.

En plena consonancia con lo anterior, no podemos olvidarnos de la sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990 de 27 de junio de 1990 que estableció que el art. 15 CE, artículo que recoge el derecho a la vida de todos los seres humanos, no estaría incluyendo el derecho a la propia muerte y, por tanto, ese derecho a la propia muerte no podría ser considerado un derecho fundamental<sup>22</sup>.

Por otro lado, conviene insistir en lo reseñado con anterioridad y es que el hecho de que la tradición religiosa haya conseguido que se interrice la idea de que la disposición de la vida humana solo le corresponde a Dios resulta imprescindible para entender la polémica suscitada en torno a la eutanasia, dado que pone de manifiesto que, con independencia de cuáles sean tus intereses o tu situación, no dispones de ninguna vida humana (un hecho que no sólo se refiere a conductas como el homicidio o el asesinato, sino también al suicidio, al aborto o la eutanasia).

<sup>20</sup> C. M. Romeo Casabona, «La Ley Orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del Código Penal», *Revista penal*, nº 49, 2022, p. 162.

<sup>21</sup> T. Requena López, «Sobre el derecho a la vida», *Revista de Derecho constitucional europeo*, nº12, 2009, p. 289.

<sup>22</sup> Esta es una de las sentencias a las que más se recurre en los debates sobre la eutanasia porque pone de manifiesto la consideración del tribunal sobre la propia vida. Hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional lo que hizo en la citada sentencia fue autorizar y obligar a la administración penitenciaria a alimentar y a asistir médicaamente contra su voluntad a los reclusos pertenecientes al GRAPO que se pusieron en huelga de hambre en prisión.

No obstante, encontramos situaciones en las que la vida puede ser vulnerada y que además han calado socialmente, y tienen una aceptación mayoritaria, también en los sectores más integristas y conservadores de la sociedad, que son los que comúnmente se oponen a la eutanasia y al aborto.

Uno de estos supuestos donde el bien jurídico vida podría ser vulnerado y que aparece regulado como eximiente de la responsabilidad en el Código Penal es el de legítima defensa (art. 20.4 CP)<sup>23</sup>.

Por otro lado, tendríamos la guerra y, en la medida de que no ha habido todavía una guerra que no se haya saldado con vidas humanas, no hay guerras sin muertos. Si bien esto no significa que exista un consenso social favorable a la guerra, sí existe, al menos, una aceptación de la guerra cuando es iniciada contra el propio país, lo que favorece la defensa de no permanecer impasible ante determinados ataques o conflictos armados. Véanse casos como el de Israel contra Palestina, Rusia contra Ucrania, el nazismo, la guerra civil española... Adoptar una posición pacífica ante determinadas situaciones no es algo que la sociedad exija porque no hay paz ante el ataque.

La pena de muerte es otro de los supuestos que está aceptado en muchas sociedades. Esta aceptación permite que esta aberrante medida de corte generalmente retributivo<sup>24</sup> siga en vigor en numerosos países y en varios estados de los Estados Unidos.

Otro ejemplo lo encontramos en la situación de los ancianos que no tuvieron derecho a asistencia sanitaria (y con ello se negó el correspondiente derecho a ingresar en una UCI) durante la pandemia de la COVID-19 al considerarse que, ante recursos escasos, se le negaría el acceso a los que tuvieran menos posibilidades de superar la enfermedad.

Todo ello nos indica que en numerosas ocasiones la vida se vulnera y se permite su vulneración. El derecho a la misma deja de ser sagrado y su defensa, por parte de determinados colectivos, se tiende a limitar a los supuestos de aborto y eutanasia.

<sup>23</sup> Véase un ejemplo de esta aceptación por parte del partido (favorable a la penalización del aborto y de la eutanasia) VOX. <https://www.hayderecho.com/2019/04/14/salvini-vox-y-la-legitima-defensa/> (última revisión realizada el 25/09/2021). En el mismo sentido, el catecismo admite la legítima defensa. Véase A. D'ORS, «La legítima defensa en el nuevo catecismo de la Iglesia Católica», *Verbo: Revista de formación cívica y de acción cultural, según el derecho natural y cristiano*, nº 365-366, 1998, p. 464.

<sup>24</sup> La pena de muerte puede tener una finalidad retributiva (en caso de apostar por una finalidad no utilitarista de la pena). No obstante, esta medida puede defenderse desde posiciones de prevención general y prevención especial negativa.

### 3. La indefinición del término eutanasia y algunas de sus consecuencias. Eutanasia, eugenesia, asesinato y suicidio

Hay un aforismo en el *Tractatus Logico-Philosophicus*, obra escrita por el filósofo del lenguaje Ludwig Wittgenstein, al que me gusta acudir con frecuencia: «Los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo». En plena consonancia con esta reflexión se encuentra la problemática derivada de la desconceptualización de la eutanasia en la idea de que el término eutanasia es interpretado intencionadamente, en una u otra dirección, por aquellos que lo utilizan convirtiendo el debate de la eutanasia en «un galimatías, en una babel de lenguas donde los distintos sujetos que participan en él usan los mismos términos pero hablan de cosas diferentes»<sup>25</sup>. El problema terminológico no es otra cosa que el uso del mismo lenguaje, pero dotándolo de un significado diferente. Por tanto, si el objetivo es abordar el tema de la eutanasia con la mayor meticulosidad posible, esta debería conceptualizarse y evitar la ambigüedad en los contornos. La ambigüedad conlleva a equiparar la eutanasia con la eugenesia, el asesinato, el suicidio o el aborto.

Uno de los grandes temores derivados de la legalización de la eutanasia es la relajación de la defensa del derecho a la vida, un hecho que abriría una puerta peligrosa. Este argumento es defendido haciendo alusión a la eugenesia durante el nazismo. Si recordamos el párrafo citado anteriormente y extraído del artículo de Cristina Losado, nos daremos cuenta de que ahí aparece también la palabra eugenesia. No obstante, los nazis nunca tuvieron una política eutanasica, como bien afirma Calsamiglia Blancafort, sino genocida<sup>26</sup>, puesto que no pretendían ayudar a morir dignamente a enfermos graves que se encontraban en una fase terminal y extremadamente dolorosa o causadora de sufrimiento enorme sin posibilidad de cura, sino que se realizaba sin consentimiento a personas categorizadas como enemigos o cuya aportación social era considerada nula. Por otro lado, Gascón Abellán hace referencia a la eutanasia social y a la eutanasia eugenésica como vías para provocar la muerte de seres humanos, pero de determinados seres humanos: personas que conviven con una diversidad funcional, personas con algún tipo de discapacidad psíquica, con alteraciones o deformidades, afectadas por epilepsia, entre otras. Estas eran privadas de su vida no por la compasión que inspira la denominada eutanasia piadosa, sino por la repercusión económica que tiene para el Estado. Por esta razón, coincido con Gascón Abellán, en estas supuestas eutanasias contribuyen a la contaminación del concepto,

<sup>25</sup> M. Gascón Abellán, «¿De qué hablamos cuando hablamos de eutanasia?», *Humanitas. Humanidades Médicas*, vol.1, nº 1, Enero-Marzo, 2003, p. 16.

<sup>26</sup> A. Calsamiglia Blancafort, op. cit., p. 342.

no pudiendo ser consideradas como tales por no ser más que una forma de genocidio enmascarada bajo la nomenclatura de eutanasia<sup>27</sup>.

En lo que respecta a la equiparación de la eutanasia con el asesinato, podría señalarse que lo único que tienen en común es que ambos hechos ponen fin a la vida de la persona. A este respecto, hay que recalcar que el asesinato no persigue una función humanitaria ni de ayuda a un ser humano. Es decir, que la finalidad de acabar con la vida humana en el asesinato y en la eutanasia no es la misma. El asesinato no pretende disminuir el dolor o sufrimiento de una persona; en cambio, sí es lo que persigue la eutanasia: terminar con el dolor y el padecimiento extremo de quien, víctima de una enfermedad sin tratamiento que pueda mejorar la condición del paciente y que podría o no tener como desenlace la muerte, causa tal sufrimiento que se quiere evitar prolongar el mismo. En la eutanasia el paciente desea esa muerte y así lo ha manifestado debido a no querer vivir con el daño que le está provocando la enfermedad o padecimiento que sufre, siendo plenamente consciente de que no existe posibilidad alguna de mejora. En el caso del homicidio o del asesinato no es así, ni siquiera en el homicidio consentido (situación que plantearía más problemas o una mayor reflexión), en el que el paciente no es un enfermo muy grave o en situación terminal. Tanto es así que, incluso durante la penalización de la eutanasia, antes de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, las penas previstas para estos supuestos eran considerablemente inferiores a las penas de homicidio y asesinato, un hecho que nos advierte que para el legislador son formas diferentes de terminar con la vida humana.

La eutanasia se asemeja al suicidio en la voluntariedad de poner fin a la propia vida. Lo que diferencia al suicidio de la eutanasia es que en el caso del suicidio la persona que quiere morir es la que termina con su propia vida y en la eutanasia se requiere la intervención de un tercero. A su vez, en el suicidio la persona no tiene por qué padecer una enfermedad grave<sup>28</sup>. A este respecto, conviene recordar, con Del Rosal Basco, que el Código Penal no penaliza el suicidio, no hay en el comportamiento suicida antijuricidad<sup>29</sup>. En cambio, sí lo son otros comportamientos de participación en el suicidio los que se penalizan, como la inducción al suicidio (art. 143.1 CP)<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> M. Gascón Abellán, op. cit., p. 19.

<sup>28</sup> A este respecto y defendiendo una clara relación entre suicidio y eutanasia, se posiciona C. Juanatey Dorado, «Notas históricas sobre el suicidio y la eutanasia», *Humanitas. Humanidades Médicas*, vol.1, nº 1, Enero-Marzo, 2003, pp. 25-34.

<sup>29</sup> B. Del Rosal Blasco, «La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 40, 1987, p. 84.

<sup>30</sup> En este sentido, se sitúa también Muñagorri Laguía al señalar que «tal despersonalización hace quebrar, por sí misma, una consideración absoluta de la protección a la vida». I. Muñagorri Laguía, op. cit., p. 42.

## 4. La eutanasia en el Código Penal español de 1995

Fue con la entrada en vigor del Código Penal de 1995 cuando puede afirmarse que en España la eutanasia tuvo un abordaje legal. La anterior codificación, del año 1973, posibilitaba la resolución de los supuestos eutanásicos a través de las formas de participación punibles en el suicidio, que aparecían recogidas en el art. 409 de este Código Penal<sup>31</sup>. En el caso de que se tratara de supuestos en los que no se acababa con la vida de alguien que deseaba morir, sino que se omitía su socorro o auxilio, se aplicaba la pena correspondiente al delito de omisión del deber de socorro. Sin embargo, la gran novedad en esta materia ha venido de la mano de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Hay que tener en cuenta que la despenalización de la eutanasia activa era algo mayoritariamente aceptado (de acuerdo a las encuestas realizadas a la población)<sup>32</sup>, pero esto no implica, como ya he señalado, que estemos ante un debate cerrado. Hoy en día existe un sector, eso sí, minoritario, que sigue rechazando la despenalización de esta práctica, por no hablar de los escépticos que si bien no se oponen a la despenalización de la conducta, tampoco se muestran convencidos con la reforma del Código Penal, por sentirse más cómodos y consecuentemente querer poner en el centro del debate la importancia de los cuidados paliativos, lo que no implicaría exactamente un rechazo a la legalización de la eutanasia activa<sup>33</sup>. En definitiva, la sensibilidad de la temática, así como sus raíces, me llevan a afirmar que seguimos sin conseguir un consenso social, creo que costará conseguirlo, a pesar de que una mayoría de la población se muestre partidaria de su despenalización.

### 4.1. La Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia

La Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (LORE) añade una nueva prestación sanitaria a la cartera de servicios del sistema nacional de salud español que consiste en la posibilidad de

<sup>31</sup> C. M. Romeo Casabona, op. cit., p. 163.

<sup>32</sup> Comparto en este sentido la idea de aceptación con M. A. Núñez Paz, op. cit., p. 36 y me distancio de lo señalado por Romeo Casabona, que considera que esa aceptación social no estaría tan clara. C. M. Romeo Casabona, op. cit., p. 166. En cualquier caso, es muy recomendable la consulta de D. García Magna, «La opinión pública sobre la eutanasia en España ante una inminente reforma penal», *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, nº extra 7, 2021, pp. 1-19.

<sup>33</sup> Romeo Casabona califica los cuidados paliativos como «un paso obligado más humano y humanitario, antes que un ofrecimiento de la eutanasia». «Se hubiera debido enfatizar en esta ley el derecho a los cuidados paliativos (...) siendo en todo caso preferible una ley específica sobre los cuidados paliativos». C. M. Romeo Casabona, op. cit., pp. 163, 164 y 167. En los cuidados paliativos me centraré más adelante.

solicitar (siempre que exista un contexto eutanasíco) la prestación de ayuda a morir, sea tanto eutanasia como suicidio médicaamente asistido. Esta ley contempla la objeción de conciencia de los profesionales cuyos valores se hacen incompatibles con la participación o colaboración con alguna o la totalidad de las partes del proceso de la eutanasia.

Esta ley no va a perseguir únicamente la despenalización de la eutanasia activa en España, sino que su sentido es mucho más profundo al reconocer un derecho subjetivo y una nueva prestación sanitaria.

En 2021, España, al igual que habían hecho anteriormente Canadá, Luxemburgo, Bélgica y Holanda<sup>34</sup>, pasó a formar parte de los primeros países del mundo, concretamente el séptimo, que han despenalizado la eutanasia. La ley, promovida por el PSOE y Unidas Podemos, fue aprobada en el Congreso de los Diputados con 202 votos a favor, 141 en contra y 2 abstenciones. Los votos en contra provenían del Partido Popular, de VOX y de UPN.

La Ley, tal y como aparece recogido en el Preámbulo, persigue dar una respuesta jurídica garantista sobre un tema que ha generado un profundo debate social desde hace décadas y con ella se introduce el derecho individual a la eutanasia. Este debate social no es más que una demanda social a la que se pretende dar respuesta<sup>35</sup>. La Ley trata de compatibilizar el derecho a la vida, a la integridad física y moral con la dignidad humana, con la autonomía de la voluntad y con la libertad. En otras palabras, persigue el respeto de la autonomía de la voluntad de aquella persona que decide que ya no quiere seguir viviendo porque está padeciendo una enfermedad grave e incurable o que se encuentra en una situación que le provoca un padecimiento extremo y para el que no existen posibles mejoras.

Sin embargo, el sentido garantista de esta ley está enfocado a que la decisión de poner fin a la vida sea una decisión libre, con pleno conocimiento, y en la que no intervengan presiones o condicionantes fruto de una mala situación social, económica o familiar que pudieran deter-

<sup>34</sup> Son muy pocos los países en los que la eutanasia se ha despenalizado. Aparte de los citados, tanto en Estados Unidos como en Australia existen zonas donde está permitida la eutanasia. En el caso de los Estados Unidos, conviene señalar que, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto español, sólo se permite la eutanasia cuando la enfermedad grave se encuentra en una fase terminal (un pronóstico de esperanza de vida no superior a los seis meses). Colombia la despenalizó en 1997 y se convirtió en el único país de América Latina que ha adoptado esta medida. Para más información sobre la eutanasia en los distintos países se puede consultar C. Velasco Bernal y J. M. Trejo Gabriel Galán, «Leyes de Eutanasia en España y en el mundo: aspectos médicos», en *Atención primaria*, nº 54, 2022.

<sup>35</sup> Según una encuesta del CIS realizada del 7 al 25 de enero de 2021, el 72.4% de los españoles está a favor de la eutanasia, el 10% está en desacuerdo y un 5% está totalmente en desacuerdo. <https://www.infosalus.com/salud-investigacion/noticia-siete-cada-diez-personas-espana-favor-eutanasia-frente-15-contra-cis-20210128125124.html> (última revisión realizada el 06/03/2022).

minar la decisión, así como tomarla de forma apresurada. Por ello, se realizará una valoración tanto de la persona que solicita ponerle fin a su vida como de la persona ejecutora. También se garantizará la objeción de conciencia para el personal médico que, con independencia del motivo, no deseé ayudar a morir.

La Ley está constituida por cinco capítulos, siete disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

#### *4.2. Situaciones habilitantes para solicitar la prestación de la ayuda a morir*

En el capítulo I se establece el objeto de esta ley y su ámbito de aplicación. En lo que respecta y, como no podía ser de otra forma, al objeto de esta ley (tal y como se señala en el art. 1) se trata del derecho a recibir la ayuda que se necesita para morir, siempre y cuando la persona que solicita esa ayuda cumpla con los requisitos necesarios para poder hacerlo. En cuanto al marco de actuación, recogido en el art. 2, comprende a todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas que actúen o se encuentren en territorio español. En el art. 3 se hace un ejercicio de esclarecimiento terminológico y se define el consentimiento informado; el padecimiento grave, crónico e imposibilitante; la enfermedad grave o incurable; el médico responsable; el médico consultor; la objeción de conciencia sanitaria y la prestación de ayuda a morir.

El capítulo II expone, concretamente en el art. 5, los requisitos que deben reunir las personas para poder solicitar la ayuda para morir. Hay que tener en cuenta que la solicitud la realiza el paciente y esta va dirigida al médico responsable del paciente. A modo de paréntesis, es importante señalar que la despenalización de la conducta excluye la prestación de la ayuda a morir por parte de personas que no sean médicos. Esto nos llevaría a que los supuestos en los que las personas que, dentro del marco de un contexto eutanásico, ayuden a morir a su familiar, amigo, etc. enfermo (previa solicitud por parte del mismo) tendrían responsabilidad penal (aunque podría aplicarse una atenuación de la pena de acuerdo al art. 143.4 del CP o incluso podría aplicarse la exención de la responsabilidad criminal del art. 20.1 CP, la atenuante genérica del art. 21.1 CP y la analógica del 21.7 CP). Volviendo a lo que nos ocupa, el médico responsable al que se le debe presentar la solicitud no tiene que ser un médico de una especialidad concreta, puede ser desde un médico de familia hasta un cardiólogo, oncólogo, neurólogo, etc. (esto va a depender mucho de la patología que tenga el paciente que solicita la prestación de ayuda a morir). Este paciente, de acuerdo a esta ley, tiene que ser una persona mayor de edad (posiblemente por los dilemas morales que se derivan de la eutanasia infantil, quedando también excluida la eutanasia

neonatal)<sup>36</sup>, de nacionalidad española o residencia legal en España o que tenga un certificado de empadronamiento que acredite un tiempo de permanencia en este país superior a un año (con ello el legislador pretende evitar el turismo eutanásico<sup>37</sup>), con plena capacidad de obra y decisión, que consienta informadamente y que padezca o bien una enfermedad grave e incurable que supone un sufrimiento tanto físico como psíquico que se le hace insopportable o un padecimiento de gravedad que sea imposibilitante y crónico. Cuando se alude a enfermedad grave e incurable no significa que el paciente se encuentre en la fase terminal de la enfermedad, bastaría con que la padeciera y esta le causara fuertes dolencias físicas o psíquicas. En lo que respecta al padecimiento grave, crónico e imposibilitante, en la Ley se hace referencia «a una persona afectada por limitaciones que inciden directamente sobre su autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no pueda valerse por sí misma» y de nuevo incide en lo que es fundamental para el legislador, que es el «sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable». Esta persona tendrá que formular dos solicitudes voluntariamente y por escrito sin que medie presión externa y que entre ambas haya una distancia temporal de mínimo 15 días. La solicitud debe ser formulada por el paciente por escrito y deberá ir acompañada por la rúbrica del médico responsable. Si por la enfermedad que padeciera el paciente, el médico considerara que existen bastantes opciones de que la persona perdiera la posibilidad inminente de prestar consentimiento informado podría optar por un periodo de tiempo (entre ambas solicitudes) inferior al previsto en la legislación vigente<sup>38</sup>.

Por último, el art. 7 se refiere a la denegación de la prestación de la ayuda a morir, que será realizada por escrito, de manera motivada por el

<sup>36</sup> A este respecto puede consultarse M. E. Martín Hortigüela, «Análisis del debate sobre la eutanasia neonatal a través de la literatura actual», *Cuadernos de Bioética*, XXVI, 2015, pp. 223-239 y J.P. Beca y A. Leiva, «¿Es aceptable la eutanasia en niños?», *Revista chilena de pediatría*, vol. 85, nº 5, 2014, pp. 608-612. El caso de Noa Pothoven, menor de edad a la que se le denegó la eutanasia en Holanda y que terminó suicidándose en el año 2019 (al dejar de ingerir alimentos y de beber agua), invita a reflexionar sobre esta problemática y a esforzarse por encontrar la mejor solución posible. [https://elpais.com/sociedad/2019/06/04/actualidad/1559672340\\_968899.html](https://elpais.com/sociedad/2019/06/04/actualidad/1559672340_968899.html) (última revisión realizada el 04/04/2022).

<sup>37</sup> En este sentido, conviene recordar el caso de Suiza que permite que a través de un certificado médico en el que se señale que se padece una enfermedad terminal y que se ha pasado por una terapia (y aun así se mantiene el deseo de morir) se podría solicitar esta prestación. Esto ha favorecido que numerosos ciudadanos de distintas nacionalidades viajen a este país para recibir la eutanasia. [https://www.elconfidencial.com/mundo/2016-07-05/eutanasia-suiza-turismo-muerte\\_1227670/](https://www.elconfidencial.com/mundo/2016-07-05/eutanasia-suiza-turismo-muerte_1227670/) (última revisión realizada el 04/04/2022).

<sup>38</sup> A pesar de que yo me muestro favorable a acortar este tiempo de reflexión en las situaciones concretas que establece la Ley, hay voces críticas, como la de Romeo Casabona que señala «que puede llevar a prescindir del fundamento de esta garantía de reflexión». C. M. Romeo Casabona, op. cit., p. 171.

médico responsable. Por dicha motivación (art. 7.2) se puede interponer una reclamación ante la Comisión de Garantía y Evaluación competente.

#### *4.3. ¿Rigidez o garantismo en el procedimiento? La existencia de comisiones*

El capítulo III regula el procedimiento para la realización de la prestación de ayuda para morir y las garantías que rodean su práctica. Por esta razón, se crean las Comisiones de Garantía y Evaluación, cuya función es la verificación previa y el control posterior de respeto a esta ley y a los procedimientos que aparecen establecidos en ella. De acuerdo a esta ley, cada comunidad autónoma debe constituir obligatoriamente una Comisión de Garantía y Evaluación y, a partir de aquí, se podría llegar a plantear un problema. En palabras Payán Ellacuría:

«La convivencia de esta LO con las diversas leyes autonómicas sobre la materia puede resultar difícil si no se repara debidamente en el marco competencial delimitado en el art. 149.1. 16.<sup>a</sup> CE, cuyas bases y coordinación general fija el Estado, correspondiendo su desarrollo a las Comunidades Autónomas. Esta tarea debe realizarse en condiciones de equidad; sin ir más lejos, en cuanto al funcionamiento de las Comisiones de Control y Evaluación. Lo contrario podría llevar a una vulneración del art. 14 CE, en relación con el principio de igualdad, y a un ‘turismo interior sanitario’»<sup>39</sup>.

Más allá de la problemática derivada de esta cuestión, hay que tener en cuenta que la intervención de estas comisiones, que son órganos administrativos, está dirigida a analizar si en cada uno de los casos el paciente tiene derecho a solicitar la prestación de la ayuda a morir. Estas comisiones vienen a suponer una particularidad de la ley española porque no existe ningún control previo (similar a las comisiones) en esta materia en las legislaciones de otros países (la mayor similitud la podemos encontrar en la ley portuguesa); pero, en lo que respecta a otros países, como Holanda, Bélgica y Luxemburgo no hay un control previo, sino que el control se realiza posteriormente. La comisión de garantías reconocida en la ley española brinda a los profesionales seguridad jurídica porque el médico, aunque quiera practicar la eutanasia, no va a ser el único que lo decide, sino que su decisión es precedida por una validación de la misma realizada por la comisión. Esto implicaría que sobre el facultativo no recae exclusivamente el peso de decidir si el paciente que quiere acceder a esta prestación se encuentra dentro de los supuestos recogidos por la normativa vigente. El médico se verá avalado o respaldado por una comisión que afirma que se adecúa a la legislación sobre eutanasia. En

<sup>39</sup> E. Payán Ellacuría, «Análisis jurídico-penal de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: una propuesta de lege ferenda», *e-Eguzkilore*, nº 5, 2020, p. 31.

lo referente al paciente, la existencia de una comisión le garantiza que, si reúne los requisitos para poder acceder a esta prestación y el médico se negara, podría igualmente acceder a su derecho a morir. Por último, y no menos importante, a la ciudadanía la existencia de estas comisiones le va a dar una sensación de seguridad al ser una forma de control de los abusos que pudieran surgir en situaciones tan delicadas como esta, dado que existe una intervención administrativa previa.

Con respecto al inicio del procedimiento de solicitud de la prestación de ayuda a morir, el art. 8 establece que, una vez que se recibe la primera solicitud de prestación de ayuda para morir, el médico responsable tendrá un máximo de dos días naturales, una vez verificado que el paciente cumple los requisitos previstos, y realizará con él una deliberación sobre sus opciones terapéuticas, su diagnóstico, qué resultados se pueden esperar, así como información sobre los posibles cuidados paliativos. Posteriormente, una vez recibida la segunda solicitud, el médico responsable dispone de dos días naturales para retomar con el solicitante el proceso deliberativo y atender cualquier necesidad o aclarar cualquier duda que le pueda surgir al solicitante. Después de finalizar el proceso deliberativo, el médico responsable deberá conocer si el paciente sigue adelante o desiste y, tanto si desiste como si decide seguir adelante, el médico deberá comunicar esta circunstancia al equipo asistencial. Si se sigue adelante, se deberá pedir al paciente que firme el consentimiento informado. El médico responsable deberá consultar a un médico consultor, que será el encargado de estudiar la historia clínica y examinar al paciente, y este deberá confirmar que se cumplen las condiciones para poder ayudar a morir al solicitante. Las conclusiones de dicho informe se comunicarán al paciente solicitante en el plazo máximo de veinticuatro horas. Si el informe fuera desfavorable, el paciente podrá recurrir a la Comisión de Garantía y Evaluación, y, si fuera favorable, el médico responsable, antes de realizar la prestación de ayuda a morir, se lo comunicará al presidente de la Comisión de Garantía y Evaluación. En el art. 10 se establece que el presidente de la Comisión de Garantía y Evaluación dispondrá de un plazo máximo de dos días para nombrar a dos miembros de la misma: un profesional médico y un jurista, para que verifiquen si se dan las condiciones y los requisitos establecidos para el correcto ejercicio del derecho a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir. Esta decisión definitiva se le tiene que comunicar al presidente para que se la traslade al médico responsable en el plazo máximo de dos días naturales. En caso de que la Comisión resuelva desfavorablemente, el paciente podrá recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Como se puede observar, la regulación es muy garantista, por lo que cabría preguntarse si esta burocratización del proceso que, en determinadas ocasiones podría llegar a ser tediosa para el solicitante e, incluso, desesperada (en función del padecimiento concreto que padezca, será peor si se padece una enfermedad terminal que avanza rápidamente, si va vinculada con fuertes dolores o padecimientos físicos, si produce una

pérdida de la movilidad...) es acertada o no, si respondería a una necesidad real o es la vía que tiene el legislador de cubrirse las espaldas e intentar demostrar que sólo van a morir aquellas personas que realmente se encuentren en un contexto eutanásico y que estén totalmente seguras de la decisión que han tomado.

El capítulo IV de la Ley fija los elementos que permiten que cualquier miembro de la ciudadanía acceda en condiciones de igualdad a la prestación de ayuda para morir y garantiza que esta prestación gozará de una financiación pública. Aunque esto no significa que sólo se realice en centros públicos, sino que podrá tener lugar en centros concertados, privados o, incluso, en el domicilio, siempre con las mismas garantías, con independencia de la ubicación (art. 14). Esta prestación de ayuda tendrá lugar a pesar de que se reconozca la objeción de conciencia del personal sanitario. Los centros sanitarios donde tenga lugar la ayuda a morir garantizarán la intimidad y la confidencialidad en el tratamiento de los datos de carácter personal del solicitante (art. 15). Todos los profesionales sanitarios que así lo deseen podrán ser objetores de conciencia (art. 16).

Respecto al capítulo V, cabe señalar que en él se regulan las Comisiones de Garantía y Evaluación que tendrán que crearse en las distintas comunidades autónomas y en las ciudades de Ceuta y Melilla con el fin de que se cumpla lo dispuesto en esta ley y a las que acabo de hacer referencia al inicio de este apartado.

Por último, las disposiciones adicionales están dirigidas a garantizar que a las personas que solicitan la ayuda para morir se las considere como fallecidas por muerte natural. A su vez, asegurarán los recursos y los medios de apoyo destinados a las personas que tengan una discapacidad, a establecer mecanismos para dar la máxima difusión a la presente ley entre los profesionales sanitarios y la ciudadanía, se ofertará una formación continua específica sobre la ayuda para morir, entre otras cuestiones.

Se puede concluir con lo difícil que es para el legislador encontrar un equilibrio entre el garantismo que, sin duda, se requiere a la hora de legislar este tema, y la rigidez y burocratización excesiva del proceso. Tal vez porque no sea fácil, al menos no en este caso, conquistar el garantismo sin caer en la rigidez y las consecuencias negativas que desgraciadamente la acompañan.

#### *4.4. Los cuidados paliativos y la eutanasia*

Mayoritariamente los detractores de la eutanasia legalizada se han posicionado a favor de los cuidados paliativos, el tratamiento del dolor y de lo que se ha venido denominando «cultura del acompañamiento». En definitiva, defienden que existen recursos y mecanismos suficientes para

que cualquier enfermo que, de acuerdo a la normativa vigente, cumpla los requisitos necesarios para solicitar la prestación de ayuda a morir, sea tratado hasta el final de su vida sin dolor y sin que ese bien jurídico protegido vida fuera, desde esta forma de entender la cuestión, atacado. Se ofrecería así una solución humanizada y sin sufrimiento para morir sin convertir esa muerte en un derecho.

Son numerosos los facultativos que, si bien no dejan clara su posición sobre la despenalización de la eutanasia activa y el suicidio medicamente asistido<sup>40</sup>, no dudan, en cambio, en hacer un alegato a favor de los cuidados paliativos como cuidados de la vida ante la muerte, y rechazan lo que a su parecer es una defensa por parte del Estado de la primacía de la muerte frente a una vida cuidada y sin dolor hasta el final<sup>41</sup>.

En esta postura intermedia entre no rechazar, al menos no expresamente, la despenalización de la eutanasia y una defensa férrea de los cuidados paliativos se encuentra Payán Ellacuría, que alude a la poca importancia que el legislador español le concede a los cuidados paliativos en la Ley de Eutanasia. Articula su crítica partiendo de la idea de que la Organización Mundial de la Salud (OMS) considera los cuidados paliativos como una forma de reforzar la calidad de vida del paciente hasta que fallece. A partir de aquí, señala las escasas ocasiones en las que la Ley de Eutanasia hace referencia a este tipo de cuidados (tres en concreto) y, en cambio, se hacen más referencias al consentimiento informado. Desde mi punto de vista, es totalmente coherente que en una ley de eutanasia, en la que el legislador pretende ser sumamente garantista para poder asegurar que esa prestación de ayuda a morir se realiza realmente cuando la persona lo desea y en un contexto eutanásico, se haga más alusión al consentimiento informado que a los cuidados paliativos, cuidados paliativos que, en principio, se entiende que el paciente ha descartado previamente. De no haber sido así, no se encontraría solicitando la eutanasia. Debe recordar el lector que el paciente, antes de dar su consentimiento, ha sido informado de las opciones terapéuticas y de los cuidados paliativos, de acuerdo a lo dispuesto en esta ley. Sin embargo, veamos cómo justifica su crítica este autor. A su parecer, el legislador es insistente en la Ley de Eutanasia con el consentimiento informado (y lo es); pero, si nos fijamos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, concretamente en su art. 4, en el que hace referencia al Derecho a la información asistencial, se señala en el párrafo 1: «Los pacientes tienen derecho a conocer, con

<sup>40</sup> La mayoría de ellos son objetores de conciencia, pero algunos muestran cierta ambigüedad a la hora de oponerse a la legalización de la eutanasia y se centran más en insistir en la importancia de reforzar los cuidados paliativos.

<sup>41</sup> <https://www.redaccionmedica.com/noticia/cuidados-paliativos-como-alternativa-a-la-eutanasia-2636> (última revisión realizada el 12/04/2022).

motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada (...»). En la misma ley, pero en el art. 8, se alude al consentimiento informado, en la idea de que toda persona tiene que haber recibido la información adecuada para poder consentir (información clara, comprensible, veraz, adaptada...). A partir de lo señalado, lo primero que se plantea este autor es «¿qué ocurre cuando esta información no se hace extensiva a los cuidados paliativos?», lo que me lleva a plantear en qué casos estaría ocurriendo esto desde la entrada en vigor de la Ley de Eutanasia ¿realmente no se informa a los pacientes de la existencia de cuidados paliativos? Si los cuidados paliativos son un derecho, tal como dispone la Ley, ¿han tenido lugar casos en los que no se ha informado debidamente de esta opción?, ¿cuáles son estos casos?, ¿son suficientes para formular una crítica? De darse este tipo de situaciones, nos encontraríamos ante una vulneración clara de la legislación vigente. El siguiente cuestionamiento que realiza el autor es: «En caso de que se traslade» (es decir, en caso de que sí se informe de la posibilidad de acceder a los cuidados paliativos) «¿es suficiente con su mero ofrecimiento, o el Estado debe garantizar su ejercicio? ¿Y en qué condiciones?» Aquí nos encontramos en un escenario diferente. De acuerdo con lo dispuesto en la LORE, el paciente debe ser informado de los cuidados paliativos y de la prestación de la ayuda a morir. Ahora bien, considero que es el paciente el que debe decidir cuál es la opción que desea de acuerdo a la libertad y a la autonomía de la voluntad<sup>42</sup>. En este sentido, los cuidados paliativos deberán garantizarse siempre y cuando el paciente los desee (y no en todo caso). Tanto es así, que la propia Ley de Eutanasia en sí misma ya imposibilitaría que se garantizara el ejercicio de los cuidados paliativos en el caso de pacientes que solicitan la prestación de la ayuda a morir. En cuanto a las condiciones en las que debería garantizarse el ejercicio de los cuidados paliativos, estas se reducen a una mera pregunta del autor que, en ningún caso, responde, dando la impresión de que toda la articulación de su crítica se basa en posibilidades y no en sucesos reales. La crítica continúa señalando que en España un gran número de personas (concretamente la mitad de las que los necesitarían) no estarían recibiendo cuidados paliativos y fallecerían sin haber tenido acceso a ellos. Esta afirmación la justifica citando a la European Association for Palliative Care (EAPC) *Atlas of Palliative Care in Europe 2019* (XVI World Congress of the EAPC, Berlin, 23 May) y lo lleva a concluir que el consentimiento informado, tan presente en la Ley de Eutanasia, no sería el que parece prometer el legislador porque, de acuerdo a la

<sup>42</sup> No deben olvidarse las palabras de Marra que nos recordaba que la aceptación de la muerte voluntaria encuentra su razón en la afirmación de la dignidad humana y en la libertad. R. Marra, *Suicidio, Diritto e Anomia. Immagini della morte volontaria nella civiltà occidentale*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1987, p. 272.

EAPC, en España no se garantizan los cuidados paliativos en la mitad de la población que los necesita y esto podría derivar en un escenario en el que se consiente la eutanasia porque los cuidados paliativos no se estarían garantizando y, de haberse garantizado, no se solicitaría porque los cuidados paliativos serían la primera opción. En definitiva, para este autor, ese consentimiento informado real para posibilitar la solicitud de la prestación de ayuda a morir sólo tendrá lugar cuando previamente se le hayan ofrecido a ese paciente unos cuidados paliativos adecuados de acuerdo a su estado y padecimiento concreto. Suponiendo que fuera suficiente una sola fuente para obtener como conclusión que en España se deja fuera de los cuidados paliativos al 50% de la población que los necesita<sup>43</sup>, se debería hacer una profunda reflexión y garantizar los cuidados paliativos a todos aquellos que los requiriesen y los solicitasen. Ahora bien, a pesar de lo dispuesto, esta crítica a la Ley de Eutanasia seguiría siendo muy débil porque no todos los pacientes tienen tan claro, como parece deducirse de las palabras del autor, que su primera opción fueran los cuidados paliativos. Todo apunta, obviamente, a que España debe mejorar y reforzar los cuidados paliativos y que esta deba ser una opción real en todas sus dimensiones<sup>44</sup>. No obstante, la debilidad y la fisura que puedan tener en España los cuidados paliativos no es un argumento lo suficientemente fuerte para hacerle frente a la Ley de Eutanasia porque nos llevaría a no hacer nada bajo el pretexto de no poder hacerlo todo; pero también porque parece dudoso, y de acuerdo a los testimonios que se conocen en pacientes que han solicitado esta prestación, que no les hayan ofrecido unos cuidados paliativos que, evidentemente, rechazan.

En la misma línea que el autor anterior, Romeo Casabona insiste en la importancia de los cuidados paliativos.

«Se ha criticado que el legislador no haya contemplado el derecho a los cuidados paliativos, como prestación asistencial exigible, su régimen legal y el de la mejora de la prestación asistencial e integración de las personas dependientes, frente al recurso, más cruento -aunque también sin dolor-, que representa la eutanasia»<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Existen, por otro lado, algunos estudios más esperanzadores. No obstante, todo hay que decirlo, siempre los resultados deben mejorarse mucho. Un estudio internacional valora la atención al final de la vida en España con una puntuación de 80.3 sobre 100. Este estudio ha sido liderado por la Universidad de Duke, en EEUU, y no como en el supuesto anterior por una asociación que es parte interesada al ser específicamente de cuidados paliativos. De acuerdo al estudio liderado por la Universidad de Duke, España ocuparía el puesto número 28 sobre 81 países analizados. Los resultados fueron publicados en tres artículos de la revista *Journal of Pain and Symptom Management*. [https://www.consalud.es/politica/españa-puesto-28-paises-atencion-vida\\_108674\\_102.html](https://www.consalud.es/politica/españa-puesto-28-paises-atencion-vida_108674_102.html) (última revisión realizada el 13/04/2022)

<sup>44</sup> E. Payán Ellacuría, op. cit., pp. 26-29.

<sup>45</sup> C. M. Romeo Casabona, op. cit., p. 166. Cuando este autor hace referencia a esta crítica, alude a la realizada por la Federación de Asociaciones de Personas con Discapacidad Física y Orgánica de la Comunidad de Madrid. Ibídem, nota 29.

Los argumentos para realizar la crítica se basarían en que, a pesar de que los cuidados paliativos son una prestación gratuita del servicio nacional de salud, esta prestación no estaría establecida en algunas comunidades autónomas<sup>46</sup>.

Insisto en que, aunque ninguno de los argumentos señalados en este sentido me parece lo suficientemente fuerte como para mostrar una debilidad de la Ley de Eutanasia, sí deben ser una llamada de atención que refleja que los cuidados paliativos en España podrían no estar funcionando todo lo bien que deberían hacerlo.

En cualquier caso, conviene recordar algo importante que parece estar pasando desapercibido: los cuidados paliativos, como alternativa a la eutanasia, se le pueden ofrecer a determinados pacientes por padecer una enfermedad que les puede situar en un contexto eutanásico, pero no se adecúan a las circunstancias de todos los que actualmente pueden beneficiarse de la prestación de ayuda a morir. ¿Qué cuidados paliativos se le pueden ofrecer a un tetrapléjico?

## 5. Eutanasia y salud mental

Una de las cuestiones más controvertidas o, al menos, que invitan a realizar una reflexión detenida la encuentro cuando la solicitud de la eutanasia es realizada por una persona con algún problema de salud mental que alega un sufrimiento insopportable. Recientemente se ha conocido una noticia que reaviva la polémica que siempre suscitan este tipo de situaciones. Se trata del caso de una «youtuber» francesa de 23 años conocida como «Olympe» que anunció por redes sociales su intención de solicitar el suicidio asistido en Bélgica. La razón es que sufre un trastorno de déficit de atención, estrés postraumático y trastorno de personalidad disociativa (teniendo más de 15 personalidades diferentes). Todos estos problemas de salud mental tienen su origen en la infancia de la joven, que fue abandonada por sus padres, y su vida se convirtió en un viaje continuo por diferentes casas de acogida. Fue víctima de cinco violaciones durante su infancia (una de ellas grupal) y sufrió acoso escolar durante más de 14 años. A pesar de haberse sometido a terapia, el trastorno de personalidad disociativa no tiene cura, aunque existen herramientas que el paciente puede adquirir para controlar mejor sus personalidades. Sin embargo, un 70% de los diagnosticados con este trastorno han intentado suicidarse<sup>47</sup>. Esto ha ocurrido con esta youtuber, que se ha intentado suicidar en una ocasión y que asegura no tener más fuerzas para continuar.

<sup>46</sup> Ibídem, p. 166.

<sup>47</sup> <https://www.medicalnewstoday.com/articles/es/trastorno-de-personalidad-multiple> (última revisión realizada el 29/01/2023).

Además, su situación se complica por no tener una familia que le sirva como apoyo, como ella misma ha señalado<sup>48</sup>.

Teniendo en cuenta que la ley objeto de análisis en el presente trabajo se blinda ante el turismo eutanásico, la «youtuber» francesa no podría solicitar la prestación de ayuda a morir en España. No obstante, su caso me servirá de enlace para ver cómo son abordados estos supuestos a luz de la nueva legislación española. Otros países, como Bélgica (país donde pretende solicitar la prestación la citada influencer) y Holanda, han visto cómo desde hace años (por la despenalización de la conducta) recurren a esta práctica personas no sólo afectadas por enfermedades físicas, sino que también la solicita un número considerable de pacientes con patologías de carácter psiquiátrico o psicológico. Un estudio del año 1997 realizado por Groenewoud (entre otros autores) fue el primero en visibilizar cómo algunos pacientes psiquiátricos solicitaban en los Países Bajos el suicidio asistido. En él se hace referencia a que en el año 1994, la Corte Suprema holandesa dictaminó que en casos concretos y de carácter excepcional la eutanasia podría llevarse a cabo en pacientes que no tienen una enfermedad física, pero sí un sufrimiento mental insoportable<sup>49</sup>. La literatura posterior en esta materia demuestra que se da un número relevante de solicitudes, algunas se conceden y otras no, de personas que padecen problemas de salud mental. Entre estos problemas, los más frecuentes fueron diagnósticos de estrés postraumático, depresión y trastornos psicóticos<sup>50</sup>.

A este respecto, la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia se enfrenta, desde mi punto de vista, al reto de la enfermedad mental. La Ley, que cuenta con algunas fisuras, ya manifestadas, que se reflejan en su fuerte garantismo y que ralentizan el proceso, se ve de nuevo desafiada cuando la eutanasia la solicita una persona con una enfermedad mental, puesto que estamos ante una norma pensada más para un padecimiento físico (con el correspondiente padecimiento psíquico que de esta situación se deriva) que para un padecimiento psíquico fruto de un problema de salud mental.

A continuación, voy a abordar las debilidades que aprecio en la Ley en este sentido. En primer lugar, el proceso de solicitud de la prestación de ayuda a morir permite que esta solicitud la haga una persona que

<sup>48</sup> [https://es.ara.cat/internacional/olympe-youtuber-francesa-23-anos-pedido-suicidio-asistido\\_1\\_4610129.html](https://es.ara.cat/internacional/olympe-youtuber-francesa-23-anos-pedido-suicidio-asistido_1_4610129.html) (última revisión realizada el 29/01/2023).

<sup>49</sup> J. H. Groenewoud *et. al.*, «Physician-Assisted Death in Psychiatric Practice in the Netherlands», *Engl J Med*, nº 336, 1997, pp. 1795-1801.

<sup>50</sup> L. Thienpont, M. Verhofstadt, T. Van Loon, W. Distelmans *et. al.*, «Euthanasia requests, procedures and outcomes for 100 Belgian patients suffering from psychiatric disorders: a retrospective, descriptive study», *BMJ Open*, 2015; y S. Kim, R. De Vries y R. Peteet, «Euthanasia and Assisted Suicide of Patients with Psychiatric Disorders in the Netherlands 2011–2014», *JAMA Psychiatry*, nº 73, 2016, pp. 362-368.

tiene una enfermedad mental. Esto se deduce de «una enfermedad grave e incurable causantes de un sufrimiento físico o psíquico intolerables». No obstante, se exige que el paciente presente dos solicitudes, como ya he advertido anteriormente, con 15 días de diferencia entre una y otra. Esta serie de plazos podría no ir en sintonía con el proceso de la propia enfermedad psiquiátrica. Esto equivale a decir que la LORE, quizás, se ha elaborado pensando más en enfermedades físicas y, por esta razón, la situación se complica en el caso de personas con una enfermedad mental, por el propio desarrollo de este tipo de patologías. En segundo lugar, existe un problema a la hora de discernir si una solicitud de la ayuda a morir se debe a la autonomía de la voluntad del paciente o si ese deseo es fruto de la enfermedad que padece. Estos supuestos se podrían plantear en los pacientes depresivos, en los que no sería sencillo discernir cuándo es la enfermedad o cuándo es la voluntad del paciente y su libertad lo que les lleva a expresar su deseo de acceder a esta prestación sanitaria.

La problemática derivada de la enfermedad mental y la solicitud de la prestación de la ayuda morir surge fundamentalmente, como he advertido, porque tanto en el imaginario colectivo como en la propia norma parece estar pensándose en supuestos de solicitud de esta prestación por pacientes que sufren patologías físicas, como pueden ser el cáncer o las enfermedades neurodegenerativas. Sin embargo, existe un número no desdenable de pacientes psiquiátricos que quieren acceder a la misma, y de esto ya se tenía constancia por las estadísticas y por los diferentes estudios que se han realizado sobre la eutanasia en Bélgica y Holanda, por lo que no debería ser algo que pudiera encontrar desprevenido al legislador español. El hecho de que en España una persona con una enfermedad mental pueda solicitar la prestación de ayuda a morir porque la LORE no excluye a las personas con estas patologías llevará a escenarios más complicados que los de las patologías físicas. Las Comisiones de garantía y evaluación tendrán necesariamente que tomar decisiones sobre pacientes cuya justificación para solicitar la prestación es la enfermedad mental. Y aquí volvemos a lo que ya he planteado anteriormente: ¿cuándo es la voluntad libre del paciente y cuándo es la enfermedad? y, sobre todo, ¿hasta qué punto ese sentimiento de querer morirse por parte del enfermo mental podría reconducirse con un tratamiento adecuado y cuándo no?

En plena consonancia con lo anterior, la LORE, en el art. 3 b), hace alusión al sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece. No quisiera detenerme en el concepto de sufrimiento, pues sobre esto ya se ha escrito<sup>51</sup> y no es el tema de esta investigación, pero todo parece apuntar a que es más difícil tener una idea aproximada

<sup>51</sup> E. J. Cassel, «The nature of suffering and the goals of medicine», *The New England journal of medicine*, 18 de marzo, 1982, pp. 639-645. También puede consultarse el artículo S. Ramos Pozón: «Sufriimiento insoportable, salud mental y eutanasia. Apuntes para las

del sufrimiento psíquico que del sufrimiento físico. Por otro lado, la depresión como problema de salud mental siempre estará en el centro de la polémica ¿padecer una depresión es suficiente para poder conceder la prestación de la ayuda a morir? Sea como sea, son preguntas de las que se derivan dilemas complejos y que ponen a los psiquiatras en una situación complicada dado que las solicitudes de la prestación en los pacientes con estas enfermedades son más difíciles de evaluar que en el resto de supuestos por las razones expuestas. El desarrollo de una Ley de Eutanasia que pueda salvar estos obstáculos no parece una tarea sencilla. En cualquier caso, es posible que el legislador, si fuera perfectamente consciente de todos estos problemas, y aún así haya decidido que es mejor que los enfermos mentales también puedan solicitar la eutanasia, siempre y cuando cumplan los mismos requisitos que el resto de pacientes. Esto me lleva de nuevo al ejemplo con el que inicié el epígrafe, el de «Olympe» y su deseo de morir por padecer un trastorno incurable. Ella se ha decidido por el suicidio asistido y por llevarlo a cabo a final del 2023. Parece que un margen de tiempo amplio, como ocurre en este supuesto, sí podría manifestar una auténtica autonomía de la voluntad, sin vicios, a la hora de decidir tener una muerte digna. Los obstáculos en este supuesto se habrían salvado. Lo que desde luego no se ha conseguido salvar es el factor de protección que le otorga a un ser humano tener una familia que lo quiera, lo nombre y lo reconozca.

## 6. La despenalización de la eutanasia activa ¿susceptible de inconstitucionalidad?

Es de sobra conocido, y ya se ha insistido en ello a lo largo de este trabajo, que el debate sobre la eutanasia, igual que ocurrió con el del aborto, tiene unas implicaciones morales tan fuertes que no permiten reducirlo a mero un debate jurídico. A pesar de la existencia de una mayoría social favorable a la despenalización y, por tanto, a la LORE, existen sectores de población que siguen considerando la eutanasia un atentado contra el bien jurídico más importante: la vida. A continuación, procederé a analizar los argumentos jurídicos esgrimidos en uno de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos, así como la sentencia del Tribunal Constitucional que da respuesta a este recurso.

---

enfermeras», *Revista científica de la Asociación de Historia y Antropología de los cuidados*, nº 58, 2020, pp. 230-240.

## 6.1. Recursos de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia<sup>52</sup>

El Grupo parlamentario VOX interpuso un recurso de inconstitucionalidad a la LORE y, subsidiariamente, contra los artículos 1; 3, apartados b), c), d), e) y h); 5, apartados 1 c) y 2; 4.1; 6.4; 7.2; 8.4; 9; 12 a) apartado 4; 16; 17; 18 a) párrafo 4; disposiciones adicionales primera y sexta; y disposición final tercera (en relación con el art. 16.1 y disposición adicional sexta) de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia<sup>53</sup>.

El recurso se basa, fundamentalmente, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el derecho a la vida, aunque, en ocasiones, también se realizan alusiones a la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de otros países, concretamente del Tribunal Constitucional portugués<sup>54</sup>. Todo ello con el objetivo de denunciar la inconstitucionalidad de la LORE.

Los argumentos jurídicos planteados se centran en la protección de la vida, a pesar de que, como vengo advirtiendo, el debate sobre la protección del este bien jurídico ha sido enfocado desde diferentes puntos de vista, entre ellos, el de la consideración de que la vida no es un valor absoluto<sup>55</sup>. A este respecto, en el recurso se ofrece una visión categórica sobre la primacía de la vida basada en la STC 53/1985, de 11 de abril<sup>56</sup>, en la que esta es presentada como un bien de carácter absoluto. A su vez, como ya he afirmado, se acude a la distinta jurisprudencia del TC y del TEDH<sup>57</sup> para insistir en la doble obligación (positiva y negativa) que se deriva de este bien jurídico: no se puede privar de la vida humana y se

<sup>52</sup> Este epígrafe se va a centrar en el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo parlamentario VOX por ser el primer partido en presentar un recurso contra esta ley y por hacer público el recurso. El Partido Popular lo presentaría posteriormente.

<sup>53</sup> El recurso puede consultarse en <https://www.oxespana.es/wp-content/uploads/2021/06/Recurso-Inconstitucionalidad-Eutanasia-VOX.pdf> (última revisión realizada el 30/01/2023). El recurso interpuesto por el Partido Popular, en la fecha de redacción del artículo, no ha sido publicado.

<sup>54</sup> Recientemente se han pronunciado sobre esta cuestión los tribunales constitucionales de Portugal, Austria, Italia y Alemania. Con anterioridad se había pronunciado la corte Suprema de Canadá. C. Tomás-Valiente Lanuza: «Sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia (algunas inexactitudes y tergiversaciones en el debate)», *RJIB. Revista jurídica de les Illes Balears*, nº 21, 2022, p. 141.

<sup>55</sup> Hay que señalar que esta es la posición mayoritaria, en la que se ubica gran parte de la doctrina y la que mejor recoge el sentir de un porcentaje elevado de la población española de acuerdo a lo dispuesto en las encuestas realizadas sobre la valoración de la despenalización de la eutanasia activa.

<sup>56</sup> STC, 53/1985, de 11 de abril.

<sup>57</sup> STEDH, *Centre for Legal Resources c. Rumanía* (Gran Sala), nº 47848/08, de 17 de julio de 2014, apdo. 130 y STC, 53/1985, de 11 de abril, FFJJ 4, 7 y 12.

deben tomar las medidas suficientes para salvaguardarla. No podría faltar en el citado recurso la referencia a la STC 120/1990, de 27 de junio<sup>58</sup>, como ejemplo de esa protección de la vida frente al deseo de buscar la propia muerte. También es recurrente la alusión a la STC de Portugal 123/2021, de 15 de marzo<sup>59</sup>.

En las primeras páginas del recurso se alude al giro que supone pasar de que la eutanasia activa sea una conducta delictiva a ser un derecho. Esta idea de *derecho subjetivo de nueva generación* la pretende combatir VOX citando la Sentencia de 29 de abril de 2002, *Pretty c. Reino Unido* del TEDH<sup>60</sup> y la STC 154/2002, de 18 de julio. Se utilizan ambas sentencias para afirmar que no existe un derecho a pedir la propia muerte. A su vez, no podría faltar en su argumentación una continua alusión al artículo 15 de nuestro texto constitucional al ponerse de manifiesto en el recurso que la LORE vulneraría este artículo<sup>61</sup>.

No obstante, tal y como señala Tomás-Valiente, la jurisprudencia del TEDH parte de algunas premisas que deben ser tenidas en cuenta para poder hacer una valoración de los argumentos utilizados en el recurso. En primer lugar, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en su artículo 2 (derecho a la vida) no contemplaría en su contenido el derecho a renunciar a ella; sin embargo, «no se deduce en modo alguno la obligación de los Estados de prohibir penalmente las conductas de auxilio al suicidio y eutanasia»<sup>62</sup>. En segundo lugar, el art. 8 del CEDH incluiría la pretensión de la persona a decidir sobre el momento de su muerte y sobre el modo de la misma dentro del derecho a la intimidad personal y familiar<sup>63</sup>. En tercer lugar, existen obligaciones estatales enca-

<sup>58</sup> STC, 120/1990, de 27 de junio.

<sup>59</sup> STC de Portugal 123/2021, de 15 de marzo.

<sup>60</sup> STEDH, *Pretty c. Reino Unido*, nº 2346/02, de 29 de abril de 2002. Es recurrente acudir a esta sentencia por parte de la doctrina que se opone a la despenalización de la eutanasia. Un ejemplo de ello lo encontramos en la afirmación de Martínez López-Muñiz: «Lo dejó dicho bien claramente el TEDH en su sentencia *Pretty c. Reino Unido de 2002*» (refiriéndose a que el derecho a la vida proclamado en el CEDH no «comporta un derecho a la muerte»). J. L. Martínez López-Muñiz: «El deber de proteger la vida, y especialmente de los más debilitados, frente a un inexistente derecho a quitarse la vida por sí o por otros», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 122, 2021, p. 51.

<sup>61</sup> En el recurso también se afirma que la dignidad humana y la libertad (reconocidas en el texto constitucional español en los artículos 10.1 y 1.1 respectivamente) no pueden ser consideradas de forma autónoma, sino que siempre debe hacerse poniéndolas en relación con otro derecho. A su vez, se insiste en que el art. 15 CE que reconoce el derecho a la integridad física y moral tampoco puede servir para fundamentar poner fin a la vida, y los artículos 18.1 y 16.1 CE que reconocen el derecho a la intimidad personal y familiar, y a la libertad ideológica y de conciencia tampoco puede fundamentar la exigencia de que el Estado provoque la muerte del sujeto.

<sup>62</sup> C. Tomás-Valiente Lanuza: op. cit., p. 153.

<sup>63</sup> Ibídem., pp. 148-149. En sentido contrario se posiciona Martínez López-Muñiz. Desde su punto de vista, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos solo ha amparado en el artículo 8 del Convenio la opción, bajo ciertas condiciones, por la abstención

minadas a la protección de la vida de las personas<sup>64</sup>. Teniendo en cuenta estas ideas, el grupo parlamentario VOX en su recurso de inconstitucionalidad estaría planteando sus argumentos presentando un enfoque de esta jurisprudencia que se aleja de la realidad. Es decir, se apartaría de la segunda premisa al afirmar que el TEDH tiene que garantizar la protección absoluta de la vida. También se alejaría de las premisas dos y tres en lo referente a los deberes positivos relativos a la protección de la vida humana como criterio de interpretación del artículo 15 de la Constitución, puesto que el hecho de que el Estado deba intervenir para salvaguardar la vida en determinadas circunstancias no es incompatible con la premisa expuesta en segundo lugar: la posibilidad de que las personas decidan sobre su muerte.

En relación con la jurisprudencia de otros tribunales constitucionales, merece especial atención la STC portugués 123/2021, de 15 de marzo por ser una sentencia que se pronuncia sobre un recurso de inconstitucionalidad que se asemeja al que ha tenido que resolver el Constitucional español. Lo que va a diferenciar el análisis de esta sentencia del análisis anterior, en relación a la jurisprudencia del TEDH, es el hecho de que no se estén cuestionando lo mismo. La jurisprudencia del TEDH se origina ante cuestionamientos de si determinadas conductas delictivas son legítimas y así obtener el reconocimiento de un derecho que no se ha reconocido previamente por el legislador (la señora Pretty, enferma de ELA en fase avanzada, solicitaba que ante su imposibilidad para suicidarse, su marido la ayudara, pero sin que esto tuviera consecuencias penales para él, dado que en Inglaterra es constitutiva de delito la cooperación al suicidio). En el caso de la STC de Portugal 123/2021 se trata únicamente de un posicionamiento sobre la constitucionalidad o no de la conducta.

El recurso de inconstitucionalidad que estoy analizando va a realizar una selección favorable a sus intereses de los párrafos de la sentencia del Constitucional portugués que va a entremezclar con fragmentos de la jurisprudencia del TEDH sobre los ya citados deberes positivos de protección de la vida. En cualquier caso, excluye los párrafos que podrían perjudicar los intereses perseguidos con su recurso sobre la consideración de la vida como valor absoluto: «el legislador democrático no está impedido, por razones de constitucionalidad absolutas o definitivas, de regular la anticipación de la muerte médica asistida»<sup>65</sup>.

Esta sentencia no valora si la disposición de la vida humana puede ser considerada un derecho fundamental o no, pero sí admite que se interpreten los casos en los que participan terceras personas en el derecho

terapéutica, nunca el suicidio asistido o la eutanasia». Para fundamentar esa afirmación acude a la STEDH, *Lambert y otros c. Francia* (Gran Sala), nº 46043/14, de 5 de junio de 2015. J. L. Martínez López-Muñiz: op. cit., p. 53.

<sup>64</sup> C. Tomás-Valiente Lanuza: op. cit., pp. 152-153.

<sup>65</sup> STC de Portugal123/2021, de 15 de marzo, FJ 32.

de adoptar decisiones relevantes sobre la propia vida, permitiéndose la legitimidad de dichos comportamientos en aras de la autonomía de la voluntad y la dignidad humana para reducir un sufrimiento (contexto eutanasico).

En lo que respecta a las dos sentencias del TC español a las que se acude en el recurso (STC 53/1985 y STC 120/1990) y a las que ya he hecho referencia anteriormente, cabe señalar que la primera de estas sentencias nos devuelve al debate de la vida como valor absoluto al afirmarse que la vida es un «derecho fundamental esencial (...) sin el que los restantes derechos son tendrían existencia posible» y «tiene carácter absoluto y (...) no pueden verse limitados por pronunciamiento judicial alguno ni por ninguna pena». No puedo detenerme a realizar un análisis de lo que viene señalando la doctrina constitucionalista, pero en este sentido coincido de nuevo con la penalista Tomás-Valiente cuando afirma que el hecho de que la vida deba ser protegida frente a los ataques de terceros sin contar con la voluntad del titular de ese bien jurídico (tal y como prevé la STC 53/1985) no implica que esa protección no pueda relajarse o modularse en determinados supuestos<sup>66</sup>.

En lo que respecta a la segunda sentencia, se afirma: «En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente»<sup>67</sup>. Esta sentencia es utilizada en el recurso para afirmar que el Estado tiene la obligación de proteger la vida cuando un sujeto busca su propia muerte (con independencia de las pretensiones del titular de este bien). Sin embargo, tal como señala Tomás-Valiente, el TC podría negar el derecho a la propia muerte y, a su vez, considerar constitucional la ponderación de derechos que se realiza en la LORE y que enlaza con la posibilidad, reconocida por el TC en esta sentencia, que tiene el paciente a decidir sobre su tratamiento médico que incluye la posibilidad de rechazar determinados tratamientos que podrían prolongar su vida<sup>68</sup>.

Por último, y en relación a las referencias al art. 15 CE que aparecen en el recuso, cabe señalar que de este artículo difícilmente puede deducirse una prohibición al titular del bien jurídico vida decidir libremente terminar con ella.

En definitiva, todo lo dispuesto nos lleva a que el recurso de inconstitucionalidad se basa exclusivamente en poner en el centro la vida humana y lo hace desde una posición excluyente, dado que no admite poner

<sup>66</sup> Para más información sobre esta cuestión puede consultarse C. Tomás-Valiente Lanuza: op. cit., p. 161.

<sup>67</sup> STC 120/1990, FJ 7.

<sup>68</sup> Ibídem, p. 163.

a esta en relación con otros derechos y principios constitucionales. Sin embargo, el decidir sobre la propia vida en un contexto eutanásico nos lleva, desde mi punto de vista, a tenerlos en cuenta. La entrada en vigor de la LORE permite que una persona que conscientemente desea morir, cumpliendo los requisitos para ello de acuerdo a esta ley, pueda hacerlo y con ello se esté respetando la libertad y la autonomía de la voluntad, de las cuales, junto con la vida, también es titular. Por tanto, podrán existir supuestos (véase los casos abordados en distintas sentencias del Tribunal Constitucional sobre las huelgas de hambre de internos de centros penitenciarios), en los que el Estado puede imponer la vida frente a la voluntad del que se pone en huelga de hambre pudiendo llegar hasta el final y morir, pero esta situación diferente y los esfuerzos jurídicos por asimilar ambos escenarios son cuanto menos cuestionables.

## 6.2. *La posición del Tribunal Constitucional ante el deseo de morir en un contexto eutanásico*

El pleno del Tribunal Constitucional pronunció una sentencia en respuesta al recurso de inconstitucionalidad presentado por 50 diputados del grupo parlamentario VOX. A continuación, mostraré la posición del TC en relación a la inconstitucionalidad de la propia ley sin detenerme en las impugnaciones específicas a las que también da respuesta la sentencia.

Lo primero que va a señalar la STC 19/2023, de 22 de marzo de 2023<sup>69</sup> es una idea sobre la que vengo insistiendo a lo largo de este artículo, y es que ni la CE ni el CEDH le otorgan a la vida humana una protección absoluta que posibilite imponerla con independencia de que el titular de la misma de forma consciente y voluntaria haya decidido no seguir viviendo, eso sí, en el marco de un contexto eutanásico. Esto es así al quedar reconocido en el derecho de autodeterminación de la persona que deriva de los derechos fundamentales a la integridad física y moral también reconocidos en el art. 15 CE, y que deben entenderse en relación al reconocimiento del principio de dignidad y de libre desarrollo de la personalidad del art. 10. 1 CE.

En segundo lugar, la sentencia contesta al argumento del recurso de inconstitucionalidad según el cual «la prestación de ayuda para morir constituiría una medida de injerencia en el derecho fundamental a la vida cuya constitucionalidad quedaría condicionada a su proporcionalidad, entendida como prohibición de la restricción excesiva de los derechos fundamentales»<sup>70</sup>. Un planteamiento que se rechaza en la sentencia. Entre otras cuestiones se hace referencia a que TEDH dispone que, si la

<sup>69</sup> STC 19/2023, de 22 de marzo de 2023.

<sup>70</sup> Ibídem, FJ 6.

legislación que garantiza el derecho a la eutanasia, la somete a condiciones estrictas, no suele ser necesario acudir a una investigación penal porque ésta sólo debe iniciarse cuando hay circunstancias sospechosas. En definitiva, el hecho de que, como se ha señalado en esta investigación, la ley sea sumamente garantista «satisface los deberes estatales de protección frente a tercero de los derechos fundamentales en juego, la vida entre ellos»<sup>71</sup>.

En lo referente a «la posibilidad» de que el legislador hubiera vulnerado su deber de proteger la vida por cómo la LORE se refiere a los cuidados paliativos, la sentencia hace alusión a lo establecido por la propia ley en este sentido. Por un lado, es necesario que se facilite por escrito al paciente toda la información sobre su proceso médico, alternativas y opciones, entre las que se encuentran los cuidados paliativos. Por otro lado, se alude a los cuidados paliativos después de que el paciente presente por primera vez la solicitud de la prestación de ayuda a morir, el médico responsable debe realizar un proceso deliberativo y, dentro de esta deliberación, deberá abordarse la posibilidad de optar por los cuidados paliativos, todo esto asegurándose el médico de que el paciente ha entendido perfectamente toda la información facilitada. Dicho esto, en el recurso se hace alusión a que es un puro requisito formal de información y que no se han universalizado los cuidados paliativos. En la sentencia y, centrándose en este último punto, se afirma, y considero que con mucho sentido, que en este procedimiento no se puede examinar si los cuidados paliativos se han universalizado o si, por el contrario, esto no ha ocurrido. En cuanto a los mismos cuidados paliativos, en la sentencia no son considerados una opción para todos los supuestos de personas que podrían encontrarse en un supuesto eutanásico, concretamente no sería una opción «en casos de padecimientos graves, crónicos e imposibilitantes en los que no cabe esperar un fallecimiento próximo»<sup>72</sup>. A su vez, la sentencia no asume el argumento de que los cuidados paliativos, en el caso de que fuera una opción realmente su aplicación, sea suficiente para reducir el sufrimiento psíquico considerablemente como para poder continuar viviendo con la dignidad que el paciente crea que se merece su vida. Siendo para el Tribunal Constitucional, de acuerdo a esta sentencia, la elección de querer morir, en un contexto eutanásico, una opción amparada por el derecho de autodeterminación.

«Cuidados paliativos integrales y eutanasia activa directa son, en definitiva, mecanismos que desde una perspectiva constitucional y en contextos eutanásicos presentan entre sí una relación no de subsidiariedad, sino de complementariedad o alternatividad»<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> Ibídem.

<sup>72</sup> Ibídem.

<sup>73</sup> Ibídem.

Por último, quería centrarme en lo relativo a la enfermedad mental y en la dificultad de abordar aquellos supuestos en los que la eutanasia la quiere solicitar una persona afectada por una patología psiquiátrica. En el recurso de inconstitucionalidad se planteó, también como crítica a la LORE, el riesgo de que los pacientes depresivos con grandes posibilidades de que la depresión se prolongara en el tiempo sin posibilidades de curación o de mejora pudieran solicitar la prestación de ayuda a morir (y se les concediera). La sentencia responde a esto señalando:

«El ‘padecimiento’ definido en el artículo 3 b) ha de presentarse siempre como una dolencia o enfermedad somática en su origen, aunque los sufrimientos constantes e intolerables que la Ley Orgánica en este punto requiere puedan ser de orden psíquico. En este extremo es concluyente su preámbulo que, al referirse al ‘contexto eutanásico’, comienza por aclarar que ‘debe delimitarse con arreglo a determinadas condiciones que afectan a la situación física de la persona con el consiguiente sufrimiento físico o mental’. Esta distinción entre la patología o dolencia física [‘sin posibilidad de curación o mejoría apreciable’ o ‘incurable’, apartados b) y c), respectivamente, del art. 3], de un lado, y los sufrimientos físicos o psíquicos asociados a ella, del otro, excluye de raíz que la LORE, frente a lo que los recurrentes dicen, pretenda o permita incluir entre tales ‘padecimientos’ la ‘enfermedad psicológica’ o, incluso, la ‘depresión’»<sup>74</sup>.

En este sentido, coincido con Presno Linera<sup>75</sup>, en que la sentencia estaría restringiendo el alcance de la LORE, puesto que el art. 3b no parece enfocado exclusivamente a la enfermedad somática, aunque sí podría intuirse de forma más clara si acudimos al Preámbulo. Sea como fuere, esto no deja de manifestar lo que ya había adelantado con anterioridad y son las dificultades que plantean los escenarios enfermedad mental/eutanasia.

En definitiva, se puede concluir que la sentencia no considera que la vida tenga un valor absoluto, como no considera que la LORE no proteja la vida, sino que se estaría garantizando el derecho de autodeterminación que es por el que estaría apostando para amparar la LORE.

Cabe señalar que se presentaron dos votos particulares y un voto concurrente. Los dos votos particulares correspondieron a Enrique Arnaldo y Concepción Espejel (magistrados conservadores) y el voto concurrente a la magistrada progresista María Luisa Balaguer. Los dos primeros se manifestaron en contra de la LORE. En cambio, María Luisa Balaguer hace hincapié en que «es la dignidad el elemento determinante del reco-

<sup>74</sup> Ibídem.

<sup>75</sup> <https://presnolinera.wordpress.com/2023/04/26/la-sentencia-del-tribunal-constitucional-17-2023-de-22-de-marzo-sobre-la-ley-organica-reguladora-de-la-eutanasia/> (última revisión realizada el 15/06/2023).

nocimiento de esa dimensión del derecho fundamental que, hasta ahora, no había recibido reconocimiento jurisprudencial expreso»<sup>76</sup>.

## 7. Conclusiones

La Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia viene a ofrecer una salida a todas las personas que por enfermedad o padecimiento grave se ven inmersas en un sufrimiento extremo que las priva de una vida lo suficientemente digna para decidir seguir viviendo. Este tema, que se venía arrastrando durante décadas, ha puesto en una balanza el derecho a la vida con otros derechos y principios constitucionales. Con esta medida se ha tratado de equilibrar esa balanza y hacerlo de una forma garantista porque un tema tan sensible requiere necesariamente estar impregnado de garantías. En esta ley, las garantías están muy presentes y ello debilita el contrarrelato de los que no se muestran partidarios de la misma por entender que representa un triunfo de la muerte sobre la vida, pero un triunfo lleno de excesos. También debilita el discurso de que se va a aplicar contra los más desfavorecidos de la sociedad. En este sentido, destacan las palabras de Ángeles Criado (diputada del grupo parlamentario VOX):

«Esta ley se presta a muchos excesos en los países donde se está aplicando, como es el caso de Holanda. En este país la gente no quiere ir a los hospitales porque no saben si saldrán con vida. Nadie puede decidir quién debe o no morir; nadie es dueño de la vida de otra persona, ni siquiera de la suya»<sup>77</sup>.

En la misma línea, se ha pronunciado el presidente de la formación, Santiago Abascal, al señalar que la despenalización de la eutanasia daría lugar a la muerte de ancianos (cuando sus familiares quisieran deshacerse de ellos) y de todos aquellos de los que interese desentenderse porque están enfermos<sup>78</sup>. Sin embargo, se observa la inconsistencia de estas afirmaciones, pues el férreo garantismo de esta ley imposibilitaría cualquier tipo de abuso.

Lo que sí es cierto, y en ello vengo incidiendo a lo largo de esta investigación, es que el legislador se ha intentado proteger de este tipo de ataques haciendo la Ley tan garantista que la ha convertido en sumamente rígida. Se ha burocratizado tanto el procedimiento para evitar cualquier error, cambio de posición o exceso que el paciente que desea morir se ve

<sup>76</sup> Voto concurrente formulado por María Luisa Balaguer.

<sup>77</sup> <https://www.oxespagna.es/noticias/vox-afirma-que-la-ley-de-eutanasia-es-una-locura-la-vida-no-depende-de-los-politicos-20201214> (última revisión realizada el 01/10/2021).

<sup>78</sup> <https://www.elmundo.es/espaa/2019/04/08/5cab0e57fc6c8350048b461c.html> (última revisión realizada el 01/10/2021).

envuelto en una espiral de burocracia interminable y en ocasiones esto puede llegar a ser agotador. Evitar estas consecuencias hubiera supuesto necesariamente una disminución de las garantías y en un tema tan sensible disminuir las garantías conlleva la asunción de riesgos. Todo ello sin olvidar que personas que no padecen enfermedades físicas, pero sí mentales, podrían solicitar en determinados supuestos la eutanasia (aunque, de acuerdo a la STC, la interpretación es diferente al considerar el padecimiento psíquico algo derivado de la enfermedad somática). No obstante, lo que para el enfermo físico es una ley que convierte el proceso en largo y tedioso (en aras del garantismo), para el enfermo mental puede ocurrir precisamente lo contrario, por los tiempos que marca la evolución de estas enfermedades.

Dicho esto, y a pesar de los inconvenientes, considero que es una ley necesaria, una ley que le da a las personas que desgraciadamente se encuentran en las situaciones previstas una opción más, por la que no tienen necesariamente que decantarse.

Sin embargo, la entrada en vigor de la LORE no se caracterizó por una aplicación exenta de problemas, ya que el citado garantismo, así como otros factores, todo apunta que de corte ideológico, hacen que se alargue el proceso y que muchas personas que deseaban que se las ayudara a morir, al ver ralentizarse el proceso, caigan en la desesperación y lleguen incluso al suicidio. Este es el caso de una mujer que el día 7 de julio de 2021 acudió a la consulta de su médica y le solicitó ayuda para morir. En un primer momento la doctora se mostró favorable a su petición, pero dos días después se declaró objetora de conciencia. De acuerdo a lo dispuesto en la Ley, en los supuestos en los que exista una objeción de conciencia, se debe nombrar a otro médico que evalúe si la paciente reúne los requisitos necesarios para solicitar esta prestación. Sin embargo, esta mujer declaraba que obtuvo silencio.

«No creo que vaya a llegar a tiempo de que me puedan aplicar la ley. Siempre he dicho que no quiero vivir si no puedo tener decisión sobre mi vida. Y ya no puedo coser, no puedo leer. No hay nada que me ilusione. Nada. No se trata de un capricho, es que mi vida consiste en sufrir lo menos posible, y aun así mi sufrimiento es intolerable. Por eso digo que a lo mejor aguanto hasta octubre o a lo mejor no»<sup>79</sup>.

Todo apunta a que esta mujer no fue evaluada por un segundo médico, pero un portavoz de la Consejería de Sanidad de Madrid señalaba que sí lo había sido, aunque no cumplía los criterios. Sin embargo, esta información ha sido desmentida, pues la paciente tenía una enfermedad grave e incurable. No llegó a octubre. Se suicidó en un hotel. Tenía 70 años.

<sup>79</sup> <https://elpais.com/sociedad/2021-09-23/se-suicida-en-un-hotel-de-madrid-la-mujer-que-pidio-que-se-le-aplicara-la-eutanasia.html> (última revisión realizada el 01/10/2021).

Por si no fuera suficiente con el caso citado, otro caso nos lleva de nuevo a la Comunidad de Madrid. Javier tenía 58 años y padecía ELA desde hacía casi un año. En el momento de solicitud de la prestación de ayuda para morir vivía postrado en una silla de ruedas, no movía las manos y padecía terribles dolores que le impedían dormir.

«Desde el primer momento, no tuve ninguna duda, sabía que no me quería quedar en una cama tumbado, mirando al techo e intentando comunicarme con los ojos»<sup>80</sup>.

El neurólogo que llevaba el caso de Javier nunca le comunicó que era objector de conciencia. De este hecho tuvo constancia cuando el equipo de la Unidad de Paliativos (con todos sus miembros objetores de conciencia) fue a visitarle a casa para convencerle de que no solicitara la ayuda para morir.

«Me intentaron convencer de que no solicitara la eutanasia, me preguntaban que si había pensado en mi familia, que tenían pacientes que llevaban ocho años postrados, que se comunicaban con los ojos y que eran felices. Yo les dije que me daba igual, que no quería seguir sufriendo»<sup>81</sup>.

A pesar de haber realizado todos los trámites, la Comunidad de Madrid todavía no había aprobado en ese momento la Comisión de Garantías<sup>82</sup> y, por tanto, Javier no había tenido ayuda para morir. Otro proceso que se ralentizó.

«De verdad, creo que si esto les pasara a alguno de ellos, o algún miembro de su familia, esto ya estaría en funcionamiento. Si estuviera en otra comunidad autónoma, no hubiese llegado a estar como estoy, me hubiera ido ya»<sup>83</sup>.

Estos dos supuestos no son más que un reflejo de las «trampas» que pueden utilizarse para burlar una ley que, como he dicho, por la sensibilidad del tema que abarca, debe ser muy garantista. Estas garantías son utilizadas en ocasiones para hacer los procesos lentos por parte, en este caso, de una comunidad discrepante con la misma. Esta situación, desgraciadamente, solo sirve para prolongar agonías y no para garantizar un triunfo de la vida.

<sup>80</sup> [https://cadenaser.com/programa/2021/09/28/hoy\\_por\\_hoy/1632810712\\_299554.html](https://cadenaser.com/programa/2021/09/28/hoy_por_hoy/1632810712_299554.html) (última revisión realizada el 01/10/2021).

<sup>81</sup> Ibídem.

<sup>82</sup> Madrid y Andalucía son las comunidades que más tardaron en crear la obligatoria Comisión de Garantías y Evaluación prevista en la Ley y que es necesaria para garantizar la ayuda a morir dignamente. Madrid creó esta Comisión el 19 de octubre de 2021.

<sup>83</sup> Ibídem. Después de una espera de más de cuatro meses, Javier Serrano fue la primera persona de la Comunidad de Madrid a la que se le ha aplicado la eutanasia. <https://elpais.com/espana/madrid/2021-11-03/javier-un-enfermo-de-ela-sera-este-miercoles-el-primer-madrileno-en-someterse-legalmente-a-una-eutanasia.html> (última revisión realizada el 13/04/2022).

No obstante, con esto no finalizó la lucha de la Comunidad de Madrid contra la despenalización de la eutanasia, puesto que dicha comunidad incorporó como disposición adicional segunda a la ley autonómica 1/2023, de 15 de febrero, por la que se creó la Agencia Madrileña para el Apoyo a las Personas Adultas con Discapacidad la obligatoriedad de autorización judicial para aplicar la eutanasia a personas con discapacidad tuteladas. En este sentido, el Gobierno presentó un recurso de constitucionalidad en el que se pedía la suspensión de la norma, de acuerdo a la posibilidad recogida en el art. 161.2 del texto constitucional. El recurso ha sido admitido a trámite y, hasta que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto, se ha suspendido la aplicación del precepto<sup>84</sup>.

Dejando de lado lo que supone realmente esta práctica y su estrecha relación con la política y los intereses que desde ella se defienden, sería necesario, en esta reflexión final, preguntarse si la Ley se ha quedado corta al no regular todos los supuestos de la ayuda a morir. Me estoy refiriendo a si se debió despenalizar no sólo la ayuda a morir por parte de un médico y ampliar esa despenalización para familiares o incluso amigos. Aquí mi postura no está tan clara. De momento, si esa prestación de la ayuda para morir se lleva a cabo por los facultativos y cumple la función, creo, aunque no aseguro, que sería suficiente porque el resultado perseguido quedaría garantizado. Ahora bien, volvemos a lo mismo, son temas sensibles y el legislador ha querido ser comedido y garantista, iniciar poco a poco un nuevo camino. Con el tiempo posiblemente veamos giros y cambios de rumbo, y podrán realizarse en cualquier dirección.

La legalización de la eutanasia implica, como bien apuntan sus detractores, la lesión de la vida humana; pero considero que aquí lo verdaderamente importante es pensar en qué condiciones se encuentran las personas a las que se les está lesionando esa vida humana (condiciones de fatalidad) y se lesiona en aras de la protección de la autonomía de la voluntad, de la libertad y de la dignidad. Aquellos sectores que rechazan la despenalización de la eutanasia lo hacen porque piensan que estamos ante un conflicto de intereses, un conflicto de intereses en el que la balanza siempre se tiene que inclinar hacia el lado de la vida. Mientras que los defensores de la legalización de la eutanasia consideramos constitucional que la autonomía de la voluntad, la dignidad humana y la libertad inclinen esa balanza en el sentido contrario.

En esta guerra de argumentos, otra de las cuestiones más repetidas por parte de los detractores de esta ley es que la muerte digna no garantiza la eutanasia porque no existiría ninguna muerte digna, y que van a ser los cuidados paliativos los que garanticen una vida digna hasta el

<sup>84</sup> <https://elpais.com/espana/2023-06-06/el-tribunal-constitucional-suspende-una-ley-de-ayuso-que-fijaba-lmites-a-la-ley-de-eutanasia.html?ssm=whatsapp> (última revisión realizada el 18/06/2023).

final. Desde mi punto de vista, tanto la eutanasia como los cuidados paliativos deben estar garantizados. Imponer una cosa sobre la otra implicaría querer controlar algo que sólo depende del foro interno de aquellas personas que están padeciendo enfermedades durísimas y son ellas las únicas que podrán tomar la decisión que consideren más satisfactoria. La información, en este sentido, resulta fundamental. El paciente debe conocer con total objetividad las opciones que se le ofrecen para decidir en libertad, sin que sea dirigido en un sentido o en otro. El supuesto citado anteriormente del enfermo de ELA que intentó ser convencido por personas dedicadas a los cuidados paliativos para que rechazara la eutanasia es un ejemplo de la imposición de una mirada que no tiene que ser compartida. Hay personas que tienen ELA y deciden vivir hasta el último minuto, y puede que sean muy felices con cuidados paliativos y comunicándose con los ojos; sin embargo, otras, con el mismo padecimiento, no lo son. Cada persona tiene que tomar su decisión. Los cuidados paliativos y la eutanasia son, desde mi punto de vista, dos prestaciones no excluyentes, complementarias y necesarias en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. En la misma línea, no me parece acertado el argumento planteado por los defensores de los cuidados paliativos y detractores de la eutanasia legalizada que defienden que, si se invierte mucho en unos cuidados paliativos de calidad, el derecho a recibir la eutanasia no debería existir porque una vida buena hasta el final quedaría asegurada. Este argumento me recuerda a otro similar que se vertía en los grandes debates sobre el aborto, si se dieran recursos económicos suficientes a la mujer embarazada de un hijo no deseado, no haría falta un derecho al aborto. Sin embargo, por muy buenos cuidados paliativos que se tuvieran, habría enfermos que seguirían prefiriendo la eutanasia y, por muy buenas condiciones económicas con las que se dotara a una mujer embarazada de un hijo no querido, siempre habría mujeres que desearían abortar ¿sería, entonces, este un argumento válido y realista?

La STC 19/2023, de 22 de marzo desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta diputados del Grupo parlamentario VOX al considerar constitucional la despenalización de la eutanasia activa. Por ello, finalizo recordando que la solicitud de la ayuda para morir que garantiza la Ley de Eutanasia no se ha convertido en una obligación y sí en una opción para personas que se encuentran en situaciones durísimas. Algunas deciden vivir y otras no. Lo importante no es la decisión que tomen, sino que puedan tomarla.

## 8. Bibliografía

Antón Mellón, J., Álvarez Jiménez, G. y Pérez Rothstein, P. A., «Medios de comunicación y populismo punitivo en España», *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 9, septiembre, 2015.

- Beca, J. P. y Leiva, A., «¿Es aceptable la eutanasia en niños?», *Revista Chilena de Pediatría*, vol. 85, nº 5, 2014.
- Calsamiglia Blancafort, A., «Sobre la eutanasia», *Doxa*, nº 14, 1993.
- Cassel, E. J., «The nature of suffering and the goals of medicine», *The New England Journal of Medicine*, 18 de marzo, 1982.
- Cobo Del Rosal, M. y Carbonell, J. C., «Conductas relacionadas con el suicidio. Derecho vigente y alternativas político-criminales», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Homenaje al Profesor J. A. Sáinz Cantero, 1987.
- D' Ors, A., «La legítima defensa en el nuevo catecismo de la Iglesia Católica», *Verbo: Revista de formación cívica y de acción cultural, según el derecho natural y cristiano*, n. 365-366, 1998.
- Del Rosal Blasco, B., «La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 40, 1987.
- García Magna, D., «La opinión pública sobre la eutanasia en España ante una inminente reforma penal», *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la seguridad*, nº extra 7, 2021.
- Gascón Abellán, M., «¿De qué hablamos cuando hablamos de eutanasia?», *Humanitas. Humanidades Médicas*, vol. 1, nº 1, Enero-Marzo, 2003.
- Gimbernat Ordeig, E., «Eutanasia y Derecho Penal», en *Ídem. Estudios en Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990.
- Groenewoud, J. H. et. al., «Physician-Assisted Death in Psychiatric Practice in the Netherlands», *Engl J Med*, nº 336, 1997.
- Juanatey Dorado, C., «Notas históricas sobre el suicidio y la eutanasia», *Humanitas. Humanidades Médicas*, vol. 1, nº 1, Enero-Marzo, 2003.
- Kim, S.; De Vries R. y Peteet, R., «Euthanasia and Assisted Suicide of Patients with Psychiatric Disorders in the Netherlands 2011–2014», *JAMA Psychiatry*, nº 73, 2016.
- Marcos Del Cano, A. M., *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- Marra, R., *Suicidio, Diritto e Anomia. Immagini della norte volontaria nella civiltà occidentale*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1987.
- Martín Hortigüela, M. E., «Análisis del debate sobre la eutanasia neonatal a través de la literatura actual», *Cuadernos de Bioética*, XXVI, 2015.
- Martínez López-Muñiz, J. L., «El deber de proteger la vida, y especialmente de los más debilitados, frente a un inexistente derecho a qui-

- tarse la vida por sí o por otros», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 122, 2021.
- Muñagorri Laguía, I., *Eutanasia y Derecho Penal*, Ministerio de Justicia e Interior. Centro de Publicaciones, Madrid, 1994.
- Muñoz Conde, F., «Prólogo», en Jakobs, G. *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Núñez Paz, M. A., «Necesidad de un concepto pre-legal de eutanasia, aspectos constitucionales y otras precisiones sobre la proposición de 'ley orgánica de regulación de la eutanasia' en España. Intervención de terceros en la muerte deseada y política legislativa», *Revista General de Derecho Penal*, nº 34, 2020.
- Payán Ellacuria, E., «Análisis jurídico-penal de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: una propuesta de lege ferenda», *e-Eguzkilore*, nº 5, 2020.
- Ramos Pozón, S., «Sufrimiento insopportable, salud mental y eutanasia. Apuntes para las enfermeras», *Revista científica de la Asociación de Historia y Antropología de los cuidados*, nº 58, 2020.
- Requena López, T., «Sobre el derecho a la vida», *Revista de Derecho constitucional europeo*, nº 12, 2009.
- Romeo Casabona, C. M., «La Ley Orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del Código Penal», *Revista Penal*, nº 49, 2022.
- Thienpont, L., Verhofstadt, M., Van Loon, T. y Distelmans, W. *et. al.*, «Euthanasia requests, procedures and outcomes for 100 Belgian patients suffering from psychiatric disorders: a retrospective, descriptive study», *BMJ Open*, 2015.
- Tomás-Valiente Lanuza, C., «Sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia (algunas inexactitudes y tergiversaciones en el debate)», *RJIB. Revista jurídica de les Illes Balears*, nº 21, 2022.
- Torres Del Moral, A., *Principios de Derecho Constitucional Español 1*, Ateneo, Madrid, 1985.
- Velasco Bernal, C. y Trejo Gabriel Galán, J. M., «Leyes de Eutanasia en España y en el mundo: aspectos médicos», en *Atención primaria*, nº 54, 2022.

## 9. Otras fuentes

- <https://abimad.org/12-argumentos-contra-la-eutanasia/>.
- <https://www.publico.es/sociedad/entrevista-angel-hernandez-eutanasia-muerte-digna.html>.

- <https://www.libertaddigital.com/opinion/cristina-losada/la-eutanasia-que-viene-88059/>.
- <https://www.hayderecho.com/2019/04/14/salvini-vox-y-la-legitima-defensa/>.
- <https://www.infosalus.com/salud-investigacion/noticia-siete-cada-diez-personas-espagna-favor-eutanasia-frente-15-contracis-20210128125124.html>.
- [https://elpais.com/sociedad/2019/06/04/actualidad/1559672340\\_968899.html](https://elpais.com/sociedad/2019/06/04/actualidad/1559672340_968899.html).
- [https://www.elconfidencial.com/mundo/2016-07-05/eutanasia-suiza-turismo-muerte\\_1227670/](https://www.elconfidencial.com/mundo/2016-07-05/eutanasia-suiza-turismo-muerte_1227670/).
- <https://www.redaccionmedica.com/noticia/cuidados-paliativos-como-alternativa-a-la-eutanasia-2636>.
- <https://www.oxoespana.es/noticias/vox-afirma-que-la-ley-de-eutanasia-es-una-locura-la-vida-no-depende-de-los-politicos-20201214>.
- <https://www.elmundo.es/espaa/2019/04/08/5cab0e57fc6c8350048b461c.html>.
- <https://elpais.com/espaa/madrid/2021-11-03/javier-un-enfermo-de-ela-sera-este-miercoles-el-primer-madrileno-en-someterse-legalmente-a-una-eutanasia.html>.
- [https://www.consalud.es/politica/espaa-puesto-28-paises-atencion-vida\\_108674\\_102.html](https://www.consalud.es/politica/espaa-puesto-28-paises-atencion-vida_108674_102.html).
- <https://www.medicalnewstoday.com/articles/es/trastorno-de-personalidad-multiple>.
- [https://es.ara.cat/internacional/olympe-youtuber-francesa-23-anos-pedido-suicidio-asistido\\_1\\_4610129.html](https://es.ara.cat/internacional/olympe-youtuber-francesa-23-anos-pedido-suicidio-asistido_1_4610129.html).
- <https://www.oxoespana.es/wp-content/uploads/2021/06/Recurso-Inconstitucionalidad-Eutanasia-VOX.pdf>.
- <https://presnolinera.wordpress.com/2023/04/26/la-sentencia-del-tribunal-constitucional-17-2023-de-22-de-marzo-sobre-la-ley-organica-reguladora-de-la-eutanasia/>.
- <https://elpais.com/espaa/2023-06-06/el-tribunal-constitucional-suspende-una-ley-de-ayuso-que-fijaba-lmites-a-la-ley-de-eutanasia.html?ssm=whatsapp>.

# PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE, CONCURRENCIA DE DELITOS Y ACUMULACIÓN DE PENAS

Cristina Rodríguez Yagüe

Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Castilla-La Mancha

*Title: Life imprisonment, concurrent crimes and accumulation of sentences*

**Resumen.** Ocho años después de su entrada en vigor, las condenas a prisión permanente revisable no dejan de sucederse, evidenciando los problemas derivados de la deficiente técnica legislativa empleada por el legislador del 2015. Uno de los aspectos más desapercibidos, pero que mayores problemas está planteando en la práctica, es la determinación de la pena efectivamente a cumplir, a través de los procedimientos de liquidación judicial y penitenciaria que pretenden el establecimiento de una pena única sobre la que actúe el sistema de individualización científica configurado por la Ley Orgánica General Penitenciaria y sobre el que el TC ha construido la constitucionalidad de esta pena en la controvertida STC 169/2021. Este trabajo analiza los problemas que se plantean en los procedimientos de liquidación de la pena, particularmente cuando hay casos de concurrencia entre la prisión permanente revisable y penas privativas de libertad.

**Palabras clave:** prisión permanente revisable; penas de prisión; procedimiento de liquidación judicial y penitenciaria; concurrencia de delitos.

**Abstract:** *Eight years after its entry into force, sentences to life imprisonment subject to review continue to occur, highlighting the issues stemming from the deficient legislative technique employed by the legislator in 2015. One of the most overlooked aspects, yet posing significant challenges in practice, is the determination of the sentence effectively to be served, through judicial and penitentiary liquidation procedures that aim to establish a unified penalty subject to the scientific individualization system outlined by the General Penitentiary Organic Law. The Constitutional Court*

(TC), in the controversial ruling 169/2021, has built the constitutionality of this penalty around the said system. This work analyzes the problems arising in the penalty liquidation procedures, particularly in cases involving the concurrent application of life imprisonment subject to review and other custodial sentences.

**Key words:** life imprisonment with parole review; prison sentence; judicial and penitentiary liquidation procedures; concurrent offenses.

**Sumario:** 1. Introducción. – 2. La determinación de la pena efectivamente a cumplir: la liquidación penal y penitenciaria. – 3. Liquidación penal y penitenciaria en casos de una única pena de prisión permanente revisable. – 4. Liquidación penal y penitenciaria en casos de concurrencia de varios delitos castigados con penas privativas de libertad. – 5. Conclusión. – 6. Bibliografía.

## 1. Introducción<sup>1</sup>

Gran parte del debate jurídico que se generó en nuestro país con la introducción de la pena de prisión permanente revisable desde que se plasmó en el Anteproyecto de reforma de Código penal de 2012<sup>2</sup>, hasta su incorporación final al Código penal por LO 1/2015, de 30 de marzo, e incluso con posterioridad, en torno a su necesidad y, sobre todo, a su constitucionalidad, ha abordado el análisis como pena considerada en abstracto.

En una suerte de estudio «de laboratorio», la evaluación sobre aspectos fundamentales como su acomodo al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y a los estándares internacionales<sup>3</sup>, sus precedentes en dere-

<sup>1</sup> Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación de la UNED «Personas condenadas a prisión permanente revisable en España: un estudio penitenciario y jurídico-penal» (2022V/ITEMP/006), dirigido por Noelia María Corral. Quiero agradecer a Puerto Solar Calvo y a Xabier Etxebarria Zarrabeitia sus reflexiones, que me han servido de gran ayuda para la realización de este trabajo.

<sup>2</sup> Por todos, véanse los estudios incorporados y propuestas alternativas en F.J. Álvarez García (Dir.) y J. Dopico Gómez-Aller (Coord.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1 y ss. Véase también M. Cancio Meliá: «La pena de cadena perpetua («prisión permanente revisable») en el Proyecto de reforma del Código Penal». *Diario La Ley* nº 8175, 2013, pp. 1 y ss.

<sup>3</sup> Entre otros, en J. Landa Gorostiza: «Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿derecho a la esperanza?». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 17, 2015, pp. 1 y ss.; C. Rodríguez Yagüe: «Los estándares internacionales sobre la cadena perpetua del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 17, 2018, pp. 225 y ss.; C. Rodríguez Yagüe: «La cadena perpetua en el seno del Consejo de Europa: estándares penitenciarios del Comité de Ministros y del Comité Europeo para la prevención de la tortura». *El diseño de la ejecución penitenciaria de la prisión permanente revisable*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 25 y ss.; D. Van Zyl Smit, y C. Rodríguez

cho comparado<sup>4</sup>, su constitucionalidad<sup>5</sup>, la viabilidad de los requisitos y

Yagüe: «Un acercamiento a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la cadena perpetua y a su posible proyección sobre la prisión permanente revisable en España», *Revista General de Derecho Penal* nº 31, 2019, pp. 1 y ss.; I. Icuza Sánchez: *La prisión permanente revisable. Un análisis a la luz de la jurisprudencia del TEDH y del modelo inglés*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1 y ss.; M. Roig Torres: «Suspensión de la prisión permanente revisable. Situación en derecho comparado y jurisprudencia del TEDH», *Penas perpetuas*. C. Rodríguez Yagüe (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 661 y ss.; J. Núñez Fernández: «El primer condenado a prisión permanente revisable en España ante el TEDH: ¿sería posible una condena por vulneración del art. 3 CEDH?», *Penas perpetuas*. C. Rodríguez Yagüe (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 117 y ss.; o B. López Lorca: «Los estándares del Consejo de Europa sobre la concesión de la libertad condicional. Implicaciones para el sistema de revisión de la pena de cadena perpetua», *El diseño de la ejecución penitenciaria de la prisión permanente revisable*. C. Rodríguez Yagüe (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 45 y ss.

<sup>4</sup> Así, por ejemplo, en M. Roig Torres: *La cadena perpetua en el derecho alemán y británico. La prisión permanente revisable*. Iustel, Madrid, 2016, pp. 1 y ss.; o M. Roig Torres: «Suspensión de la prisión permanente revisable. Situación en derecho comparado y jurisprudencia del TEDH», ob. cit., pp. 661 y ss.; M.J. Sánchez Robert: «La constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable en la Unión Europea: especial referencia a las legislaciones española y alemana», *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*. Morillas Cuevas, L. (Dir.). Dykinson, 2016, pp. 541 y ss.; A. Casals Fernández: *La prisión permanente revisable*, BOE, Madrid, 2019, pp. 57 y ss.; Icuza Sánchez: *La prisión permanente revisable. Un análisis a la luz de la jurisprudencia del TEDH y del modelo inglés*, ob. cit., pp. 45 y ss.

<sup>5</sup> Puede consultarse el Dictamen sobre el que se construyó el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la prisión permanente revisable y realizado por J.A. Lascuraín Sánchez; M. Pérez Manzano; R. Alcácer Guirao; L. Arroyo Zapatero; F.J. de León Villalba; y L. Martínez Garay, en: *Contra la cadena perpetua*. C. Rodríguez Yagüe (Coord.), Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 17 y ss. Véanse también, entre otros, los trabajos de A. Cuerda Riez: *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*. Atelier, Barcelona, 2011, pp. 1 y ss.; J. C. Ríos Martín: *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*. Gakoa Liburuak, San Sebastián, 2013, pp. 1 y ss.; A. Cuerda Riez: «La cadena perpetua vulnera el artículo 14 de la Constitución, que prohíbe cualquier trato discriminatorio», *Contra la cadena perpetua*. C. Rodríguez Yagüe (Coord.), Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 135 y ss.; M. Acale Sánchez: «Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva del derecho penitenciario», *Contra la cadena perpetua*. C. Rodríguez Yagüe (Coord.). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 163 y ss.; S. Camara Arroyo, D. Fernández Bermejo: *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*. Aranzadi, 2016, pp. 1 y ss.; J.L. de la Cuesta Arzamendi: «Principio de humanidad y prisión perpetua», *Contra la cadena perpetua*. C. Rodríguez Yagüe (Coord.), Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 125 y ss.; J.A. Lascuraín Sánchez: «No solo mala: inconstitucional», *Contra la cadena perpetua*. C. Rodríguez Yagüe (Coord.), Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 119 y ss.; L. Martínez Garay: «Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua», *Contra la cadena perpetua*. C. Rodríguez Yagüe (Coord.) Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 139 y ss.; A. Serrano Gómez, M.I. Serrano Maflo: *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*. Dykinson, Madrid, 2016, pp. 1 y ss.; N. García Rivas: «Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable», *Penas de prisión de larga duración: una perspectiva transversal*. F.J. De León Villalba (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 647 y ss.; P. Solar Calvo: «Fundamentos penitenciarios en contra de la constitucionalidad de la

plazos sobre los que la ha construido el legislador<sup>6</sup>, o incluso el modelo —o más bien la ausencia de él— de ejecución<sup>7</sup>, se ha realizado pensando en la imposición a un sujeto de una única pena de prisión permanente revisable.

Ocho años ya tras su irrupción en nuestro Ordenamiento, la prisión permanente revisable ha pasado a ser una tremenda realidad. Las condenas no dejan de sucederse, algo facilitado por el legislador con la ampliación de la figura del asesinato y por los tribunales en la cuestionable apreciación conjunta de la circunstancia de la alevosía del asesinato (art. 139.1.1<sup>a</sup> CP) con el asesinato agravado del 140.1.1<sup>a</sup> CP (víctima menor de 16 años o persona especialmente vulnerable)<sup>8</sup>. El número de fallos condenatorios supera la cincuentena<sup>9</sup>, y el número de personas con sentencia firme cumpliendo esta pena en los centros penitenciarios depen-

prisión permanente revisable». *Diario La Ley* nº 9166, 2018; pp. 1 y ss.; o M.A. Presno Linera: «Es constitucional la pena de prisión permanente revisable?». *Un sistema de sanciones penales para el siglo xxi*. L. Roca de Agapito (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; pp. 251 y ss.

<sup>6</sup> Entre otros, J.L. Fuentes Osorio: «¿La botella medio llena o medio vacía? La prisión permanente: el modelo vigente y la propuesta de reforma». *Revista de Derecho constitucional europeo* nº 21, 2014, pp. 309 y ss.; M. Acale Sánchez: «La prisión permanente revisable y la revisión del sistema de penas». *Reformas penales en la Península Ibérica: a «jangada de pedra»?* BOE, Madrid, 2021, pp. 351 y ss.; M. Díaz y García de Conledo: «Los límites constitucionales y el sistema de penas: la prisión permanente revisable». *Retos actuales del Estado constitucional*. Universidad de León; Seijas Villandangos (Coord.). 2022, pp. 181 y ss.; V. Cervelló Donderis: «Nuevas fórmulas de revisión de las penas perpetuas y de larga duración». *El diseño de la ejecución penitenciaria de la prisión permanente revisable*. C. Rodríguez Yagüe (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 491; o J.C. Ríos Martín: «Prisión perpetua revisable: reflexiones sobre los mecanismos legales de excarcelación». *El diseño de la ejecución penitenciaria de la prisión permanente revisable*. C. Rodríguez Yagüe (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 375 y ss.

<sup>7</sup> Así, V. Cervelló Donderis: *Prisión perpetua y de larga duración*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1 y ss.; C. García Valdés: «Sobre la prisión permanente y sus consecuencias penitenciarias». *Contra la cadena perpetua*. C. Rodríguez Yagüe (Coord.). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 171 y ss.; C. Rodríguez Yagüe: *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1 y ss.; Casals Fernández: «La ejecución penitenciaria de la pena de prisión permanente revisable». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXII, 2019, pp. 669 y ss.; Casals Fernández: *La prisión permanente revisable*, ob. cit., pp. 173 y ss.; o C. Rodríguez Yagüe (Dir.): *El diseño de la ejecución penitenciaria de la prisión permanente revisable*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1 y ss.

<sup>8</sup> Sobre ello, N. García Rivas: «Algunos problemas aplicativos del asesinato castigado con prisión permanente revisable». *Penas perpetuas*, C. Rodríguez Yagüe (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 163 y ss.

<sup>9</sup> Véase el interesante estudio y su plasmación en un Anexo en el que se refieren todas las sentencias en las que hasta el momento se ha impuesto la pena de prisión permanente revisable en: N. Corral Maraver (Dir.): *Personas condenadas a prisión permanente revisable en España. Cuestiones penales y penitenciarias*. Dykinson, 2024 (en prensa). También, el interesante trabajo realizado por C. Sánchez Benítez: «Tratamiento jurisprudencial de la prisión permanente revisable (2015-2022)». *Revista General de Derecho Penal* nº 40, 2023, pp. 1 y ss.

dientes de la Administración General del Estado (excluidos Cataluña y País Vasco) es de 36: 28 hombres y 8 mujeres<sup>10</sup>.

Y es ahora cuando los problemas derivados de una deficiente técnica legislativa, pero también de la ausencia de ella, han empezado a salir a la luz<sup>11</sup>.

En efecto, la regulación de la prisión permanente revisable refleja una técnica legislativa muy deficiente, pues el legislador penal se limitó a incorporar su referencia expresa, casi obligado<sup>12</sup>, en la clasificación de penas en función de su naturaleza y duración, como pena grave y privativa de libertad (arts. 33 y 35 CP), pero en cambio no procedió ni a la necesaria tarea de revisar y acomodar el sistema de penas en su conjunto ante la aparición de una pena de tal magnitud<sup>13</sup>, ni a la más concreta de acomodación del Título III del Libro I del Código penal en la regulación de las penas, en aspectos tan importantes como su posible convivencia con las penas accesorias, con la figura de la sustitución de la pena por expulsión del territorio nacional, o en el abono de la prisión provisional, ni tampoco del Título IV, dando lugar a las medidas de seguridad indeterminadas en caso de comisión de asesinatos agravados del art. 140 CP por personas declaradas inimputables sin sistema alguno de revisión previsto<sup>14</sup>.

Pero, además, la reforma vino acompañada de una inexplicable falta de adaptación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) y de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP)<sup>15</sup>. En su empeño de incluir la

<sup>10</sup> Según datos facilitados el 12/12/2023 por la Subdirección General de Relaciones Institucionales de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

<sup>11</sup> Aspectos técnicos que han pasado más desapercibidos. Véanse sobre algunos de ellos los trabajos de: C. López Peregrín: «Más motivos para derogar la prisión permanente revisable», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* nº 20, 2018, pp. 1 y ss.; P. Palomo del Arco: «La pena de prisión permanente revisable. Una pena innecesaria», disponible en [www.fiscal.es/](http://www.fiscal.es/); o C. Rodríguez Yagüe: «Seis frentes abiertos de la prisión permanente revisable», *Diario La Ley* nº 9479, 2019, pp. 1 y ss.

<sup>12</sup> Y podría decirse que obligado, puesto que no estaba prevista inicialmente en el Anteproyecto de Ley pero fue incorporada a instancias de los Informes emitidos por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), Consejo Fiscal y Consejo de Estado que advirtieron de los problemas de legalidad que tal omisión podría plantear.

<sup>13</sup> Sobre ello, C. Rodríguez Yagüe: «La evolución legislativa de las penas de prisión de muy larga duración». *Penas perpetuas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 335 y ss.

<sup>14</sup> Véase, entre otros, a M.V. Sierra López: «La medida de `internamiento permanente revisable': una consecuencia de la prisión permanente revisable en el ámbito de las medidas de seguridad». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 23, 2021, pp. 1 y ss.; C. Sánchez Benítez: «Prisión permanente revisable y medidas de seguridad. A propósito del internamiento permanente revisable». *Penas perpetuas*. C. Rodríguez Yagüe (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 557 y ss; y J. Nistal Burón: «La pena de prisión permanente revisable. Consecuencias y efectos en el ámbito de las medidas de seguridad privativas de libertad». *El diseño de la ejecución de la prisión permanente revisable*. C. Rodríguez Yagüe (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 679 y ss.

<sup>15</sup> Y, consiguientemente, por supuesto, del Reglamento Penitenciario (RP).

materia de ejecución penitenciaria<sup>16</sup>, particularmente en lo que se refiere al endurecimiento del régimen de cumplimiento, en el Código penal<sup>17</sup>, el legislador no vio la necesidad de adecuar a una pena indeterminada, sin horizonte final, la LOGP diseñada para la ejecución de penas de prisión determinadas y con una previsión de cumplimiento efectivo no más allá de los 20 años<sup>18</sup>. Tampoco ha entendido necesaria la reforma de la LECrime, en la que se regulan cuestiones fundamentales como la prisión provisional y donde también debería clarificarse la competencia de los tribunales encargados de la toma de decisiones penitenciarias respecto a esta pena, así como su procedimiento y recursos.

Ocho años después de su entrada en vigor, ambas normas siguen sin reforma, lo que no encuentra una explicación lógica. Podría pensarse que el propio legislador no albergara gran esperanza en la perdurabilidad de la propia pena que en ese momento creaba. De hecho, el mismo día de la entrada en vigor se presentó un recurso de inconstitucionalidad por, entre otros diputados y senadores, quien meses después ostentaría la presidencia del gobierno español y tendría capacidad de iniciar una propuesta de reforma legislativa. De esa manera se abrían dos esperanzadoras vías para su desaparición del Código penal: su declaración de inconstitucionalidad por el TC, su derogación legislativa mediante reforma del Código penal<sup>19</sup>. La controvertida sentencia 169/2021, de 6 de octubre<sup>20</sup>,

<sup>16</sup> Que, consecuentemente y con la única excepción de la libertad condicional por tradición histórica que ha estado regulada en el Código penal, se contenía en la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

<sup>17</sup> Proceso iniciado por el legislador penal en el Código penal de 1995, por ejemplo, con la previsión de la figura del cumplimiento íntegro de las condenas en el art. 78 CP y profundizada en 2003 con la regulación del período de seguridad para el acceso al tercer grado con la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

<sup>18</sup> Puesto que, en el momento de su aprobación, el máximo de cumplimiento de las penas, establecido en 30 años, se veía en la práctica reducido por la aplicación del beneficio penitenciario de la redención de penas por el trabajo. Además, como bien recuerda C. García Valdés, la reforma penitenciaria por él acometida formaba parte de una reforma más amplia en el campo penal que pretendía limitar los máximos de cumplimiento a un máximo excepcional de 20 años, como el previsto en las legislaciones de nuestro entorno. C. García Valdés: «La reforma penitenciaria española». *Estudios de Derecho Penitenciario*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 114.

<sup>19</sup> Más detenidamente sobre ello, C. Rodríguez Yagüe: «La determinación de la indeterminada prisión permanente revisable», en N. Corral Maraver (Dir.): *Personas condenadas a prisión permanente revisable en España. Cuestiones penales y penitenciarias*. Dykinson, 2024 (en prensa). Sobre los proyectos de reforma existentes que se han planteado en este tiempo, especialmente para su ampliación, véase el trabajo de S. Cámara Arroyo: «Las propuestas de reforma y ampliación de la prisión permanente revisable en España». *Penas Perpetuas*. C. Rodríguez Yagüe (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 273 y ss.

<sup>20</sup> Sobre la sentencia, véanse, entre otros, los comentarios críticos de A. Casals Fernández: «La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable». *La Ley Penal* nº 153, 2021, pp. 1 y ss.; M. Atienza, C. Juanatey Dorado: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable». *Diario La Ley* nº 10017, 2022, pp. 1 y ss.; H. Colomo

cerró directamente la primera de ellas y, de forma indirecta, también la segunda, pues el gobierno acabó condicionando la propuesta de reforma a la decisión del Tribunal Constitucional.

Podría pensarse también que el legislador no vio urgencia en la adecuación de estas dos normas vistos los plazos tan amplios sobre los que se construye esta pena, pensando que hasta dentro de más de una década desde su entrada en vigor e imposición no habría que plantearse el acceso a un régimen de semilibertad o hasta más de dos su revisión y decisión sobre la concesión de la libertad condicional, con lo que tiempo habría para realizar estas reformas. Esta opción sería aún más inquietante que la anterior, pues supondría algo así como tirar la llave de la esperanza al mar, al menos durante décadas, en encierros que serán efectivamente de por vida.

Uno de esos aspectos más desapercibidos, pero que en su aplicación práctica en la actualidad están resultando más problemáticos, es el relativo a los casos de concurrencia de la prisión permanente revisable con otras penas de prisión. O incluso también con otras penas privativas de derechos. Una lectura rápida de los fallos de las más de 50 sentencias condenatorias en las que ya se ha impuesto esta pena nos muestra que en la mayoría de los casos el autor/a es condenado, además de a prisión permanente revisable —o incluso a varias prisiones permanentes—, a penas de prisión, además de a otras penas privativas de derechos.

La ejecución penitenciaria de una pena cumplida en un centro penitenciario, ya sea la pena de prisión, ya también la prisión permanente revisable, requiere de la existencia de una pena única efectivamente a cumplir, sobre la que se determinarán las figuras penitenciarias, que se configuran dentro del sistema de individualización científica configurado

---

Iraola: «La pena interminable: una reflexión crítica sobre la prisión permanente revisable a propósito de la STC 169/2021, de 6 de octubre». *Revista de Derecho Penal y Criminología* nº 28, 2022, pp. 13 y ss.; J.A. Lascuraín Sánchez: «La insopportable levedad de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable». *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 32, 2022, pp. 1 y ss.; J.A. Lascuraín Sánchez: «¿Es la prisión permanente revisable inhumana o indeterminada? La insuficiente respuesta de la STC 169/2021?». *Penas perpetuas*. C. Rodríguez Yagüe (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 209 y ss.; P. Solar Calvo: «Revisando la prisión permanente revisable. ¿De verdad es constitucional?». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXV, 2022, pp. 557 y ss.; D. Varona Gómez: «Quo vadis. T.C.? Sobre la constitucionalidad de la Prisión Permanente Revisable (PPR). STC 169/2021». *InDret* 1/2022, pp. VI y ss.; V. Cervelló Donderis: «Una lectura de la STC 169/2021, de 6 de octubre en clave de ejecución: evitar la perpetuidad de la prisión permanente revisable». *Revista General de Derecho Penal* nº 40, 2023, pp. 1 y ss.; M.M. Martín Aragón: «De nuevo sobre la prisión permanente revisable español: el contexto de su nacimiento, la sentencia del Tribunal Constitucional que la avala y el pretendido proyecto de reforma». *Derecho PUCP* nº 90, 2023, pp. 359 y ss.; o M. Pérez Manzano: «Truco, trato y el comodín del derecho comparado. Sobre la proporcionalidad y la adecuación al mandato de resocialización de la prisión permanente revisable». *Penas perpetuas*. C. Rodríguez Yagüe, (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 185 y ss.

por nuestro legislador penitenciario (art. 72 LOGP): los permisos de salida, los beneficios penitenciarios, el acceso al tercer grado y a la libertad condicional. En el caso de concurrencia de delitos en concurso real, esa pena única se obtiene gracias a la figura de la acumulación de condenas que, junto con el establecimiento de marcos máximos de cumplimiento, responde a la necesidad de acomodación del cumplimiento de las penas a los principios de humanidad y de reinserción. Sin embargo, la aparición de una pena de prisión permanente revisable, en concurrencia con otras penas de prisión, dibuja un horizonte más complejo que requiere una interpretación adecuada a estos principios irrenunciables. Es, en consecuencia, un tema que entraña directamente con la constitucionalidad de esta pena, por lo que también sorprende que no haya sido abordado por el TC en su sentencia 169/2021, construida sobre la imagen de esa única y abstracta prisión permanente revisable.

Pero no debemos olvidar que el TEDH ha construido la adecuación de la cadena perpetua al art. 3 CEDH, que prohíbe las penas inhumanas y degradantes, sobre la posibilidad de su revisión. Y esa posibilidad debe manifestarse en dos planos: debe ser revisable y reducible *de iure*, esto es, debe existir en la legislación un mecanismo que permita examinar si se han producido cambios significativos en el condenado que no justifiquen el mantenimiento de su privación de libertad en atención a motivos penales legítimos, pero también debe serlo *de facto*: esto es, que en la práctica el procedimiento y los requisitos establecidos para ello no la hagan de imposible acceso. Por lo tanto, se vulneraría el art. 3 CEDH tanto si no se contemplase mecanismo alguno de revisión, como si, por ejemplo, se estableciesen plazos de cumplimiento de duración excesiva o si no están claros los requisitos que debe satisfacer el penado para que su condena sea revisada<sup>21</sup>.

En su sentencia 169/2021, el TC ha entendido que la prisión permanente revisable ha superado el test de humanidad de las penas por esa posibilidad de revisión tanto *de iure* como *de facto*<sup>22</sup>, suponiendo para el

<sup>21</sup> Más detenidamente sobre ello: C. Rodríguez Yagüe: «Estándares europeos sobre la cadena perpetua y su ejecución», ob. cit., pp. 7 y ss.

<sup>22</sup> «Se puede afirmar que la reductibilidad de *iure* queda suficientemente garantizada al imponerse al tribunal un examen actualizado y periódico de la evolución personal del interno y de sus condiciones de reingreso en la sociedad `tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado` (art. 92.1, párrafo último, CP). La reductibilidad de *facto* plantea un problema de naturaleza diferente, pues la realización efectiva de este presupuesto dependerá de la diligente aplicación de los institutos resocializadores previstos en nuestro ordenamiento penitenciario antes de promulgarse la Ley Orgánica 1/2015, lo que en un plano material suscita el problema de la suficiencia de los medios aportados por la administración para el éxito del tratamiento, entendido como `el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados` que `pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades` (art. 59 LOGP). Sin embargo, la inconstitucionalidad

Tribunal suficiente garantía la progresividad sobre la que se construye el sistema penitenciario mediante el sistema de individualización científica<sup>23</sup>.

Ahora bien, ese cuestionable y cuestionado análisis del TC sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable y su conformidad con los arts. 15, 17.1, 25.1 y 25.2 CE se hace desde la consideración de la pena en abstracto, entendida además no como una pena indeterminada, sino como una *pena determinable*<sup>24</sup>, sin plantearse el diferente escenario, o no, que supondría la presencia junto a ella de otras penas de prisión acumuladas.

Ante una regulación inadecuada, con lagunas y contradicciones, la interpretación que los operadores jurídicos realicen en la aplicación y ejecución de esta pena, empezando por los procedimientos de liquidación penal y penitenciaria<sup>25</sup>, será determinante ya no sólo para garantizar que sea posible *de facto* esa revisión, sino que incluso puede llevar a concluir, como veremos más adelante y según se resuelvan los supuestos de concursos reales, que en estos casos de acumulación de condenas podríamos estar ante la no posibilidad de revisión de *iure* y, por tanto, ante

---

de la norma no puede basarse en la disponibilidad de medios: se trata de una cuestión que por estar relacionada con la aplicación de la ley, no es susceptible de integrar el juicio abstracto de constitucionalidad, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que puedan derivarse en otros ámbitos» (F.J.4).

<sup>23</sup> «La progresividad del sistema penitenciario y la adaptación del tratamiento a la personalidad del interno constituyen en definitiva paliativos de eficacia reconocida para prevenir el riesgo de que se produzca una disociación manifiesta entre el contenido afflictivo inherente a toda pena privativa de libertad y la intensidad de los sufrimientos infligidos como motivos de su ejecución, disociación que marcaría el punto en el que entraría en crisis el modelo penal desde la perspectiva del principio de humanidad. Conforme al parámetro expuesto, solo en el caso de que el modo y las circunstancias de ejecución de la pena fueran susceptibles de generar un efecto multiplicador de su afflictividad originaria sería posible emitir un juicio *ex ante* de que la ley ha rebasado el límite de lo constitucionalmente admisible. En este aspecto, el sistema de individualización científica definido en el art. 72 LOGP, conocido por su función vertebradora del sistema penitenciario español, representa una garantía suficiente» (F.J.4).

<sup>24</sup> «La pena de prisión permanente revisable no es una pena indeterminada, defecto concurrente en las sanciones gubernativas a las que se referían las SSTC 29/1989 y 129/2006, sino una pena determinable con arreglo a criterios legales pre establecidos cuya individualización judicial se completa en fase de ejecución mediante la aplicación de unos parámetros, los del art. 92.1 CE, claros y accesibles al reo desde el momento de la imposición de la condena, y cuya finalidad no es asegurar su encierro perpetuo, sino supeditarlo, tras la realización de un contenido mínimo retributivo, a su evolución personal» (F.J. 9).

<sup>25</sup> A partir de la cita de Carnelutti: «la gente cree que el proceso penal termina con la condena, y no es verdad», afirma con razón R. de Vicente Martínez que «después del fallo se toman decisiones tan o más trascendentes y, sin duda, una de ellas es la acumulación jurídica de las penas del art. 76 del Código penal, ubicado dentro de las reglas especiales de aplicación de las penas». R. de Vicente Martínez: *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1037.

una pena inhumana y degradante prohibida conforme a los arts. 15 CE y 3 CEDH.

## 2. La determinación de la pena efectivamente a cumplir: la liquidación penal y penitenciaria

La ejecución de las penas privativas de libertad que se cumplen en un establecimiento penitenciario, tradicionalmente la prisión pero ahora también la prisión permanente revisable, en tanto se construye sobre el principio de individualización científica plasmado por el legislador penitenciario en el art. 72 LOGP, requiere del establecimiento de una pena única sobre la que configurar el itinerario penitenciario. Es imprescindible no sólo determinar el inicio de la condena, y en el caso de la pena de prisión su final, sino también la duración de la misma, con el abono del tiempo pasado en prisión provisional o bajo detención, así como, ya para la fase de cumplimiento, cuál es el momento en el que va a poder plantearse el acceso a las distintas figuras penitenciarias que se construyen sobre períodos temporales. Y ello se va a hacer a través de los procedimientos de liquidación judicial y penitenciaria<sup>26</sup>.

Una vez recibido el testimonio de la sentencia con la duración de la condena, la oficina de gestión del centro penitenciario revisará el expediente del interno para ver si ha estado preso por esa causa, elevando a la autoridad judicial solicitud de liquidación de condena indicando los períodos de prisión preventiva que consten y la fecha previsible de inicio de cumplimiento. Es a través de la liquidación judicial, realizada por el secretario del letrado de la Administración de Justicia tras informe del Ministerio Fiscal, como se comunica al interno y al centro penitenciario el contenido de la condena a cumplir, expresada en años, meses y días, así como los períodos de prisión preventiva abonables, el descuento por días de detención u otras medidas cautelares, así como las fechas de inicio y extinción de la condena.

En el caso de la prisión permanente revisable es necesario adaptar esa liquidación a la singularidad de esta pena, en concreto, a su carácter indeterminado. El plazo de inicio de cumplimiento es conocido, pero no el de finalización. Por ello, el plazo de extinción debe ser sustituido por la referencia al momento de la revisión inicial de esta pena, además de adaptarse en el futuro, una vez concedida la libertad condicional, al tiem-

<sup>26</sup> Más detenidamente sobre ello, A. Ferrer Gutiérrez: *Manual práctico sobre ejecución penal y Derecho penitenciario. Doctrina, jurisprudencia y formularios*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 25 y ss.; y A.J. Nieto García: «La liquidación de condena. Determinación de la hoja de cálculo». *Diario La Ley* nº 9257, 2018, pp. 1 y ss. Véase también la Instrucción 1/2005, que regula la Actualización de la Instrucción 19/96, relativa a las oficinas de régimen, cumplimiento de condena y régimen penitenciario.

po de suspensión —entre 5 y 10 años— que haya determinado el tribunal conforme a lo establecido en el art. 92.3 CP.

Tras la recepción por el centro penitenciario de esa liquidación judicial, la oficina de gestión del centro penitenciario procederá a realizar los cálculos de las fechas clave para el acceso a esas figuras que implican decisiones sobre la libertad temporal o definitiva del penado. En el caso de las penas de prisión son los permisos de salida (1/4), el tercer grado —aplicable sólo de haberse previsto el período de seguridad conforme al art. 36.2 CP— (1/2)<sup>27</sup>, el beneficio penitenciario de adelantamiento de la libertad condicional (2/3), la libertad condicional (3/4) y la libertad definitiva (4/4)<sup>28</sup>. Esta liquidación penitenciaria deberá ser aprobada por el Juez de Vigilancia penitenciaria.

También esa liquidación penitenciaria debe adaptarse a la naturaleza distinta de la prisión permanente revisable, estableciendo esos cálculos matemáticos que determinarán a partir de cuándo la Administración penitenciaria y los órganos judiciales competentes podrán valorar la concesión de los permisos ordinarios de salida, la progresión a tercer grado o la revisión de la condena y, en su caso, concesión de la libertad condicional, a partir de la fecha de inicio de cumplimiento de la prisión permanente revisable conforme a los plazos fijos establecidos para cada una de estas figuras en los arts. 36.1, 78 bis y 92 CP. Como veremos más adelante, en todo caso ese cálculo debe hacerse una vez abonado el tiempo pasado en detención y prisión provisional, al igual que se hace para las penas de prisión.

Esos cálculos quedan recogidos en la hoja de cálculo, que se incorpora al expediente penitenciario del penado y que contiene las distintas fechas de repercusión penitenciaria. Al igual que los condenados a penas de prisión, los que lo han sido a prisión permanente revisable deben tener acceso a esa hoja de cálculo en el momento que lo soliciten. De

<sup>27</sup> Y de tratarse de un supuesto de aplicación del cumplimiento íntegro de condenas del art. 78 CP, se calculan los casos especiales de los 4/5 y 7/8 correspondientes al tiempo «mínimo» antes de su desactivación y vuelta al régimen general de existir un pronóstico de reinserción en condenados por terrorismo o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

<sup>28</sup> En el caso de que la persona tenga dos o más condenas de privación de libertad que no sean acumulables, para la realización de estos cálculos se procede a la refundición de condenas, prevista en el RP en su artículo 193.2 RP: «Para el cómputo de las tres cuartas partes o, en su caso, dos terceras partes de la pena, se tendrán en cuenta las siguientes normas: (...). 2º. Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional (...).» Como bien señala V. Cervelló Donderis, este enlace de condenas, que busca unidad de cumplimiento para posibilitar la unidad de ejecución en tanto en el tratamiento penitenciario es conveniente que se opere sobre la totalidad de las condenas, puede beneficiar también para el cálculo de la cuarta parte del cumplimiento a efectos de la obtención de permisos de salida en condenas de cumplimiento sucesivo. *Derecho Penitenciario*, 5º edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 396 y 397.

hecho, la Recomendación (2003) 23 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la gestión por las administraciones penitenciarias de las personas condenadas a penas perpetuas y de prisión de larga duración subraya la importancia de que se realice cuanto antes la planificación de la sentencia, tan pronto sea posible tras el ingreso en prisión (parágrafos 9 a 11). Y en esa planificación, los tiempos de acceso a estas figuras tienen una relevancia especial.

En este sentido, en relación con el derecho del penado a conocer desde el inicio estas fechas, es importante el reciente Auto nº 380/2023, de 26 de octubre de 2023 de la Sección 2º de la Audiencia Provincial de Valladolid, que ha resuelto un recurso de apelación interpuesto por un interno condenado a prisión permanente revisable —junto con otras penas privativas de libertad que suman en total 24 años y 15 meses— frente al Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que desestimaba su queja referida a la petición de la hoja de cálculo de sus condenas. La AP considera que cuando el interno elevó la petición el centro penitenciario aún no contaba con la resolución de la AP de Valladolid sobre la liquidación de la fecha de la revisión de la prisión permanente revisable, por lo que no podía conocer las fechas de cumplimiento. Pero, una vez realizada ésta, resuelve a favor del derecho del interno de acceder a la liquidación: «consideramos que el centro en estos momentos debe facilitar —si no lo ha hecho ya— al referido penado la hoja de cálculo provisional a los efectos de que pueda conocer las fechas a partir de las cuales la ley prevé la posibilidad de permisos de salida, clasificación de tercer grado, suspensión de ejecución del resto de la pena (libertad condicional) y remisión de las penas; todo ello sin perjuicio de las modificaciones que puedan operarse ulteriormente si concurriese causa legal para ello. Se trata de información sobre los datos que afectan a su situación penal y penitenciaria a la que el interno tiene derecho, de conformidad con lo dispuesto específicamente en el arts. 15.2 de la LOGP y con las exigencias de transparencia de los poderes públicos impuestas en el art. 105 b) de la Constitución española».

Para ello es necesario que la Administración penitenciaria adecúe el sistema a través del cual se obtienen estas hojas de cálculo de forma informatizada, diseñado para las penas de prisión, adaptándolo a las singularidades de esta pena, particularmente en cuanto a su naturaleza indeterminada y a la multiplicación de períodos de seguridad posibles a partir del complejo sistema configurado por el legislador penal que hace depender su duración en función de si se trata de una condena a prisión permanente revisable —y en algunos casos si es o no delito de terrorismo o relacionado con la criminalidad organizada— o de concurrencia de ella con penas de prisión que excedan de 5 años/15 años/ o sean de 25 o más o dos prisiones permanentes revisables.

### 3. Liquidación penal y penitenciaria en casos de una única pena de prisión permanente revisable

Aparentemente, el caso más sencillo de liquidación es el del sujeto que ha sido condenado a una única pena de prisión permanente revisable, sin la concurrencia de otras penas de prisión.

El legislador penal decidió no definir la prisión permanente revisable, más allá de su categorización como pena privativa de libertad (art. 35 CP) y como pena grave (art. 33 CP). Como ya apuntamos anteriormente, incomprensiblemente tampoco el legislador entendió necesaria la reforma y adecuación de la LOGP, pensada para penas de prisión, pero no para penas indeterminadas. En cambio, optó por configurar la prisión permanente revisable a través de tres de los grandes hitos en el itinerario penitenciario que recoge nuestra legislación y que permiten la excarcelación, aunque sea temporal, de la persona condenada: los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y la concesión de la libertad condicional, figura esta última que aprovecha para construir sobre ella el sistema de revisión. Deja fuera el cuarto hito, la concesión de beneficios penitenciarios que puedan suponer un adelantamiento de la libertad condicional, previstos en el art. 90 CP para las penas de prisión.

Como estas tres figuras se construyen sobre, entre otros, un requisito temporal, su traslación a una pena de duración indeterminada como la prisión permanente revisable obligó al legislador a concretar los tiempos mínimos<sup>29</sup> a partir de los cuales la Administración penitenciaria y/o los órganos judiciales competentes pueden valorar su concesión.

Así, en el caso de los permisos de salida, la proyección del requisito temporal del cumplimiento de  $\frac{1}{4}$  de la condena para las penas de prisión, se establece en un mínimo de 8 años en prisión, a no ser que se trate de delitos de terrorismo<sup>30</sup>, para los que ese umbral se eleva a 12 años (art. 36.1 CP). En el cálculo de ese período de seguridad establecido por el

<sup>29</sup> No deja de ser curioso cómo el legislador, en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, se pronuncia sobre esos tiempos en su justificación de esta pena. Así, tras construir su necesidad en criterios de prevención general positiva y justificar que se introduce en respuesta para los supuestos de asesinatos de mayor gravedad, se refiere a estos plazos subrayando su carácter extenso: «*tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena*, cuya duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza....». En cambio, una vez que pasa a justificar su adecuación a la Constitución, esos tiempos parecen serle cortos al legislador: «*la prisión permanente revisable, cuya regulación se anuncia, de ningún modo renuncia a la reinserción del penado una vez cumplida una parte mínima de la condena, un tribunal colegiado deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal (...).* En la prisión permanente revisable, cumplida esa primera parte mínima de la pena, si el tribunal considera que no concurren los requisitos necesarios para que el penado pueda recuperar la libertad, se fijará un plazo para llevar a cabo una nueva revisión».

<sup>30</sup> Contenidos en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código penal.

legislador se han tomado de referencia marcos temporales extraordinariamente amplios, más que los que han dado lugar al establecimiento del tiempo para evaluar el acceso al tercer grado. Así, en esa proyección desde las penas de prisión donde los permisos se pueden solicitar a partir del cumplimiento de la cuarta parte de la condena (art. 47.2 LOGP), los 8 años supondrían  $\frac{1}{4}$  de una pena de 32 años, mientras que los 12 años la de una de 48 años<sup>31</sup>.

En la clasificación en tercer grado, que permite al condenado acceder a un régimen abierto o de semilibertad, el legislador traslada a la prisión permanente revisable la idea del período de seguridad contemplado para las penas de prisión superiores a cinco años, a través del que impide esta progresión de grado —o también la clasificación inicial— hasta el cumplimiento de la mitad de la condena en prisión, estableciendo dos tiempos mínimos que obligatoriamente deberán ser cumplidos dentro de la prisión en segundo —excepcionalmente en primer— grado: 15 años o, en el caso de terrorismo, 20 años (art. 36.1 CP). Además, al contrario de lo que ocurre con las penas de prisión (art. 36.2 CP), este período de seguridad se configura como imperativo<sup>32</sup> y no es reversible por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria ante un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social<sup>33</sup>. Otra diferencia que se establece respecto a las penas de prisión es la necesidad de que esa clasificación en tercer grado, que dado que no ha habido reforma alguna de la normativa peni-

<sup>31</sup> Como acertadamente pone de manifiesto V. Cervelló Donderis, recordando que además fue señalado en el Informe del CGPJ de 2013 que este régimen supone un endurecimiento excepcional e injustificado por la diferencia de criterios entre la progresión a tercer grado y acceso a permisos de salida. Añade esta autora que habiendo utilizado el criterio general de 30 años en el supuesto general y de 40 años en el de terrorismo, podría haberse establecido el acceso a los permisos de salida a los 7 años y 6 meses y 10 años respectivamente o incluso habiendo tomado la referencia en la fecha de revisión de los 25 años, lo que permitiría un hipotético acceso a los 6 años y 3 meses. V. Cervelló Donderis: «Prisión permanente revisable II». *Comentarios a la Reforma del Código Penal*. J.L. González Cussac (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 232.

<sup>32</sup> Pues si bien para la pena de prisión la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que incorporó estos períodos de seguridad, los estableció de forma imperativa, la LO 5/2010, de 22 de junio, trató de revertir parte del gran impacto negativo que tal medida tuvo en la situación de sobre población penitenciaria sufrido por nuestro sistema en la primera década de siglo, configurándolo como potestativo salvo para determinados delitos. Así, con la regulación actual, tras la reforma operada por la LO 10/2022, será imperativo en los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, los delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, los delitos de trata de seres humanos si la víctima es menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, las agresiones sexuales a menores de 16 años del art. 181 y los delitos relativos a la prostitución y explotación sexual y corrupción de menores cuando la víctima es menor de 16 años (art. 36.2 CP).

<sup>33</sup> Como ocurre en el caso de los períodos de seguridad impuestos en las penas de prisión, salvo para los delitos enumerados expresamente en el citado art 36.2 CP en los que es de imposición obligatoria y de imposible reversión.

tenciaría sigue siendo competencia de la Administración penitenciaria —en concreto, del Centro Directivo— (art. 31 RP), deberá contar además con la autorización del tribunal, a partir de un pronóstico previo, individualizado y favorable de reinserción social y tras ser oídos Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias (art. 36.1 CP).

En este caso, esa proyección de la exigencia del cumplimiento de, al menos, la mitad de la condena dentro de los muros de la prisión como requisito para la progresión al tercer grado en las penas de prisión se traslada por el legislador penal al régimen general de la prisión permanente revisable partiendo de plazos menores que para los permisos de salida (art. 36.1 CP): 15 años supone la mitad de una condena de 30 años, 20 años de una de 40 años.

De forma poco coherente con la diferenciación, por otro lado criticable, que hace el legislador penal en la figura de los permisos y del tercer grado entre supuestos de prisión permanente revisable en casos de terrorismo y no, el plazo establecido para la revisión de la prisión permanente revisable y la concesión de la libertad condicional es único: 25 años (art. 92.1 CP). Este plazo seguramente viene del tiempo máximo que el TEDH ha ido identificando en su jurisprudencia sobre adecuación de la cadena perpetua al art. 3 CEDH, en la que señala que la revisión no se haga más tarde de los 25 años tras su imposición<sup>34</sup>, debiendo preverse revisiones periódicas a partir de entonces; plazo máximo para el TEDH que en el caso de la regulación española se sobrepasa de manera alarmante en el momento en el que haya concurrencia delictiva, pudiendo ampliarse en hasta diez años más para los casos más graves (art. 78 bis).

La competencia para su concesión se la quita al Juez de Vigilancia penitenciaria, que es quien la tiene según la LOGP para las penas de prisión (art. 76.2 b) CP), trasladándosela al «tribunal» (art. 92.1 CP). Habrá que entender, en espera de la adecuación de la también no reformada LECrime, que se trata del tribunal sentenciador que impuso esta pena.

<sup>34</sup> Recientemente reiterado en su sentencia por el asunto Horváth y otros contra Hungría, de 2 de marzo de 2023, en la que considera contrario al art. 3 CEDH el establecimiento de un período de 30 a 40 años de tiempo «mínimo» para la evaluación de la concesión de la libertad condicional por ser un tiempo «significativamente más largo que el marco de tiempo máximo recomendado para la revisión de una condena de cadena perpetua, que es de 25 años», incluso aunque en la práctica se deduzca de la misma el tiempo pasado en prisión provisional —lo que en el caso concreto supondría que se adelantase la revisión de la pena perpetua entre los 26 y 29 años a los solicitantes tras la imposición de sus condenas—. Para el TEDH «esto sólo es así porque estuvieron en prisión provisional antes de su condena y este período de detención preventiva se restó del período de 30 años. Esto no cambia el hecho de que el término a cumplir antes de ser elegibles para ser considerados para la libertad condicional se fijó en 30 años y que la revisión se llevaría a cabo más de 25 años después de la imposición de sus condenas de cadena perpetua».

Por lo tanto, y siempre que se cumplan el resto de requisitos establecidos en la normativa penitenciaria para ello<sup>35</sup>, en el mejor de los horizontes posibles, una persona condenada a una pena de prisión permanente revisable podrá empezar a ser valorada para la concesión de los permisos de salida a partir de los ocho años —12 si es terrorismo—, para la clasificación en tercer grado a partir de los 15 —20 si es terrorismo—, y para la libertad condicional a los 25 años.

Sería el caso del fallo condenatorio de la SAP Bizkaia 79/2019, de 23 de diciembre, que castiga a una mujer con la pena de prisión permanente revisable e inhabilitación absoluta el tiempo de la condena por el asesinato con alevosía de su hija de 9 años<sup>36</sup>. Tras adquirir la firmeza la sentencia en diciembre de 2020<sup>37</sup>, el régimen de cumplimiento de esta pena se configuraría a través de los siguientes tres períodos de seguridad: valoración de posible acceso a los permisos de salida ordinarios a los 8 años; valoración de posible progresión a tercer grado a partir de los 15 años; valoración de revisión de la prisión permanente revisable y posible concesión de la libertad condicional a los 25 años. Eso sí, como veremos a continuación, descontando de ellos el tiempo pasado en prisión provisional y bajo detención policial.

La misma configuración en cuanto a la determinación de los hitos penitenciarios —permisos, tercer grado y libertad condicional— tendrían los supuestos en los que el sujeto ha sido condenado a prisión permanen-

<sup>35</sup> Lo que exige un necesario trabajo de adecuación tanto de la normativa penitenciaria existente, LOGP y RP, como de las Instrucciones de las ya tres Administraciones Penitenciarias que conviven en nuestro país, para ajustarlas a las singularidades de esta pena y de los perfiles condenados a ella y hacer que *de facto* sea así viable la revisión que recoge nuestra normativa. Olvidando la tarea pendiente del legislador, a ello parece referirse el TC en su sentencia 169/2021, cuando parece hacer depender de la adecuación al art. 25.2 CE de esta pena a la labor que hagan la Administración penitenciaria y los órganos judiciales respecto a estos períodos de seguridad en el marco del sistema de individualización científica: «El sistema de individualización científica se alza en nuestro ordenamiento jurídico como salvaguarda de la humanidad de la pena de prisión permanente revisable. Se ha de reconocer, sin embargo, que los períodos de seguridad establecidos en la ley para el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria condicionan gravemente uno de sus rasgos diferenciales, el que establece que `en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión` (art. 72.4 LOGP), por lo que para esa salvaguarda sea algo más que teórica, se ha de prever el riesgo de anquilosamiento del sistema, *riesgo perceptible si la administración penitenciaria y los órganos judiciales optan por convertir la gravedad intrínseca de la pena y su duración indeterminada en fundamento dirimente de sus decisiones en materia de régimen y tratamiento*».

<sup>36</sup> Refiriendo expresamente la Magistrada en la sentencia que considera que «estamos ante una pena de excesiva dureza» y que no tiene «otra alternativa que imponer a Dª X la pena de prisión permanente revisable, careciendo de sentido cualquier otra accesoria de libertad vigilada, pero debiendo imponérsele (art. 55 del Código penal) la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena».

<sup>37</sup> Pues la resolución es confirmada por la STSJ del País Vasco 342/2020, de 11 de febrero y por STS 678/2020, de 11 de diciembre.

te revisable junto con otra/s penas de prisión cuya suma total no exceda de cinco años. Es verdad que el legislador en estos casos de concurrencia de penas que están contemplados en el art. 78 bis CP se refiere al «resto de las penas impuestas», pero creemos necesario hacer una lectura restrictiva de este término, referido sólo a las penas de prisión, puesto que una interpretación extensiva que alcanzase también a la localización permanente no tendría sentido, en primer lugar, por tratarse de una pena que no se cumple —más bien, con la regulación actual, no debe cumplirse<sup>38</sup>— en un centro penitenciario y, en segundo lugar, por su carácter desproporcionado en el impacto que produciría incluir en ese cómputo lo que el Código penal clasifica en su art. 33 como penas leves.

En estos casos de concurrencia con penas de prisión de hasta cinco años, tal y como veremos más adelante, puesto que interpretamos el art. 78 bis CP como la proyección de las reglas de acumulación de condena establecidas en el art. 76 CP para las penas de prisión al ámbito de la prisión permanente revisable, entendemos que quedarán absorbidas por la ejecución de esta última pena.

También sería ésta la configuración del itinerario penitenciario del primer condenado a esta pena en España que, en un fallo condenatorio erróneo, castiga con una única prisión permanente revisable pese a que el sujeto cometió dos delitos castigados por prisión permanente revisable. De forma incomprensible, el tribunal decide imponer únicamente una pena. En efecto, la SAP Pontevedra 42/2017, de 14 de julio, condenó a un padre por el asesinato de sus dos hijas menores de edad por la comisión de dos delitos de asesinato con alevosía cualificados conforme al art. 140.1.1<sup>a</sup> CP por ser las víctimas especialmente vulnerables por razón de edad «a la pena de prisión permanente revisable»<sup>39</sup>, en lugar de entender que concurrían dos prisiones permanentes revisables, cada una por cada delito de asesinato cualificado. En este caso, la existencia de una única pena debe determinar que el plazo mínimo de evaluación de permisos sean los ocho años, los 15 para la valoración de la clasificación en tercer grado y los 25 para la de la revisión y concesión de la libertad condicio-

<sup>38</sup> Al haber desaparecido de la Parte Especial del Código penal tras la reforma operada por la LO 1/2015 el único supuesto donde expresamente se contemplaba tal posibilidad, la falta de hurto del art. 617 CP, pues tal y como se exige en el art. 37 CP, su cumplimiento en centro penitenciario requiere no sólo que exista reiteración en la comisión de la infracción, sino que «así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable». La previsión del antiguo art. 623 CP («1. Los que cometan hurto, si el valor de lo hurtado no excediera de 400 euros. En los casos de perpetración reiterada de esta falta, se impondrá en todo caso la pena de localización permanente. En este último supuesto, el juez podrá disponer en sentencia que la localización permanente se cumpla en sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 37.1») no ha sido incorporada al actual art. 234 CP en la conversión de la antigua falta de hurto en delito leve de hurto.

<sup>39</sup> Siguiendo la petición formulada por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas y penalidad a la que se conforma, ¿quizá por eso?, el condenado.

nal. La aplicación a un supuesto como este del régimen de extensión de los tiempos para el acceso a esta figura que contempla el art. 78 bis CP —llevando a 22 años la valoración del tercer grado y a 30 la de la libertad condicional —supondría, a nuestro juicio, violentar el principio de legalidad, en una lectura en contra del reo. Es verdad que de nuevo encontramos una dudosa redacción de la letra c) del art. 78 bis CP, cuando determina esta ampliación de plazos, junto a los casos de concurrencia de pena de prisión permanente revisable «y el resto de penas impuestas (que) sumen un total de 25 años o más», para el supuesto de que «el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable», que podría llevar a interpretar que no se requiere la imposición en sí de ambas penas, sino que los delitos cometidos la tengan establecida. Pero una interpretación sistemática y coherente no sólo con el sentido y contenido del propio art. 78 bis CP sino con el del art. 76 e) CP, que remite a éste «cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos, y al menos uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable», exige que ese «estén castigados» no deba entenderse como «estén castigados por la ley con pena de prisión permanente revisable»<sup>40</sup>, sino como que lo estén por «penas efectivamente impuestas».

En todo caso, estas tres fechas así calculadas —permisos, tercer grado, libertad condicional— deben ser trasladadas a las liquidaciones de condena. Pero es ahí donde nos encontramos uno de los problemas que plantea la prisión permanente revisable en su determinación; más bien, en concreto, la deficiente técnica legislativa que está presente en la regulación —y en la falta de ella— de esta pena. En la determinación de la pena que debe ser cumplida, y en este caso en tanto no hay un horizonte cierto de fin, en el acceso a esos tres hitos penitenciarios hay que tener en cuenta el tiempo pasado en prisión provisional; también el tiempo pasado en detención o, de haberse dado, bajo otras medidas cautelares.

Y uno de los grandes olvidos del legislador penal de 2015 fue la adecuación del art. 58 CP, que regula el abono del tiempo pasado en prisión provisional, que está configurado pensando en penas determinadas, en las que se puede abonar, esto es, restar, de las penas o penas impuestas<sup>41</sup>. Sin embargo, en una pena como la prisión permanente revisable, en la que no existe un horizonte final de puesta en libertad obligatoria, sino sólo plazos a partir de los cuales tomar decisiones penitenciarias en el

<sup>40</sup> En la fórmula que utiliza el art. 76.1 CP para los supuestos de ampliación del cumplimiento máximo en prisión.

<sup>41</sup> En principio, como norma general, en la misma causa en la que se acordó esa privación de libertad provisional, siendo competente para ello el juez o tribunal sentenciador; para causa distinta, sólo posible si la medida cautelar es posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar, será competente el Juez de Vigilancia penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro en el que esté el penado.

itinerario penitenciario y en la revisión de la pena, su encaje es más complejo.

En espera de la necesaria previsión expresa del legislador para adecuar, entre otros, este artículo a la singularidad de la prisión permanente revisable, si no se quiere caer en el absurdo de entender que no sería aplicable tal abono, la solución lógica es la de descontar el tiempo pasado en prisión provisional o en esas otras medidas como la detención, de los plazos sobre los que se construye la prisión permanente revisable. Sin duda ello implica el adelantamiento de la fecha de revisión de la condena<sup>42</sup>. Pero a nuestro juicio, también debe incidir en los otros dos grandes hitos de su itinerario: la fecha de acceso a los permisos de salida y a la clasificación en tercer grado<sup>43</sup>. No tendría sentido alguno que en la liquidación judicial de la pena de prisión se exprese el contenido total de la/s pena/s impuestas junto con los períodos de prisión preventiva y que sobre ella ya en el centro penitenciario se realice la liquidación penitenciaria calculando e incorporando en la hoja de cuentas las fechas penitenciarias de acceso a permisos, tercer grado, adelantamiento de la libertad condicional y libertad definitiva calculadas sobre la pena efectivamente a cumplir, una vez descontado el tiempo pasado en detención y prisión provisional<sup>44</sup>, y en el caso de la prisión permanente revisable se niegue el impacto de este tiempo en esas mismas figuras penitenciarias.

Así, en el ejemplo referido de la condena por asesinato cualificado por la muerte de su hija menor dictada en la SAP Bizkaia, de 23 de diciembre de 2019, en el cálculo de cada uno de los plazos temporales fijados para el diseño de la prisión permanente revisable como mínimo exigible de cumplimiento dentro de prisión (8 años para permisos, 15 para tercer grado y 25 para libertad condicional) debería tenerse en cuenta el tiempo pasado en prisión provisional, de tal manera que se produciría un adelanto efectivo de ese momento. Si lo ha estado, teniendo en cuenta también el tiempo bajo detención policial, desde el momento de comisión del delito,

<sup>42</sup> Así, también, A. Palomo del Arco, para quien el tiempo pasado en prisión preventiva debería computar para determinar el alcance del período de cumplimiento que habilitan para la libertad condicional. A. Palomo del Arco: «La pena de prisión permanente revisable. Una pena innecesaria», ob. cit., p. 30.

<sup>43</sup> Ya defendido en C. Rodríguez Yagüe: «Seis frentes abiertos de la prisión permanente revisable», ob. cit., p. 6. Igualmente, R. Castillo Felipe: «Anotaciones procesales acerca de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable», *La Ley Penal*, nº 115, 2015, p. 7; C. López Peregrín: «Más motivos para derogar la prisión permanente revisable», ob. cit., p. 40; o J. Núñez Fernández: «El primer condenado a prisión permanente en España ante el TEDH: ¿sería posible una condena por vulneración del art. 3 CEDH?», ob. cit., pp. 131 y ss; y 136 y ss.

<sup>44</sup> Salvo que se trate de un caso de aplicación del cumplimiento íntegro de condenas del art. 78 CP, para los que también se calculan los supuestos especiales de los 4/5 y 7/8 correspondientes al tiempo «mínimo» antes de su desactivación y vuelta al régimen general de existir un pronóstico de reinserción en casos de terrorismo y delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

el 6 de enero de 2019, ocho años después, en enero de 2027, podría solicitar permisos ordinarios; en el 2034 la progresión a tercer grado y en el 2044 la revisión de condena y concesión de libertad condicional.

Peor solución tiene averiguar el tiempo máximo de prórroga de la prisión provisional cuando la persona condenada recurra la sentencia. El art. 504.2, 2º párrafo LECrim sitúa el máximo en la mitad de la pena efectivamente impuesta, lo que no es posible averiguar en el caso de una pena indeterminada como la prisión permanente revisable. La solución adecuada requiere la adaptación legislativa de este precepto para evitar que estemos ante una medida cautelar indeterminada<sup>45</sup>.

Un número importante de las sentencias en las que se ha impuesto esta pena se refieren expresamente al abono de la prisión provisional<sup>46</sup>, pero en cambio son excepcionales las que lo hacen respecto a la prórroga. Lo hace la SAP Tenerife 89/2017, de 21 de marzo, aunque sin concretar la fecha máxima<sup>47</sup>. Si lo concreta, en cambio, la SAP Valencia 347/2021, de 3 de junio, que prorroga la prisión provisional «por tiempo de 15 años, duración a que podemos estimar que asciende la mitad de la pena impuesta, considerando que la pena inferior en grado a la prisión

<sup>45</sup> Mientras tanto, la doctrina ha planteado diversas posibilidades. Por un lado, R. Castillo Felipe propone calcular la mitad a la que se refiere el art. 504.2 in fine LECrim sobre el máximo general de cumplimiento de 20 años establecido en el art. 36 CP: esto es, 10 años. R. Castillo Felipe: «Anotaciones procesales acerca de la ejecución de la prisión permanente revisable», ob. cit., p. 8. Por otro, A. Casals Fernández plantea tomar como referencia los diferentes plazos de revisión: para el supuesto general, de 25 años, no podrá exceder de 12 años y 6 meses, incrementándose en el resto de casos en los que aumentaría en virtud de los tiempos establecidos en el art. 78 bis CP. A. Casals Fernández: «Algunos aspectos controvertidos de la prisión permanente revisable», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXIV, 2021, pp. 602 y ss.; y en *La prisión permanente revisable*, ob. cit., p. 338.

<sup>46</sup> Así, por ejemplo, SAP Almería 379/2019, de 30 de septiembre: «a la acusada le será de abono el tiempo que haya estado privada de libertad por esta causa, de no haberle servido para extinguir otras responsabilidades lo que se acreditará en ejecución de sentencia». En el mismo sentido, SAP La Coruña 17/2018, de 16 de octubre; SAP Almería 122/2019, de 25 de marzo; SAP Sevilla, de 22 de abril de 2019; SAP Santa Cruz de Tenerife 42/2020, de 14 de febrero; SAP Santa Cruz de Tenerife 177/2020, de 2 de julio; SAP Valencia 287/2020, de 21 de julio; SAP Santa Cruz de Tenerife 224/2020, de 29 de julio; SAP Huesca 97/2020, de 6 de octubre; SAP Almería, de 26 de octubre de 2020; SAP Alicante 6/2020, de 25 de noviembre; SAP Teruel 38/2021, de 27 de abril; SAP Pamplona 129/2021, de 15 de junio; SAP Huelva 135/2021, de 9 de diciembre; SAP Santa Cruz de Tenerife 43/2022, de 17 de febrero; SAP Logroño 29/2022, de 11 de marzo; SAP Barcelona 27/2022, de 19 de abril; SAP Santiago de Compostela 22/2023, de 6 de febrero; SAP Zaragoza 43/2023, de 20 de febrero; SAP Logroño 67/2023, de 17 de abril; SAP Oviedo 152/2023, de 28 de abril; o SAP Madrid 339/2023, de 4 de julio.

<sup>47</sup> «Para el cumplimiento de la pena principal, procede abonarle el tiempo en que por esta causa haya estado privado de libertad, siempre que no haya sido efectivo en otro proceso, acordándose mantener la situación de prisión provisional para X al amparo del art. 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que faculta para prorrogar la situación de prisión provisional hasta la mitad de la pena impuesta, caso de ser recurrida la sentencia».

permanente revisable, conforme dispone el art. 70.4 CP, es la prisión de 20 a 30 años».

Pero en la planificación del cumplimiento de la pena de prisión permanente revisable también va a ser muy relevante, incluso determinante, la convivencia, de haber sido impuesta, con la medida de expulsión del territorio nacional, así como con otras penas privativas de derechos.

En cuanto a lo primero, el art. 89 CP, que regula la sustitución por la expulsión del territorio nacional en el caso de ciudadanos extranjeros, se refiere expresamente a «penas de prisión». En concreto, y para las penas de más de cinco años de prisión, el régimen que establece es que el juez o el tribunal acuerden la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma. Pero, en todo caso, esa expulsión se producirá si el penado accede al tercer grado o cuando se le conceda la libertad condicional.

En consecuencia, la aplicación del art. 89 CP determina el horizonte de ejecución, también de las prisiones permanentes revisables si entendemos que en ellas también es de aplicación, pues condicionará las decisiones penitenciarias de clasificación en tercer grado y acceso a la libertad condicional. Es verdad que, hasta el momento, las sentencias dictadas con autor/a extranjero castigado a prisión permanente revisable no han contemplado la previsión del art. 89 CP<sup>48</sup>. Sólo se ha referido en una de ellas, pero para no aplicarlo. Es el caso de la SAP Oviedo 152/2023, de 28 de abril, en la que un ciudadano de nacionalidad moldava es condenado por un delito de asesinato a la prisión permanente revisable y por un delito de agresión sexual a 12 años y 6 meses de prisión. En esta sentencia expresamente se señala que «a los efectos previstos en el art. 89.2 CP se hace constar que no se sustituirá la ejecución de una parte de las penas por la expulsión del territorio nacional»<sup>49</sup>. Eso no quiere decir que no se decida después, puesto que el art. 89.2 CP prevé que pueda imponerse en

<sup>48</sup> Así por ejemplo la SAP Barcelona de 20 de julio de 2020; SAP Almería, de 26 de octubre de 2020; SAP Cádiz de 4 de marzo de 2021; SAP Teruel 38/2021, de 27 de abril; SAP Logroño 29/2022, de 11 de marzo; SAP Barcelona 22/2022, de 29 de marzo; SAP Barcelona 27/2022, de 19 de abril; SAP Madrid 339/2023, de 4 de julio.

<sup>49</sup> En el fundamento jurídico cuarto establece «A los efectos previstos en el art. 89.2 CP —a cuyo tenor, cuando hubiera sido impuesta a un ciudadano extranjero una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, procediendo sustituir la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando este cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional— en el presente caso, atendida la extraordinaria gravedad de los hechos puesta en relación con los fines señalados en dicho precepto, deben ejecutarse las penas en su totalidad, sin sustituir una parte por la expulsión».

sentencia condenatoria o, de no ser posible, tras la declaración de firmeza de la sentencia a la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes.

Entender que el art. 89 CP no sería aplicable a la prisión permanente revisable puede llevar a la contradicción de considerar que una pena de prisión, de larga duración, puede ser parcialmente sustituida por la expulsión, pero no así una pena de mayor duración y gravedad como aquélla<sup>50</sup>. Pero entenderla aplicable no deja de ser problemático también. En primer lugar, porque una lectura respetuosa con el principio de legalidad y con la distinta naturaleza que tienen ambas penas nos lleva a limitar la posibilidad de aplicación del art. 89 CP a las penas de prisión, pues es a ellas a las que se refiere expresamente. De haberlo querido, el legislador de 2015 debería haber incorporado en su texto la previsión de las penas de prisión permanente revisable. Pero, además, en la práctica, su aplicación, de establecerse en el acceso al tercer grado, dejaría sin operatividad la posibilidad de revisión de la pena a través de la libertad condicional, sustrayendo así al Tribunal de la facultad de evaluar o no el pronóstico favorable de reinserción social<sup>51</sup> y, a partir de ello, la continuación o suspensión de la pena. Y de estipularse en el momento del acceso a la libertad condicional, cuyo plazo está establecido en un período de 5 a 10 años, además de impedir la evaluación del cumplimiento de los requisitos impuestos en ese período de prueba para decidir sobre la remisión de la pena, podría dar lugar en la práctica al regreso efectivo del condenado a territorio nacional, puesto que el plazo es también de 5 a 10 años, impidiendo en todo caso la operatividad de la medida de seguridad postpenitenciaria de la libertad vigilada prevista para estos casos de forma potestativa en el art. 140 bis CP y contemplada en un número importante de sentencias condenatorias.

Además, en el diseño de la ejecución también es relevante la concurrencia de la prisión permanente revisable con otras penas accesorias. Y nuevamente volvemos a encontrarnos con problemas de interpretación de unos artículos diseñados para la imposición accesoria a penas de prisión, pero que no han sido adaptados a las particularidades de la prisión permanente revisable.

Es lo que ocurre, en primer lugar, con la pena de inhabilitación absoluta recogida en el art. 55 CP<sup>52</sup>. Este artículo la circscribe a la pena

<sup>50</sup> Así lo entiende C. López Peregrín: «Más motivos para derogar la prisión permanente revisable», ob. cit., p. 20.

<sup>51</sup> Requisito contemplado para la suspensión de la pena de prisión permanente revisable y concesión de la libertad condicional en el art. 92.1 c) CP.

<sup>52</sup> Y, por extensión, a las penas de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o la privación de la patria potestad contempladas, como potestativas, también en este art. 55 CP para las penas de prisión igual o superior a diez años.

de prisión igual o superior a 10 años. Nuevamente la falta de adecuación plantea el problema de forzar a una interpretación extensiva de este precepto para dar cabida a la prisión permanente revisable y no caer en el absurdo de que se contemple de forma imperativa para las penas graves de prisión, pero no para la más grave de prisión permanente revisable<sup>53</sup>. Sin embargo, una deficitaria técnica legislativa no debería conducirnos a admitir una interpretación extensiva contraria al reo<sup>54</sup>. No así lo han entendido los tribunales que, en la mayoría de los fallos condenatorios en los que se condena a esta pena de prisión permanente revisable, imponen de manera accesoria la de inhabilitación absoluta<sup>55</sup>.

Pero, además, esa falta de adecuación a la singularidad de esta pena de naturaleza distinta plantea el problema de su duración. Puesto que se proyecta sobre una pena que no tiene fin, cuando las sentencias la imponen «durante el tiempo de duración de la condena» están introduciendo una pena de inhabilitación absoluta indeterminada<sup>56</sup>. Es verdad que en

<sup>53</sup> Como señala C. López Peregrín: «Más motivos para derogar la prisión permanente revisable», ob. cit., p. 23.

<sup>54</sup> En el mismo sentido, V. Cervelló Donderis. entiende que la imposición de la inhabilitación absoluta como pena accesoria requeriría que la previsión del art. 55 CP incluyera expresamente la prisión permanente revisable pues claramente el art. 33.2 CP señala que se trata de penas diferentes. V. Cervelló Dondreis: *Prisión perpetua y de larga duración*, ob. cit., p. 238.

<sup>55</sup> No así, por ejemplo, de la SAP Madrid 339/2023, de 4 de julio, que sólo condena a pena de prisión permanente revisable por un delito de asesinato con alevosía con víctima especialmente vulnerable, pero sin contemplar más penas accesorias.

<sup>56</sup> Así la SAP Santa Cruz de Tenerife 89/2017, de 21 de marzo (posteriormente casada por STS 716/2018, de 16 de enero de 2019, en la que establece la pena de 24 años de prisión); SAP Álava 278/2019, de 25 de septiembre de 2018; SAP La Coruña, de 16 de octubre de 2018; SAP Guadalajara 15 de noviembre de 2018 (penalidad posteriormente modificada en STSJ Castilla-La Mancha 16/2019, de 13 de junio y STS de 5 de mayo de 2020, pero manteniendo ambas la previsión de la inhabilitación absoluta por tiempo de la condena para la prisión permanente revisable); SAP Barcelona 1539/2019, de 4 de marzo; SAP Almería 122/2019, de 25 de marzo; SAP Toledo 837/2019, de 25 de abril (posteriormente anulada por STSJ Castilla-La Mancha de 25 de abril de 2019, condenando la SAP Toledo 143/2020, de 17 de septiembre a pena de prisión); SAP Valladolid 137/2019, de 4 de junio; SAP Madrid 628/2019, de 30 de octubre; SAP Valencia 584/2019, de 31 de octubre; SAP Bilbao 79/2019, de 23 de diciembre; SAP Santa Cruz de Tenerife 42/2020, de 14 de febrero; SAP Barcelona de 20 de julio de 2020; SAP Sevilla 418/2020, de 21 de julio; SAP Santa Cruz de Tenerife 224/2020, de 29 de julio; SAP Huesca 97/2020, de 6 de octubre; SAP Almería, de 26 de octubre de 2020; SAP Gijón 16/2021, de 26 de mayo; SAP Alicante 12/2021, de 27 de mayo; SAP Valencia 347/2021, de 3 de junio; SAP Huelva 135/2021, de 9 de diciembre; SAP Santa Cruz de Tenerife 43/2021, de 17 de febrero de 2022; SAP Lugo 54/2022, de 28 de febrero (penalidad mantenida, tras su anulación por la STSJ Galicia 115/2022, de 16 de noviembre, en la sentencia AP Lugo 64/2023, de 15 de marzo); SAP Cádiz de 4 de marzo de 2021; SAP Logroño 29/2022, de 11 de marzo; SAP Barcelona 22/2022, de 29 de marzo; SAP Barcelona 27/2022, de 19 de abril; SAP Alicante 10/2022, de 12 de julio (posteriormente anulada por STSJ Valencia 21/2023, de 23 de enero); SAP Madrid 682/2022, de 28 de noviembre; STSJ Castilla-La Mancha 27/2023, de 9 de junio (estimando recurso a SAP Albacete 10/2022, de 22 de noviembre y castigando con prisión permanente revisable en lugar de pena de prisión); STSJ Castilla-La Mancha 25/2023 de 19 de mayo (estimando

el mejor de los casos se extendería durante los 25 años hasta la revisión de la condena y se prolongaría como mínimo 5 años más de libertad condicional, pero en el supuesto de no revisarse la prisión permanente revisable podría ser vitalicia. Por ello algunas resoluciones optan por limitar su duración a un plazo concreto<sup>57</sup>; otras, cuando hay penas de prisión concurrentes impuestas en la misma sentencia, eligen aplicarla sobre éstas<sup>58</sup> y un tercer grupo omiten acortarla temporalmente<sup>59</sup>.

En cambio, en el caso de las prohibiciones contempladas en el art. 48 CP<sup>60</sup>, la redacción del art. 57 CP, que prevé su imposición potestativa<sup>61</sup> no impediría teóricamente su aplicación en los supuestos de la prisión permanente revisable en tanto este artículo no lo vincula en sí a las penas de prisión, sino al tipo de delito cometido, señalando una enumeración

---

recurso contra SAP Albacete 574/2022, de 29 de noviembre y aplicando pena de prisión permanente revisable en lugar de prisión); SAP Santiago de Compostela 22/2023, de 6 de febrero; SAP Zaragoza 43/2023, de 20 de febrero; SAP Logroño 67/2023, de 17 de abril; SAP Oviedo 152/2023, de 28 de abril; SAP Vitoria-Gasteiz 127/2023, de 19 de mayo; SAP Toledo 75/2023, de 3 de mayo; SAP Albacete 243/2023, de 17 de julio.

<sup>57</sup> Así, la SAP 197/2019, de 17 de diciembre: «Que debo condenar y condeno.... A la pena de prisión permanente revisable; a la pena accesoria de inhabilitación absoluta por el plazo de 20 años; ....». Curiosa es la SAP Pontevedra 47/2023, de 21 de marzo, en la que establece una duración mínima, pero no máxima, de esa pena accesoria: «la pena de inhabilitación absoluta durante la prisión permanente revisable y con una duración mínima de 22 años».

<sup>58</sup> Es el caso, por ejemplo, de la SAP Valencia 287/2020, de 31 de julio, en la que se condena a una persona como autora de un delito de asesinato, de un delito continuado de agresión sexual a menor de 16 años y a otro delito de profanación de cadáveres, estableciendo para el primero la prisión permanente revisable más la medida postpenitenciaria de libertad vigilada, y para el segundo la pena de 17 años de prisión, más la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena —y libertad vigilada postpenitenciaria—.

<sup>59</sup> SAP Alicante 23/2021, de 21 de diciembre (si bien posteriormente la STSJ Valencia 72/2022, de 11 de marzo modifica la penalidad, estableciendo pena de prisión de 24 años en lugar de la prisión permanente revisable y pena de inhabilitación y de prohibición de aproximación por 29 años). También parece ser el caso de la primera de las condenas, en la SAP Pontevedra 42/2017, de 14 de julio, pues la redacción parece indicar que la limitación a 30 años está referida a las prohibiciones y no a la inhabilitación: «Debo condenar y condeno al nombrado como autor criminalmente responsable de dos delitos de asesinato cualificados con alevosía y agravados por el hecho de que las víctimas son menores de diecisés años concurriendo la agravante de parentesco, a la pena de prisión permanente revisable, accesoria de inhabilitación absoluta y la pena de alejamiento o prohibición de aproximación a la persona de X, a su domicilio, a su lugar de trabajo o cualquier lugar en el que se encuentre a una distancia inferior a mil (1000) metros y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio, ya sea verbal, escrito, postal, telefónico, tegráfico o informático por un período de treinta (30) años».

<sup>60</sup> Las prohibiciones del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, de aproximación o de comunicación con la víctima, familiares u otras personas determinadas por el juez o tribunal.

<sup>61</sup> Y obligatoria en los casos del art. 57.2 CP respecto a la medida concreta de prohibición de aproximación a la víctima, familiares o personas que determine el juez o tribunal cuando la víctima lo sea de violencia de género o doméstica o el resto de supuestos planteados en el art. 173.2 CP.

en la que figuran, entre otros, los delitos de homicidio. Pero en cambio sí vincula a la pena de prisión la determinación de la duración de estas medidas cuando ambas concurren. Como establece este artículo, cuando la persona condenada lo fuera a pena de *prisión* si el delito fuera grave —como lo son aquellos castigados con esta pena— su duración será por un tiempo superior entre 1 y 10 años al de la duración de la pena de *prisión* impuesta en la sentencia. En primer lugar, volvemos a enfrentarnos al problema de aceptar una interpretación extensiva en contra del reo. La falta de técnica legislativa no debe propiciar que los jueces violenten el principio de legalidad forzando a entender la prisión permanente revisable como un tipo de pena de prisión y aplicando analógicamente las consecuencias accesorias anudadas a esta última sobre la primera<sup>62</sup>. Pero además se añade en su aplicación práctica la dificultad, si no imposibilidad, de concretar la duración máxima de estas medidas sobre una pena que a priori no tiene fin, sino sólo un tiempo mínimo de revisión, con lo que aparece el fantasma de las prohibiciones vitales o indeterminadas.

Por ello su previsión en las sentencias hasta el momento dictadas está siendo muy diversa: por un lado, un grupo de ellas no ha impuesto estas prohibiciones<sup>63</sup>, y otro en cambio la acuerdan, pero para penas de prisión concurrentes<sup>64</sup>. Y entre las que sí las prevén encontramos algunas que han optado por fijar una duración concreta<sup>65</sup>, y otras por proyectar su

<sup>62</sup> Lo entiende igualmente así A. Palomo del Arco que afirma que el Código penal no establece ninguna pena accesoria para la prisión permanente revisable y que las previstas facultativamente en el art. 57 CP no se acomodan mínimamente —salvo para concesiones de permisos de salida ordinarios a los ocho años y con escasa eficacia temporal, por imponerse sólo para diez—, puesto que «el tenor de la norma sólo prevé esta superior duración respecto de la pena de «prisión», sin mencionar la prisión permanente revisable, también privativa de libertad, pero no identificable conforme a los arts. 33 y 35 CP». A. Palomo del Arco: «La pena de prisión permanente revisable. Una pena innecesaria», ob.cit., p. 20.

<sup>63</sup> Es el caso de la SAP Álava 278/2019, de 25 de septiembre de 2018; SAP Barcelona 1539/2019 de 4 de marzo; SAP Almería 122/2019, de 25 de marzo; SAP Valladolid 137/2019, de 4 de junio; SAP Madrid 628/2019, de 30 de octubre; SAP Bilbao 79/2019, de 23 de diciembre; SAP Santa Cruz de Tenerife 42/2020, de 14 de febrero; SAP Guadalajara 814/2020, de 5 de mayo; SAP Santa Cruz de Tenerife 177/2020, de 2 de julio; SAP Santa Cruz de Tenerife 224/2020, de 29 de julio; SAP Valencia 287/2020, de 31 de julio; SAP Gijón 16/2021, de 26 de mayo; SAP Alicante 12/2021, de 27 de mayo; SAP Valencia 347/2021, de 3 de junio; SAP Barcelona de 20 de julio de 2020; SAP Huelva 135/2021, de 9 de diciembre; SAP Lugo 54/2022, de 28 de febrero (y, tras su anulación por STSJ Galicia 115/2022, de 16 de noviembre, también en SAP Lugo 64/2023, de 15 de marzo); SAP Logroño 29/2022, de 11 de marzo; SAP Vitoria-Gasteiz 127/2023, de 19 de mayo; STSJ Castilla-La Mancha 25/2023, de 19 de mayo; SAP Madrid 339/2023, de 4 de julio; STSJ Castilla-La Mancha 27/2023, de 9 de julio; SAP Alicante 10/2022, de 12 de julio; o SAP Albacete 243/2023, de 17 de julio.

<sup>64</sup> Como en la SAP Almería de 26 de octubre de 2020; la SAP Pamplona 129/2021, de 15 de junio; la SAP Santa Cruz de Tenerife 43/2021, de 17 de febrero de 2022; o SAP Madrid 682/2022, de 28 de noviembre.

<sup>65</sup> Es el caso de la SAP Pontevedra 42/2017, de 14 de junio (por 30 años); SAP Almería 379/2019, de 30 de septiembre (por 30 años); STS 716/2018, de 16 de enero de 2019 (35

duración a partir de la finalización de la prisión permanente revisable<sup>66</sup>. También se ha llegado a proponer que el cómputo se haga sobre el período mínimo de cumplimiento correspondiente a cada caso concreto<sup>67</sup>.

#### **4. Liquidación penal y penitenciaria en casos de concurrencia de varios delitos castigados con penas privativas de libertad**

Cuando no estamos ante la comisión de un único delito, sino que, por las reglas del concurso real, se imponen todas las penas correspondientes a las diversas infracciones (art. 73 CP), cuando no sea posible su cumplimiento simultáneo, como ocurre cuando existen varias penas de prisión, se cumplirán de manera sucesiva, siguiendo el orden de su respectiva gravedad (art. 75 CP).

---

años); SAP Elche 526/2020, de 28 de septiembre (30 años); SAP Alicante 6/2020, de 25 de noviembre (26 años); SAP Santiago de Compostela 22/2023, de 6 de febrero (25 años); SAP Zaragoza 43/2023, de 20 de febrero (26 años); o SAP Pontevedra 47/2023, de 21 de marzo (32 años).

<sup>66</sup> Así, SAP Santa Cruz de Tenerife 89/2017, de 21 de marzo (por tiempo superior a 10 años al de la duración de la pena de `prisión` impuesta y a cumplir simultáneamente con ésta); SAP La Coruña de 16 de octubre de 2018 (5 años más que la duración efectiva de la prisión permanente revisable); SAP Toledo 83/2019, de 25 de abril (por tiempo superior en 10 años al de la condena) —posteriormente anulada por la STSJ Castilla-La Mancha de 25 de abril de 2019—; STSJ Andalucía de 4 de octubre de 2019 (10 años más que la duración de la pena privativa de libertad); SAP Valencia 584/2019, de 31 de octubre (durante 10 años más que la duración efectiva de la prisión permanente revisable); la SAP 197/2019, de 17 de diciembre (caso Diana Quer) («cuya duración será la de la pena y en todo caso desde el inicio del cumplimiento de la misma y hasta que transcurran 10 años desde la conclusión sin revocación del eventual plazo de suspensión de la pena»); SAP Huesca 97/2020, de 6 de octubre (10 años superior a la pena privativa de libertad efectivamente impuesta); SAP Cádiz de 4 de marzo de 2021 (por tiempo superior a 10 años al de la duración de la pena de `prisión` impuesta y a cumplir simultáneamente con ésta); SAP Teruel 38/2021, de 27 de abril (10 años contados a partir de la fecha de su puesta en libertad); SAP Barcelona 22/2021, de 8 de junio (por un periodo de tiempo de 1 año superior a la pena de prisión permanente revisable —sentencia casada por STS 766/2022, de 15 de septiembre, en la que se amplía a un periodo de tiempo de 5 años superior a la pena de prisión permanente revisable); SAP Alicante 23/2021, de 21 de diciembre (5 años, que deberán cumplirse teniendo en cuenta el momento de la excarcelación del penado); SAP Barcelona 22/2022, de 29 de marzo (por tiempo superior a 2 años de la pena de `prisión`); o SAP Barcelona 27/2022, de 19 de abril (por tiempo superior a 10 años a la pena de `prisión` impuesta); SAP Logroño 67/2023, de 17 de abril (por tiempo de 10 años superior a la duración de la prisión permanente revisable sea cual sea la duración definitiva de esa prisión permanente revisable).

<sup>67</sup> Solución planteada por C. López Peregrín, quien refiere que es la más razonable, pero al tiempo que reconoce con razón que «este tipo de cuestiones no deberían haber quedado sin una regulación expresa». C. López Peregrín: «Más motivos para derogar la prisión permanente revisable», ob. cit., p. 24.

Ahora bien, en virtud de los principios de humanidad de las penas y de resocialización, para evitar que por las reglas del concurso real se llegue al cumplimiento de penas de prisión desproporcionadas, incluso perpetuas, el Código penal contempla tres limitaciones. La primera es la de la duración máxima, como norma general, de 20 años (art. 36.2 CP). La segunda, cuya operatividad incide esencialmente en los supuestos de reiteración delictiva de delitos de menor entidad, es la regla conocida por «el triple de la mayor», que establece que el máximo de cumplimiento efectivo de la condena no podrá exceder del triple del tiempo de la pena más grave, declarándose extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrán además exceder de 20 años (art. 76 CP). La tercera, también recogida en el art. 76 CP, implica una excepción a la primera, a esa duración máxima de 20 años, incrementando el tiempo máximo de la duración de la prisión para los casos de concurrencia delictiva con determinadas penas graves. Así, el límite asciende a 25 años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años; a 30 si es por dos o más delitos y alguno castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años; y a 40 en dos casos: si el sujeto ha sido condenado por dos o más delitos y al menos dos de ellos están castigados por ley con pena superior a 20 años o si el sujeto lo ha sido por dos o más delitos de terrorismo y alguno de ellos tiene prevista en la ley una pena de prisión superior a esos 20 años.

Esas reglas de acumulación de condenas actúan ya se trate de penas impuestas en el mismo fallo condenatorio, ya en causas distintas. A esta última posibilidad se refiere el art. 76.2 CP cuando establece que la limitación se aplicará, aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar. El criterio que se consagra en este art. 76 CP para establecer esa conexión es el meramente cronológico, habiéndose ya abandonado la exigencia de que hubiera conexidad entre los hechos cuya sanción se acumula<sup>68</sup>. Para proceder a esa acumulación cuando el

<sup>68</sup> J. Guardiola García: «Reglas especiales para la aplicación de las penas; concursos de infracciones (arts. 76 y ss.)». *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. J.L. González Cussac (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 303 y 304. Como señala R. de Vicente Martínez, a partir de la reforma de 2015, que abandona la exigencia de conexidad entre los hechos delictivos asumiendo la jurisprudencia del TS que acogía un criterio exclusivamente temporal, se pone el acento ya no en la fecha de la primera sentencia para la determinación del cómputo de la acumulación, sino la fecha de la celebración del juicio que da lugar a la primera condena («la fecha en que fueron enjuiciados»). El criterio pasa a ser, en consecuencia, el enjuiciamiento, entendido como fecha de celebración del juicio, y no la fecha de la sentencia ni de su firmeza. En consecuencia, «lo relevante es precisamente que los hechos pudieren haberse enjuiciado en un mismo proceso y, por tanto, dilucidarse en la vista que se celebró en primer lugar, lo que obliga a que en el Auto que resuelva la acumulación deba contenerse no solo la fecha en que se dictaron las

culpable de varias infracciones penales ha sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, el art. 988 LECrim recoge el procedimiento de acumulación de las condenas, señalando que será el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia quien, de oficio, a instancias del Ministerio Fiscal o del condenado, proceda a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el art. 76 CP<sup>69</sup>.

Estas reglas son las que el Código penal tiene establecidas para garantizar el respeto a los principios de humanidad y resocialización en la acumulación de penas de prisión. Pero también para obtener una pena única, necesaria en el sistema de cumplimiento construido sobre la individualización científica, y poder trazar así el itinerario penitenciario con los tiempos de acceso a las distintas figuras que lo integran: permisos, clasificación, beneficios penitenciarios, libertad condicional. La excepción la encontramos en la controvertida figura del cumplimiento íntegro de las condenas, incorporada en el CP de 1995 en el art. 78 CP. El cumplimiento íntegro pretende acercar el tiempo de cumplimiento efectivo dentro de los muros de la prisión con las penas efectivamente impuestas. Y lo hace a través de proyectar sobre el total de ellas el cómputo temporal para el acceso a los beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado y libertad condicional, en lugar de sobre el máximo de tiempo que el sujeto va efectivamente a cumplir por aplicación de los límites temporales señalados. Esta figura podrá ser impuesta, pues es de naturaleza potestativa, en los supuestos en los que, por aplicación de los límites establecidos en el art. 76.1 CP, la persona condenada vaya a cumplir menos de la mitad de la suma total de las penas impuestas. En todo caso, para salvar el principio de resocialización, el legislador penal previó la posibilidad de que el cumplimiento íntegro pudiera ser revertido por el Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, valorando las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, volviendo al cómputo general de estas figuras sobre el máximo efectivo a cumplir<sup>70</sup>.

---

sentencias y las fechas de los hechos, sino lo que es más esencial: la fecha de celebración del juicio oral». R. de Vicente Martínez: «Acumulación jurídica de condenas: marco normativo, evolución jurisprudencial y la calculadora 988», ob. cit., p. 1039.

<sup>69</sup> Para ello, añade este art. 988 LECrim, el Secretario judicial reclamará la hoja histórico-penal del Registro central de penados y rebeldes y testimonio de las sentencias condenatorias y, previo dictamen del Ministerio Fiscal, cuando no sea éste el solicitante, el Juez o Tribunal dictará Auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, determinando su cumplimiento máximo. Contra este Auto tanto el condenado como el Ministerio Fiscal pueden interponer recurso de casación por infracción de la Ley.

<sup>70</sup> Aunque estableciendo un régimen de mayor dureza en esa «vuelta» al régimen general de cumplimiento para los condenados por terrorismo y delitos cometidos en el seno de una organización criminal, a los que se les exigirá un cumplimiento de 4/5 del

Ahora bien, en el caso de la concurrencia de penas de prisión permanente revisable o de ésta y penas de prisión, la deficiente técnica utilizada por el legislador en la conformación de esta pena a nuestro juicio crea incertidumbre en la solución que debe darse y en su incardinación en el sistema de reglas establecido en el Código penal para evitar esas penas de por vida.

Es el mismo art. 76.1 CP, que establece las reglas de cumplimiento máximo en supuestos de concurrencia de penas de prisión, el que en su letra e) ha incorporado una previsión específica para los casos de concurrencia con pena de prisión permanente revisable. Pero en lugar de dar la solución, como sí lo hace en las penas determinadas, remite para ello a lo establecido en los arts. 78 bis CP y 92 CP: «cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis».

Esta fórmula de la remisión por la que opta el Código penal en el art. 76.1 CP podría conducir a dos posibles interpretaciones. La solución dependerá de la naturaleza que atribuyamos al art. 78 bis del CP. Pero sus implicaciones, desde la perspectiva del cumplimiento de los principios de humanidad y de resocialización de las penas, así como de la indiscutible necesidad de la existencia de una pena única, son totalmente distintas. Y su resolución adecuada, por ello, es de vital relevancia, más si tenemos en cuenta que una lectura de los fallos condenatorios ya existentes nos muestra que en su mayoría se ha producido esa concurrencia de penas de prisión permanente revisable y penas de prisión.

El art. 78 bis establece: «1. Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, la progresión a tercer grado requerirá del cumplimiento: a) de un mínimo de dieciocho años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años. b) de un mínimo de veinte años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de quince años. c) de un mínimo de veintidós años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más. 2. En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el

---

límite máximo de cumplimiento de la condena para acceder al tercer grado y de 7/8 para la libertad condicional.

penado haya extinguido: a) Un mínimo de veinticinco años de prisión, en los supuestos a los que se refieren las letras a) y b) del apartado anterior. b) Un mínimo de treinta años de prisión en el de la letra c) del apartado anterior. 3. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los límites mínimos de cumplimiento para el acceso al tercer grado de clasificación serán de veinticuatro años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y dos años de prisión en el de la letra c) del apartado primero. En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de veintiocho años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y cinco años de prisión en el de la letra c)<sup>71</sup> del apartado primero». Sorprendentemente el TC ha avalado estos exacerbados plazos configurados por el legislador en su análisis sobre la proporcionalidad de las penas en la sentencia 169/2021 acudiendo al juego que se produce entre las penas de prisión de hasta 40 años por concurrencia delictiva y el cumplimiento íntegro del art. 78 CP<sup>72</sup> pero sin aclarar cuál es la naturaleza de este precepto.

Una primera lectura podría ser interpretar que a través de este art. 78 bis CP el legislador lo que ha querido solamente es trasladar la figura del cumplimiento íntegro de las penas al caso de la prisión permanente revisable, pero no resolver los supuestos de acumulación de condenas de prisión permanente revisable y prisión. Y si se entiende que sólo es una fórmula de endurecimiento del cumplimiento de la prisión permanente revisable impuesta en tanto concorra con penas de prisión que, sumadas, excedan los 5 años, y no una regla de acumulación de condenas, llevaría a interpretar que el sujeto tendría que cumplir de forma sucesiva las distintas penas que se le han impuesto en los términos redactados por el art. 75 CP, en tanto penas de prisión y penas de prisión permanente revisable no pueden ser simultáneamente cumplidas.

<sup>71</sup> Si bien el legislador estableció nuevamente «letra b)» hay que entender que se refiere a la letra c).

<sup>72</sup> «Las restricciones temporales agravadas para el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria, de veinte años en caso de delitos terroristas [art. 36.1 a) CP] y de dieciocho, veinte, veintidós, veinticuatro y treinta y dos años para diversos supuestos de pluralidad de condenas (arts. 78 bis y 140.2 CP) y para el acceso a la libertad condicional, de veintiocho, treinta y cinco años para supuestos de pluralidad de condenas (arts. 78 bis y 140.2 CP), son ciertamente severas, pero no llegan a desbordar el nivel de retribución fijado en casos de acumulación jurídica de penas en el art. 76 CP, que desde su reforma por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, contempla límites de cumplimiento de veinticinco, treinta y cuarenta años de duración, permitiendo el art. 78 CP vincular el cómputo del tiempo de cumplimiento necesario para acceder a permisos, tercer grado y libertad condicional a la suma aritmética de las penas cuando el límite de la pena a cumplir no alcance la mitad de dicha suma» (F.J. 7).

Si bien no parece que sea ésta la lectura realizada por la doctrina, sí que está presente en algunas consultas de juristas del medio penitenciario y en alguna liquidación de condenas. Aunque por los argumentos que se desarrollarán a continuación, entendemos que esta lectura no es defendible, es necesario abordar con detenimiento las consecuencias tan negativas, e incluso contrarias a la normativa vigente y a los principios constitucionales, que tendría la adopción de tal interpretación.

Así, por ejemplo, parece haberlo interpretado la AP de Alicante respecto a la ejecución de las penas impuestas en la ya referida SAP Elche 526/2020, de 28 de septiembre, en la que se castiga a una mujer por el asesinato cualificado y maltrato habitual de su hijo de dos años, ambos en comisión por omisión, a las penas de prisión permanente revisable y de prisión de 3 años. En primer lugar, en su Auto<sup>73</sup>, la AP de Alicante parece que opta por esta lectura en tanto la liquidación de condena refiere el cumplimiento de las dos penas: «Por el delito de lesiones la pena de 3 años de prisión. Por el delito de asesinato la pena de prisión permanente revisable». Pero también lo muestra en cómo realiza el abono de la prisión provisional, pues lo hace respecto a la pena de prisión, entendiendo pues un cumplimiento sucesivo de ambas penas. Ello puede verse en la fórmula que utiliza para establecer el momento de la revisión: dado que la mujer ha pasado 1 día detenida y casi 4 años en prisión provisional<sup>74</sup>, el tiempo en ésta supera el de la pena de prisión impuesta, por lo que lo tiene en cuenta en el adelantamiento en un año de la fecha de revisión de la prisión permanente revisable<sup>75</sup>. Además, de manera ciertamente incomprendible y, por tanto, errónea, en esa liquidación de condena establece la aplicación del régimen de mayor dureza, señalándolo expresamente «en virtud de lo dispuesto en el art. 78 bis CP (máximo 30 años)», para fijar la fecha de revisión y posible suspensión, cuando no estamos en caso de concurrencia con pena de prisión que excede de 5 años y sin que la sentencia condenatoria dijera nada al respecto —lo que también habría sido contrario al art. 78 bis—.

Esta interpretación, que como argumentaremos a continuación consideramos totalmente rechazable, podría tratar de ser defendida a partir de la ubicación del art. 78 bis CP tras la figura del cumplimiento íntegro para las penas de prisión en el art. 78 CP, entendiendo que el legislador lo que ha querido es simplemente endurecer el régimen de ejecución penitenciaria, difiriendo los plazos de acceso a las figuras de permisos, tercer grado y libertad condicional, en esos casos de concurrencia de la prisión permanente revisable con otras penas graves, excepcionando el régimen general de acceso a los 8, 15 y 25 años. Supondría interpretar que simple-

<sup>73</sup> Auto de 20 de septiembre de 2023.

<sup>74</sup> Del 15/09/2018 al 13/07/2022, estableciendo como fecha de inicio del cumplimiento el 14/07/2022.

<sup>75</sup> Pues la fecha establecida para la revisión es la del 04/09/2051.

mente se ha buscado un efecto parecido al que se obtiene con el art. 78 CP en las penas de prisión, al proyectar estas figuras sobre la totalidad de las penas, lo que en la práctica supone retardar de forma muy importante su obtención, cuando no imposibilitarla antes de la libertad definitiva.

Pensemos, por ejemplo, en la SAP La Rioja 67/2023, de 17 de abril, en la que se condena a una persona a la pena de prisión permanente revisable por la comisión de un delito de asesinato cualificado del art. 140.1 y 2 CP, y a la pena de 15 años de prisión por un delito de agresión sexual a un menor de 16 años del art. 183. CP.

El primer problema al que nos llevaría esa interpretación del art. 78 bis aquí rechazada es que no es posible hallar una única pena para diseñar sobre ella el itinerario penitenciario. En efecto, la solución que prevé el art. 193.2 RP para el caso de varias condenas a penas privativas de libertad que no sean acumulables mediante la figura de la refundición de condenas, que posibilita que a efectos de aplicación de la libertad condicional la suma de las condenas de privación de libertad sea considerada como una sola condena, funciona para las pena de prisión pero no para la prisión permanente revisable, puesto que se trata de una pena indeterminada, no delimitada ni delimitable y, por tanto, cuantificable en su duración máxima. Tampoco el RP ha sido adaptado ni en éste, ni en ningún otro aspecto, a la incorporación en nuestro ordenamiento de la prisión permanente revisable. En consecuencia, y siguiendo esa línea de interpretación, ello nos obligaría a resolver otro gran problema de índole práctico: determinar entonces cuál sería el orden de cumplimiento de estas penas.

Si se entiende que el sujeto debe cumplir primero la/s pena/s de prisión, lo que en el caso de la sentencia referida comportaría que el sujeto cumpliera primero 15 años en prisión para, después, cumplir la prisión permanente revisable, estaríamos incumpliendo lo establecido el art. 75 CP que exige comenzar con la pena de mayor gravedad: sin duda lo es la prisión permanente revisable. Si el legislador hubiera querido alterar el orden de cumplimiento en estos casos, debería haber introducido en el art. 75 CP una previsión específica para estos supuestos de concurrencia de prisión permanente revisable y pena de prisión. Pero es que además, como hemos señalado, se impediría el establecimiento de esa necesaria pena única sobre la que aplicar el itinerario penitenciario porque, con una pena de prisión permanente revisable pendiente de cumplimiento, no se permitiría que el sujeto accediese a permisos, tercer grado y libertad condicional en caso de una progresión adecuada y un pronóstico favorable de reinserción, para volver después al centro penitenciario, una vez cumplida la pena determinada, a iniciar el cumplimiento de la prisión indeterminada.

Si en cambio, y siguiendo esa primera lectura del art. 78 bis CP que aquí rechazamos, entendiéramos que, conforme a lo establecido en el art. 75 CP, debe iniciarse el cumplimiento con la pena más grave, la pri-

sión permanente revisable, y una vez remitida ésta, pasar después al cumplimiento de la pena de prisión, tampoco el resultado sería adecuado. Primero, porque llevaría a la situación absurda de entender que una persona que, en el mejor de los horizontes posibles, haya conseguido superar todas las dificultades y trabas establecidas para acceder en este tipo de penas a la revisión<sup>76</sup>, acceda a la libertad condicional a los 25 años, pase en ese régimen de suspensión 10 años más, tenga que volver después a prisión una vez remitida esta pena de prisión permanente para iniciar el cumplimiento de las penas de prisión pendientes, pese a que ese pronóstico favorable de reinserción ha quedado confirmado para alzar la prisión permanente revisable.

Así, en el caso referido de la SAP Valencia 287/2020, de 31 de julio, tras el cumplimiento de la prisión permanente revisable —pensemos, como mínimo, una vez pasados 35 años, tendría que «volver» a prisión para iniciar cumplimiento de una pena de prisión de 15 años.

Además de que, como acabamos de ver, esta interpretación impediría la existencia de una pena única sobre la que trazar todo el itinerario penitenciario, y de que esa pena de prisión pendiente influiría en las decisiones penitenciarias que se tomarían respecto a la posibilidad de revisión de la pena de prisión, esta lectura a nuestro juicio es totalmente incompatible con los principios de humanidad y de resocialización. Si el legislador hubiera querido esta solución, habría tenido que prever algún recurso, como el que sí se establece por ejemplo para los casos del sistema vicarial ante concurrencia de penas y medidas de seguridad (art. 99)<sup>77</sup>, en los supuestos de inimputabilidad sobrevenida (art. 60)<sup>78</sup> o incluso ante el quebrantamiento de la prohibición de vuelta al territorio nacional antes del tiempo establecido en la expulsión sustitutiva del art. 89<sup>79</sup>, de tal manera que el tribunal pudiera dejar en suspenso, por entender que no hay necesidad de pena, esas penas de prisión pendientes.

<sup>76</sup> Sobre ello, más detenidamente C. Rodríguez Yagüe: *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, ob. cit., pp. 1 y ss.

<sup>77</sup> En el que se establece que, en el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, una vez alzada la medida de seguridad que será la primera que se cumpla, podrá 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— «si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla».

<sup>78</sup> Que señala para los casos en los que la ejecución de la pena de prisión se haya suspendido ante una situación duradera de trastorno mental grave que impida al sujeto conocer el sentido de la pena, determinándose en su caso la posibilidad de imponer una medida de seguridad privativa de libertad, una vez restablecida la salud mental, cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, «sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente».

<sup>79</sup> En este caso lo que se prevé es la posibilidad de reducción de la pena de prisión: «Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de

El resultado más absurdo al que esta lectura del art. 78 bis CP como figura únicamente de cumplimiento íntegro de la prisión permanente revisable impuesta en casos de concurrencia con penas de prisión, pero no como figura que resuelve estos supuestos de acumulación de condenas, sería el de la concurrencia de dos penas de prisión permanente revisable, cuyo cumplimiento a su vez estaría endurecido. El cumplimiento sucesivo de ambas penas no tiene sentido alguno, pues sería ridículo que, tras acceder a la remisión de la primera tras 30 años, estar 10 años en suspensión pero en libertad por tener un buen pronóstico de reinserción social, se tuviese que volver a prisión para empezar a cumplir otra pena que no sería revisada, en la mejor de las condiciones, hasta otros 30 años.

Pensemos, por ejemplo, en el caso de la SAP Barcelona de 20 de julio de 2020, en la que se condena a una persona a dos prisiones permanentes revisables por dos delitos de asesinato cualificados, y a una pena de prisión de 20 años de duración por una tentativa de asesinato. Si, siguiendo esa interpretación, se entendiera que primero debe cumplir la pena de 20 años de prisión, y, tras ello, sucesivamente, cada una de las prisiones permanentes revisables, además de la imposibilidad de acceso a libertad condicional en la primera, que estaría condicionada por la existencia de las dos segundas, llevaría a la confirmación de que estamos en una pena perpetua sin posibilidad alguna de revisión.

Cualquiera de las dos posibilidades, cumplimiento sucesivo empezando por la prisión permanente revisable, cumplimiento sucesivo empezando por la pena de prisión, podría suponer además una vulneración del principio *ne bis in idem*, en tanto la misma circunstancia, la concurrencia de penas de prisión permanente y prisión, implicaría tanto el cumplimiento de ambas como la modalidad endurecida en la ejecución de la primera. Pero además esta interpretación que conduce a un cumplimiento sucesivo también plantea otros problemas prácticos relevantes como la identificación del abono del tiempo pasado en prisión provisional y sobre qué pena se haría, si sobre la prisión o sobre la prisión permanente revisable, cuando ambas han sido impuestas en la misma causa<sup>80</sup>.

En el ejemplo referido de la SAP La Rioja 67/2023, de 17 de abril, surgió, en primer lugar, el problema de a qué pena se le abona el tiempo

---

tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento».

<sup>80</sup> En cambio, el problema de la prescripción de penas, en relación con la segunda que se determine que se va a cumplir de forma sucesiva, ya sea la prisión permanente revisable, ya pena/s de prisión acumuladas, quedaría salvado en tanto el Código penal prevé en su art. 134 que el tiempo de prescripción de las penas, que comienza a computar desde la fecha de la sentencia firme, quedará en suspenso «durante el cumplimiento de otras penas, cuando resulte aplicable lo dispuesto en el art. 75».

pasado por el sujeto en prisión provisional, pues las dos pertenecen a la misma causa: si a la de prisión de 15 años, o a la de prisión permanente revisable, adelantando los períodos de seguridad para acceso a permisos, tercer grado y libertad condicional.

Pero además esta interpretación del art. 78 bis CP como proyección, únicamente, del art. 78 CP en la prisión permanente revisable y no como regla de acumulación de condenas cuando concurra esta pena con otras de prisión, conduce a serios problemas de orden material. El primero es que lleva a entender que el legislador habría renunciado a que exista un régimen de acumulación de condenas en los casos de prisión permanente revisable, en aras a garantizar los principios de humanidad y resocialización en las penas, cuando sí lo existe para penas de menor gravedad como las de prisión.

Ello podría derivar también en situaciones absurdas, por incoherentes, y en todo caso contrarias a lo establecido en el art. 76.1 CP, como entender que, en el caso de concurrencia de varias penas largas de prisión, además de la prisión permanente revisable, las reglas de acumulación de condenas operarían respecto a las primeras, pero no en la relación de éstas con la segunda. Pensemos, por ejemplo, en el caso de la SAP Teruel 38/2021, de 27 de abril, en el que se condena a un hombre como autor de tres delitos de asesinato, en concurso con dos delitos de atentado y a tres delitos de robo con violencia en las personas a una prisión permanente revisable, dos penas de prisión de 25 años, y tres penas de 5 años de prisión por los delitos de robo con violencia. Concurren, pues, una prisión permanente revisable con penas de prisión que sumadas alcanzan los 65 años. Conforme a lo establecido en el art. 76.1 d) CP, el máximo de cumplimiento de estas últimas será el mayor, de 40 años, pues ha sido condenado por dos o más delitos y al menos dos, los dos asesinatos, están castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años. Si se llegara a entender que en ese cumplimiento sucesivo que entendemos incorrecto las reglas de acumulación actúan sobre las penas de prisión, pero no sobre la prisión permanente revisable, el resultado sería que el sujeto tendría que cumplir 40 años de prisión y, además, una prisión permanente revisable que, además, tendría su régimen agravado: no accedería a la posibilidad del tercer grado hasta los 22 años ni a la libertad condicional hasta los 30.

Esto supondría además renunciar a la posibilidad de revisión de esta pena, que se tornaría en totalmente imposible en el caso de que la concurrencia de la prisión permanente revisable lo fuera con penas de prisión de media o larga duración, o si estamos ante autores de mediana o avanzada edad. En el supuesto anterior, el sujeto, nacido en 1976, tenía 41 años en el momento de comisión de los hechos. Detenido, pasa en prisión provisional hasta el momento en el que es condenado. Su recurso es desestimado por el TS por sentencia 461/2022, de 11 de mayo. Tras el abono de la prisión provisional, si entendemos que comienza a cumplir

su condena por las penas de prisión, con un máximo de 40 años, tendría 81 años. Iniciaría entonces una prisión permanente revisable que no se revisaría hasta 30 años después, cuando el sujeto cumpliera 111 años. Quedaría sólo la posibilidad de la aplicación de la libertad condicional humanitaria, pero ya el TEDH ha dejado claro que el sistema de revisión no puede limitarse a ser para los casos humanitarios<sup>81</sup>. Si empezase, en cambio por la prisión permanente revisable, la revisión no vendría antes de cumplir los 71 años; tras 10 años en libertad provisional y si llegase a la remisión de condena a los 81, comenzaría entonces a cumplir las penas de prisión por un máximo de 40 años: terminaría a sus 121 años.

En consecuencia, esta primera lectura del art. 78 bis no como regla de acumulación de condenas, sino únicamente como forma de establecer el cumplimiento íntegro en la prisión permanente revisable cuando concurra con penas de prisión, haría saltar por los aires el principio de resocialización y convertiría en inconstitucional esta pena. Si interpretásemos que esa es la lectura correcta del Código penal, y en palabras del TEDH, a nuestro juicio ya no estaríamos ante un supuesto de no existencia de posibilidad de revisión *de facto*, sino *de legem*, puesto que la ausencia de un sistema de acumulación que limitase la duración en casos de concurrencia conduciría a la perpetuidad desde la propia legislación. Y, por tanto, estaríamos ante una pena inhumana o degradante proscrita por el art. 3 CEDH.

Por todo lo señalado, nos parece que la única interpretación posible del art. 78 bis CP conforme no sólo a lo establecido en el Código, sino también de acuerdo con los principios constitucionales señalados, es entender que esta figura recoge el sistema de resolución de los casos de acumulación de condenas en el supuesto de la concurrencia de penas de prisión permanente revisable y prisión.

En tanto en la prisión permanente revisable, puesto que es una pena indeterminada, no se puede establecer un máximo de cumplimiento efectivo, como sí se hace cuando son penas de prisión, lo que resulta de la aplicación de las reglas contempladas en el art. 78 bis CP en los casos

<sup>81</sup> Así lo dejó claro en su sentencia sobre el caso Vinter y otros vs. Reino Unido, de 9 de julio de 2013, parágrafo 127. Para el Tribunal, la liberación sólo por motivos humanitarios en casos de enfermedad terminal o incapacidad, como planteaba en su regulación Reino Unido, no era el tipo de liberación que se entendía bajo la expresión «expectativa de ser liberado» en la relevante resolución Kafkaris vs. Chipre, de 12 de febrero de 2008. D. Van Zyl Smit, C. Rodríguez Yagüe: «Un acercamiento a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la cadena perpetua y a su posible proyección sobre la prisión permanente revisable en España», ob. cit., pp. 5 y 6. Si bien esta jurisprudencia fue matizada en la STEDH, asunto Hutchinson vs. Reino Unido, de 17 de enero de 2017, lo fue en cuanto a los efectos sobre el país que fue condenado, en relación a dar por válido el sistema de revisión inglés a través del mecanismo establecido en Reino Unido con el indulto por causas humanitarias concedido por el Ministro de Justicia. C. Rodríguez Yagüe: «La ejecución cruel de las penas de prisión», ob. cit., p. 1127.

en los que aquélla concurre con penas de prisión que, sumadas, exceden de 5 años de duración es la configuración de una «nueva» y única pena de prisión permanente revisable. Esta única pena de prisión permanente revisable, que será la que cumpla el condenado, verá endurecida su ejecución, en tanto el art. 78 bis CP recoge un sistema de acceso a las figuras penitenciarias y a la revisión con tiempos mayores a su régimen general. Esa extensión de la duración de la pena, difiriendo en tiempo el acceso al tercer grado y a la revisión mediante la libertad condicional, es el mecanismo a través del cual se incorpora la mayor gravedad derivada por la comisión de otros delitos y concretada en la imposición de otras penas de prisión concurrentes en la sentencia.

Esta interpretación aquí defendida entendemos que es la única compatible con los principios de humanidad y resocialización, si es que son compatibles realmente con una pena de prisión permanente revisable.

Por un lado, desde un punto de vista de coherencia sistemática, pese a su incorrecta ubicación tras el art. 78 CP, no hay que olvidar que la aplicación del art. 78 bis CP se produce a partir de lo establecido en el art. 76.1 CP, que fija «el máximo de cumplimiento efectivo de la condena», estableciendo el «límite máximo». Por tanto, y dado que la pena de prisión permanente revisable es una pena indeterminada, a través de las extensiones temporales que, sobre el régimen general, el legislador ha realizado para el acceso a tercer grado y libertad condicional en el caso de la concurrencia con penas de prisión, se estarían estableciendo nuevos mínimos de cumplimiento efectivo de la prisión permanente revisable dentro de lo que no deja de ser una pena sin horizonte final. El resultado sería, por tanto, la absorción de las penas de prisión con las que concurra la prisión permanente revisable a cambio de la aplicación de un régimen temporal más severo, por comportar períodos de seguridad en tercer grado y libertad condicional más largos que el general, difiriendo aún más el proceso de revisión y la eventual puesta en libertad.

Por otro, esta interpretación no sólo es coherente desde un punto de vista formal con la redacción del art. 76 CP, sino también con la necesidad de que haya un sistema de acumulación de condenas justificado por la vigencia de los principios de humanidad y resocialización. Si existe tal sistema en penas de menor gravedad, no puede renunciarse a él en los casos de mayor gravedad, como la prisión permanente revisable. Ahora bien, un debate diferente, también necesario pero lamentablemente cerrado a nuestro juicio de manera no satisfactoria por el TC en su sentencia 169/2021, es hasta qué punto los extensos tiempos que incorpora el art. 78 bis CP para estos supuestos de acumulación pueden ser compatibles con estos principios de humanidad y de resocialización, cuando extiende, en los casos de mayor gravedad, el acceso a la primera revisión de la pena de prisión permanente revisable a un cumplimiento mínimo de 35 años (art. 78 bis 3 CP).

Además, esta interpretación del art. 78 bis CP como la proyección del art. 76 CP para la solución de la acumulación de condenas es la única compatible con la necesidad de la obtención de una pena única sobre la que pueda diseñarse todo el itinerario penitenciario de la persona que inicia el cumplimiento de la misma, con la determinación de esos hitos, orientados a la resocialización, como son los permisos, el régimen de semilibertad y la libertad condicional, que requieren su proyección sobre un marco temporal concreto, lo que es imposible de darse distintas penas sucesivas.

Igualmente es la interpretación más coherente con el sistema de revisión que el legislador español decidió vincular a la libertad condicional, en concreto, con la previsión en el art. 92.1 CP que establece que el requisito de la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social<sup>82</sup> deba realizarse, «en el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos», «valorando en su conjunto todos los delitos cometidos».

En consecuencia, con la aplicación del art. 78 bis, lo que se obtiene es una nueva, y única, pena a cumplir de prisión permanente revisable con nuevos marcos temporales. En función de lo establecido en el art. 78 bis, varios son los supuestos posibles.

El primero es el de los casos en los que la concurrencia de una pena de prisión permanente revisable lo sea con penas de prisión que, individuales o sumadas, sean inferiores a los 5 años. Los supuestos de extensión de plazos para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional previstos en el art. 78 bis operan a partir de la concurrencia de la pena de prisión permanente revisable y penas que sumen un total que exceda de 5 años. En consecuencia, debe entenderse que las penas inferiores quedarían absorbidas por la pena de prisión permanente revisable, en su cumplimiento conforme al régimen general previsto para los casos de una única pena: acceso al tercer grado a partir de los 15 años —20 si es terrorismo—, y a la libertad condicional a partir de los 25 años.

Es lo que ocurre también para las penas de prisión en los supuestos de exceso cuando se aplica la regla del triple de la mayor del art. 76.1 CP o cuando hay un caso de acumulación de condenas que supera los 20 años de prisión de cumplimiento máximo, pero no es uno de los supuestos en los que se puede elevar ese cumplimiento hasta 25, 30 o 40 años conforme al mencionado art. 76.1 CP.

<sup>82</sup> A partir de la evaluación, por el tribunal, de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión y del cumplimiento de las medidas que le fueran impuestas.

Un ejemplo lo encontramos en la ya citada SAP Elche 526/2020, de 28 de septiembre, en la que se condena a una mujer por un delito de maltrato habitual y por un delito de asesinato agravado, ambos en comisión por omisión, a las penas de prisión de 3 años y prisión permanente revisable respectivamente. Así interpretado el art. 78 bis CP, conduce al cumplimiento de la pena de una única prisión permanente revisable en su régimen general (art. 36.1 CP y 92 CP): valoración de progresión a tercer grado a partir de los 15 años y de concesión de la libertad condicional a los 25 años.

El segundo supuesto es el de concurrencia de una pena de prisión permanente revisable con una o varias penas de prisión que, sumadas, excedan de 5 años, pudiendo llegar hasta los 15 años. Estas penas quedarán absorbidas, por integración en la configuración de un nuevo régimen de prisión permanente revisable más duro, para el que el art. 78 bis CP alarga los tiempos de acceso al tercer grado a un mínimo de 18 años —24 si es terrorismo o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales— y para la revisión mantiene los 25 años, salvo para terrorismo y delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, donde lo incrementa a 28.

Sería el caso, por ejemplo, de la SAP Oviedo 152/2023, de 28 de abril, que condena a un hombre por el asesinato con alevosía y ensañamiento y por agresión sexual a una menor de 14 años a las penas de prisión permanente revisable y de prisión de 12 años y 6 meses respectivamente. En este supuesto, la pena de prisión permanente resultante tras la aplicación del art. 78 bis CP exigirá como tiempos mínimos de cumplimiento dentro de los muros de la prisión antes de acceder al tercer grado 18 años y para plantear la revisión y posible concesión de la libertad condicional 25 años.

El tercero de los supuestos viene de la concurrencia de una pena de prisión permanente revisable con pena/s de prisión que, sumadas, excedan de los 15 años, y que no alcancen los 25. En este caso, estas penas se absorberán por la nueva configuración de la prisión permanente revisable que plasmaría ese mayor desvalor a través del endurecimiento de la ejecución, ampliando su duración. En concreto, los plazos de acceso al tercer grado requerirían un mínimo de cumplimiento dentro de la prisión de 20 años, 24 en caso de terrorismo o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, manteniéndose la revisión y libertad condicional en 25 años, 28 en terrorismo y delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

Sería el supuesto de la SAP Madrid 682/2022, de 28 de noviembre de 2022, que condena a una persona a prisión permanente revisable por un asesinato cualificado del art. 140.1.3º CP, a 20 años por tentativa de asesinato del art. 139.1 CP y a un año por un delito de tenencia ilícita de armas del art. 563 CP.

El último caso, el de mayor severidad, es en el que se dé la concurrencia de dos o más penas de prisión permanente revisable o de una de ellas con penas de prisión que sumen 25 años o más. Aquí, la absorción de ellas para así posibilitar una pena única sobre la que aplicar el itinerario penitenciario implicará que los plazos de acceso al tercer grado se eleven a un mínimo de 22 años, 32 para terrorismo o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, y para la revisión y libertad condicional a 30, 35 para terrorismo o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

Sería el supuesto de la ya citada SAP Teruel 38/2021, de 27 de abril, en la que se condena al sujeto a una prisión permanente revisable y a penas de prisión que alcanzan los 65 años. En este caso, la pena a cumplir será la prisión permanente revisable en su régimen de mayor severidad: no se podrá valorar si concurren los requisitos para que acceda al tercer grado hasta que pase un mínimo de tiempo en prisión de 22 años ni se revisará su pena, valorando la concesión de la libertad condicional, hasta pasados 30 años<sup>83</sup>.

Fuera de estos supuestos de acumulación quedaría el de penas, ya de prisión, ya de prisión permanente revisable que, impuestas posteriormente por la comisión de nuevos delitos, no puedan ser acumulables en virtud del criterio de conexidad cronológico. Si no, tal y como ha señalado el TS en su jurisprudencia al hablar del patrimonio punitivo, se estaría dando carta blanca al sujeto para la comisión de nuevos hechos delictivos, que quedarían de esta manera impunes<sup>84</sup>. No obstante, también estos supuestos, al igual que ocurre cuando pasa con penas de prisión que no puedan ser acumuladas<sup>85</sup>, deberían encontrar una respuesta adecuada por parte del legislador para evitar que sea ésta otra forma más

<sup>83</sup> Lo recoge expresamente el fallo condenatorio de esta sentencia: «Como responsable de un delito de asesinato en la persona de D. ... en concurso con un delito de atentado, a la pena de prisión permanente revisable. El acusado no podrá progresar al tercer grado hasta que cumpla un mínimo de veintidós años de prisión, y la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá el cumplimiento de un mínimo de treinta años». Sin embargo, nada refiere sobre si esta pena absorbe las otras penas de prisión impuestas o serían de cumplimiento sucesivo.

<sup>84</sup> Así, por ejemplo, en la STS 587/2018, de 23 de noviembre, en la que afirma que «en el caso de que no se observe esa interpretación restrictiva de la norma, se acabaría propiciando la constitución de lo que se ha denominado *un patrimonio punitivo* que permitiría a los sujetos condenados incurrir en nuevas conductas delictivas que no resultaran penadas, o que, aun siendo castigadas, la pena a imponer resultara sustancialmente reducida debido a su acumulación».

<sup>85</sup> En todo caso, para las penas de prisión, y a efectos de la concesión de la libertad condicional, como ya hemos dicho anteriormente, el art. 193.2 RP recoge la figura de la refundición de condenas, de tal manera que «cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional».

de llegar a la perpetuidad de las penas en nuestro Ordenamiento, como así ocurre en la actualidad<sup>86</sup>.

Por otro lado, la interpretación aquí defendida es la que mejor permite la realización del abono del tiempo pasado en prisión provisional puesto que, al tratarse de una única pena de prisión permanente revisable, actuaría sobre ella adelantando cada uno de los períodos de seguridad marcados por el legislador para valorar los distintos hitos penitenciarios: permisos, tercer grado y libertad condicional.

No obstante, sigue siendo problemática la relación de esa única pena de prisión permanente revisable con el resto de penas accesorias y, en su caso, con la libertad vigilada postpenitenciaria que hayan sido impuestas en el fallo condenatorio en relación a las penas de prisión también contempladas en la sentencia. Y ello porque entender que el art. 78 bis CP funciona como un régimen de resolución de los casos de acumulación de condenas que implican la privación de libertad (prisión permanente revisable y prisión) no alcanza a incorporar en tal absorción las penas privativas de derechos. Además, los fallos condenatorios en unos casos prevén penas privativas de derechos, como la inhabilitación absoluta, expresamente en penas de prisión permanente revisable y en penas de prisión, pero no siempre. Igual ocurre con otras penas como las inhabilitaciones especiales, con medidas de prohibición de aproximación, comunicación o residencia o incluso con las libertades vigiladas postpenitenciarias. En consecuencia, habría que entender que son penas que conviven con la prisión permanente revisable resultante de la aplicación del art. 78 bis. El problema no tiene sencilla solución en tanto su duración se proyecta a partir de la de la pena determinada, la prisión, por lo que no podría prolongarse su duración sin cobertura en el Código penal hasta la finalización de la prisión permanente revisable. Una solución adecuada requiere, por tanto, la intervención del legislador.

## 5. Conclusión

Ante una regulación técnicamente deficiente —un Código penal que no ha ajustado las reglas de aplicación de las penas a la aparición de la prisión permanente revisable, y con una LOGP y una LECrim todavía no

<sup>86</sup> Sobre ello, véanse los trabajos de Delgado Carrillo: «Los arruinados: la pena de prisión permanente revisable como posible umbral de esperanza para los olvidados con condenas no revisables y de *facto* a perpetuidad». *Penas perpetuas*. C. Rodríguez Yagüe (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023; pp. 531 y ss.; A. Gómez Conesa: «Las penas de prisión no susceptibles de acumulación jurídica». *Penas perpetuas*. C. Rodríguez Yagüe (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 513 y ss.; y P. Solar Calvo: «Triple de la mayor y condenas eternas». *Penas perpetuas*. C. Rodríguez Yagüe (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 415 y ss.

reformadas—, y hasta que ocurra esa necesaria adaptación de las normas, la tarea de acomodar la prisión permanente revisable recae en el resto de operadores jurídicos. Así también lo ha admitido el TC en su controvertida sentencia 169/2021, en la que olvidándose de la tarea que corresponde también al legislador, parece derivar toda responsabilidad de que la prisión permanente revisable se acomode al principio de re-socialización del art. 25.2 CE a los órganos judiciales y a la Administración penitenciaria: «El sistema de individualización científica se alza en nuestro ordenamiento jurídico como salvaguarda de la humanidad de la pena de prisión permanente revisable (...). Se ha de prever el riesgo de anquilosamiento del sistema, riesgo perceptible, si la administración penitenciaria y los órganos judiciales optan por convertir la gravedad intrínseca de la pena y su duración indeterminada en fundamento diríamente de sus decisiones en materia de régimen y tratamiento. Este tribunal considera necesario, por ello, reforzar la función moderadora que el principio constitucional consagrado en el art. 25.2 CE, y sus concretas articulaciones normativas, debe ejercer sobre la pena de prisión permanente revisable. En definitiva, las tensiones que el nuevo modelo de pena genera en el art. 25.2 CE precisan ser compensadas reforzando institucionalmente por medios apropiados la posibilidad de realización de las legítimas expectativas que pueda albergar el interno de alcanzar algún día su libertad».

Es verdad que el TC se está refiriendo al momento de la ejecución penitenciaria de la pena y a los actores, ya la Administración penitenciaria, ya los órganos judiciales, que son competentes en las decisiones penitenciarias. Pero tal apelación debe ser entendida también a nuestro juicio al estadio previamente anterior al inicio de la ejecución, y en el que se va a determinar si realmente estamos ante una pena a perpetuidad contraria a los principios de humanidad y de reinserción, o ante una pena indeterminada, determinable en palabras del TC, en la que quede un resquicio de entrada, aunque pequeño, a la humanidad. Y ello porque la liquidación penal y penitenciaria es el inicio del sistema de individualización científica.

Es en este plano donde entra en juego la resolución adecuada de los supuestos de acumulación de condenas, porque ese sistema de individualización científica sobre el que la LOGP ha establecido el cumplimiento de las penas en prisión y al que el TC ha fiado la constitucionalidad de la prisión permanente revisable sólo puede operar si existe una pena única.

El Tribunal Supremo desaprovechó una fantástica ocasión para clasificar las diversas cuestiones que plantea el régimen de acumulación de condenas cuando concurre una o varias prisiones permanentes revisables con otras penas de prisión al no pronunciarse sobre ello en el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2º aprobado el día 27 de junio de 2018, tres años después de la entrada en vigor de la LO 1/2015, y en el que se fijaron los criterios en los casos de acumulación de conde-

nas. Pero sin duda está a tiempo, y urge la necesidad de hacerlo, puesto que las condenas a prisión permanente revisable no dejan de sucederse, como tampoco los problemas que están planteándose en las liquidaciones penales y penitenciarias de estas penas.

No podemos entender que los principios de humanidad en las penas y de resocialización sirvan de límite, fijando un cumplimiento máximo, en el caso de las penas de prisión, pero que no exista mecanismo alguno para hacerlos efectivos cuando concurren con una pena de prisión permanente revisable. Sería admitir que el legislador penal ha tirado la llave al pozo o, lo que es lo mismo, que nuestro sistema ha establecido en estos casos de concurrencia un sistema de prisión perpetua sin posibilidad de revisión, no ya *de facto*, sino *de jure*, por tanto, inconstitucional. En consecuencia, y para los casos en los que la pena de prisión permanente revisable concurre con penas de prisión, la única lectura posible es la de entender el art. 78 bis como la figura que rige el régimen de acumulación de condenas, de cuya aplicación derivará la ejecución de una «nueva» única pena de prisión permanente revisable, en la que los plazos para el acceso al tercer grado y a la revisión y libertad condicional se extenderán, en su caso, en los términos señalados por este precepto.

## 6. Bibliografía

- Acale Sánchez, M.: «La prisión permanente revisable y la revisión del sistema de penas». *Reformas penales en la Península Ibérica: a «jangada de pedra»?*. BOE, Madrid, 2021.
- «Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva del derecho penitenciario», *Contra la cadena perpetua*. C. Rodríguez Yagüe (Coord). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016.
- Álvarez García, F.J. (Dir.) y Dopico Gómez-Aller, J. (Coord). *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Atienza, M., Juanatey Dorado, C.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable». *Diario La Ley* nº 10017, 2022.
- Cámara Arroyo, S.: «Las propuestas de reforma y ampliación de la prisión permanente revisable en España». *Penas Perpetuas*. C. Rodríguez Yagüe (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- Camara Arroyo, S., Fernández Bermejo, D.: *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*. Aranzadi, 2016.

Cancio Meliá, M.: «La pena de cadena perpetua («prisión permanente revisable») en el Proyecto de reforma del Código Penal». *Diario La Ley* nº 8175, 2013.

Casals Fernández, A.: «La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable». *La Ley Penal* nº 153, 2021.

— «Algunos aspectos controvertidos de la prisión permanente revisable». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXIV, 2021.

— *La prisión permanente revisable*. BOE, Madrid, 2019.

— «La ejecución penitenciaria de la pena de prisión permanente revisable». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* vol. LXXII, 2019.

Castillo Felipe, R.: «Anotaciones procesales acerca de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable». *La Ley Penal* nº 115, 2015.

Cervelló Donderis, V.: «Una lectura de la STC 169/2021, de 6 de octubre en clave de ejecución: evitar la perpetuidad de la prisión permanente revisable». *Revista General de Derecho Penal* nº 40, 2023.

— «Nuevas fórmulas de revisión de las penas perpetuas y de larga duración». *El diseño de la ejecución penitenciaria de la prisión permanente revisable*, C. Rodríguez Yagüe (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

— *Derecho Penitenciario*. 5º edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

— *Prisión perpetua y de larga duración*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

— «Prisión permanente revisable II». *Comentarios a la Reforma del Código Penal*. J.L. González Cussac (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Colomo Iraola, H.: «La pena interminable: una reflexión crítica sobre la prisión permanente revisable a propósito de la STC 169/2021, de 6 de octubre». *Revista de Derecho Penal y Criminología* nº 28, 2022.

Corral Maraver, N.: *Personas condenadas a prisión permanente revisable en España. Cuestiones penales y penitenciarias*. Dykinson, 2024 (en prensa).

Cuerda Riezu, A.: «La cadena perpetua vulnera el artículo 14 de la Constitución, que prohíbe cualquier trato discriminatorio». *Contra la cadena perpetua*. C. Rodríguez Yagüe (Coord.). Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016.

— *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*. Atelier, Barcelona, 2011.

De la Cuesta Arzamendi, J.L.: «Principio de humanidad y prisión perpetua». *Contra la cadena perpetua*. C. Rodríguez Yagüe (Coord.). Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016.

Delgado Carrillo, L.: «Los arruinados: la pena de prisión permanente revisable como posible umbral de esperanza para los olvidados con

- condenas no revisables y de *facto* a perpetuidad». *Penas perpetuas*. C. Rodríguez Yagüe (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- De Vicente Martínez, R.: «Acumulación jurídica de condenas: marco normativo, evolución jurisprudencial y la calculadora 988». *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- Díaz y García de Conledo, M.: «Los límites constitucionales y el sistema de penas: la prisión permanente revisable». *Retos actuales del Estado constitucional*. Universidad de León; Seijas Villandangos (Coord.). 2022.
- Ferrer Gutiérrez, A.: *Manual práctico sobre ejecución penal y Derecho penitenciario. Doctrina, jurisprudencia y formularios*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Fuentes Osorio, J.L.: «¿La botella medio llena o medio vacía? La prisión permanente: el modelo vigente y la propuesta de reforma». *Revista de Derecho constitucional europeo* nº 21, 2014.
- García Rivas, N.: «Algunos problemas aplicativos del asesinato castigado con prisión permanente revisable». *Penas perpetuas*, C. Rodríguez Yagüe (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- «Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable». *Penas de prisión de larga duración: una perspectiva transversal*. F.J. De León Villalba (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- García Valdés, C.: «Sobre la prisión permanente y sus consecuencias penitenciarias». *Contra la Cadena perpetua*. C. Rodríguez Yagüe (Coord.). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016.
- «La reforma penitenciaria española». *Estudios de Derecho Penitenciario*. Tecnos, Madrid, 1982.
- Gómez Conesa, A.: «Las penas de prisión no susceptibles de acumulación jurídica». *Penas perpetuas*. C. Rodríguez Yagüe (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- Guardiola García, J.: «Reglas especiales para la aplicación de las penas; concurso de infracciones». *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. J.L. González Cussac (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- Icuza Sánchez, I.: *La prisión permanente revisable. Un análisis a la luz de la jurisprudencia del TEDH y del modelo inglés*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- Landa Gorostiza, J.: «Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿derecho a la esperanza?». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 17, 2015.
- Lascuraín Sánchez, J.A.: «¿Es la prisión permanente revisable inhumana o indeterminada? La insuficiente respuesta de la STC 169/2021?».

- Penas perpetuas*, C. Rodríguez Yagüe, (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- Lascuraín Sánchez, J.A.: «La insoportable levedad de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable». *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 32, 2022.
- «No solo mala: inconstitucional». *Contra la cadena perpetua*. C. Rodríguez Yagüe (Coord.). Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016.
- Lascuraín Sánchez, J.A.; Pérez Manzano, M.; Alcácer Guirao, R.; Arroyo Zapatero, L.; De León Villalba, J.; Martínez Garay, L.: «Dictamen sobre la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable». *Contra la cadena perpetua*. C. Rodríguez Yagüe (Coord.). Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016.
- López Lorca, B.: «Los estándares del Consejo de Europa sobre la concesión de la libertad condicional. Implicaciones para el sistema de revisión de la pena de cadena perpetua». *El diseño de la ejecución penitenciaria de la prisión permanente revisable*. Rodríguez Yagüe, C. (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- López Peregrín, C.: «Algunos problemas que plantea la determinación y ejecución de la pena de prisión permanente revisable». *Revista Penal México*, nº 21, 2022.
- «Más motivos para derogar la prisión permanente revisable». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* nº 20, 2018.
- Martín Aragón, M.M.: «De nuevo sobre la prisión permanente revisable español: el contexto de su nacimiento, la sentencia del Tribunal Constitucional que la avala y el pretendido proyecto de reforma». *Derecho PUCP* nº 90, 2023.
- Martínez Garay, L.: «Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua». *Contra la cadena perpetua*. C. Rodríguez Yagüe (Coord.). Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016.
- Nieto García, A.J.: «La liquidación de condena. Determinación de la hoja de cálculo». *Diario La Ley* nº 9257, 2018.
- Nistal Burón, J.: «La pena de prisión permanente revisable. Consecuencias y efectos en el ámbito de las medidas de seguridad privativas de libertad». *El diseño de la ejecución de la prisión permanente revisable*. C. Rodríguez Yagüe (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- Núñez Fernández, J.: «El primer condenado a prisión permanente revisable en España ante el TEDH: ¿sería posible una condena por vulneración del art. 3 CEDH?». *Penas perpetuas*. C. Rodríguez Yagüe (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

- Palomo del Arco, P.: «La pena de prisión permanente revisable. Una pena innecesaria». Disponible en [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es).
- Pérez Manzano, M.: «Truco, trato y el comodín del derecho comparado. Sobre la proporcionalidad y la adecuación al mandato de resocialización de la prisión permanente revisable». *Penas perpetuas*, C. Rodríguez Yagüe (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- Presno Linera, M.A.: «Es constitucional la pena de prisión permanente revisable?». *Un sistema de sanciones penales para el siglo xxi*. L. Roca de Agapito (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- Ríos Martín, J.C.: «Prisión perpetua revisable: reflexiones sobre los mecanismos legales de excarcelación». *El diseño de la ejecución penitenciaria de la prisión permanente revisable*, C. Rodríguez Yagüe (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*. Gakoa Liburuak, San Sebastián, 2013.
- Rodríguez Yagüe, C. (Dir.): *El diseño de la ejecución penitenciaria de la prisión permanente revisable*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- «La determinación de la indeterminada prisión permanente revisable». *Personas condenadas a prisión permanente revisable en España. Cuestiones penales y penitenciarias*. N. Corral Maraver (Dir.). Dykinson, 2024 (en prensa).
- «La cadena perpetua en el seno del Consejo de Europa: estándares penitenciarios del Comité de Ministros y del Comité Europeo para la prevención de la tortura». *El diseño de la ejecución penitenciaria de la prisión permanente revisable*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- «La evolución legislativa de las penas de prisión de muy larga duración». *Penas perpetuas*. C. Rodríguez Yagüe (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- «La ejecución cruel de las penas de prisión», *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho Penal Humanista*, vol. II. R. De Vicente Martínez, D. Gómez Iniesta, T. Martín López, M. Muñoz de Morales Romero y A. Nieto Martín (Dirs.). Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, BOE, Madrid, 2021.
- «Seis frentes abiertos de la prisión permanente revisable». *Diario La Ley* nº 9479, 2019.
- «Los estándares internacionales sobre la cadena perpetua del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 17, 2018.
- *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- Roig Torres, M.: «Suspensión de la prisión permanente revisable. Situación en derecho comparado y jurisprudencia del TEDH». *Penas perpetuas*. C. Rodríguez Yagüe (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- *La cadena perpetua en el derecho alemán y británico. La prisión permanente revisable*. Iustel, Madrid, 2016.
- Sánchez Benítez, C.: «Tratamiento jurisprudencial de la prisión permanente revisable (2015-2022)». *Revista General de Derecho Penal* nº 40, 2023.
- «Prisión permanente revisable y medidas de seguridad. A propósito del internamiento permanente revisable». *Penas perpetuas*. C. Rodríguez Yagüe (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- Sánchez Robert, M.J.: «La constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable en la Unión Europea: especial referencia a las legislaciones española y alemana». *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*. L. Morillas Cuevas (Dir.). Dykinson, 2016.
- Serrano Gómez, A., Serrano Maíllo, M.I.: *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*. Dykinson, Madrid, 2016.
- Sierra López, M.V.: «La medida de `internamiento permanente revisable`: una consecuencia de la prisión permanente revisable en el ámbito de las medidas de seguridad». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 23, 2021.
- Solar Calvo, P.: «Triple de la mayor y condenas eternas». *Penas perpetuas*. C. Rodríguez Yagüe (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- «Revisando la prisión permanente revisable. ¿De verdad es constitucional?». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXV, 2022.
- «Fundamentos penitenciarios en contra de la constitucionalidad de la prisión permanente revisable». *Diario La Ley* nº 9166, 2018.
- Van Zyl Smit, D., y Rodríguez Yagüe, C.: «Un acercamiento a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la cadena perpetua y a su posible proyección sobre la prisión permanente revisable en España». *Revista General de Derecho Penal* nº 31, 2019.
- Varona Gómez, D.; «Quo vadis. T.C.? Sobre la constitucionalidad de la Prisión Permanente Revisable (PPR). STC 169/2021». *InDret* 1/2022.

# LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS ULTRAFALSIFICACIONES (CON ESPECIAL ATENCIÓN A LAS IMPLICACIONES DE LA NORMATIVA EUROPEA DE SERVICIOS DIGITALES E INTELIGENCIA ARTIFICIAL)

Mario Santisteban Galarza

Investigador predoctoral en la Universidad del País Vasco (UPV/EHU)<sup>1</sup>

**Title:** *The criminalisation of deep fakes (with particular attention to the implications of the European regulation on Digital Services and Artificial Intelligence)*

**Resumen:** La Inteligencia Artificial presenta riesgos que están siendo atendidos por distintas ramas del ordenamiento jurídico. Una subespecie de estos sistemas, los llamados modelos generativos, presentan una particularidad como es que pueden crear todo tipo de contenidos, entre ellos ultrafalsificaciones (comúnmente conocidos como *deep fakes*), esto es, representaciones de personas realizando comportamientos que no tuvieron lugar en un principio. Recientemente la criminalización de las ultrafalsificaciones se ha planteado tanto en el ordenamiento jurídico comunitario como el nacional. El presente trabajo analiza la respuesta que las citadas reformas presentan ante las ultrafalsificaciones de carácter sexual, enmarcándolas en el complejo marco regulatorio europeo de las

---

<sup>1</sup> La publicación de este trabajo es parte del proyecto Ius-Machina, sobre las bases normativas y el impacto real de la utilización de algoritmos predictivos en los ámbitos judicial y penitenciario TED2021-129356B-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea «NextGenerationEU»/PRTR y del proyecto de I+D+i PID2021-125730OBI00, acrónimo #FakePenal, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por «FEDER Una manera de hacer Europa». Asimismo, es consecuencia de la Convocatoria PIB/2020 de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU).

ultrafalsificaciones, que establece obligaciones adicionales a los operadores de estos sistemas relevantes para el Derecho penal<sup>2</sup>.

**Palabras clave:** Ultrafalsificaciones; Inteligencia Artificial; IA generativa; Reglamento de servicios digitales; Reglamento de IA.

**Abstract:** *Artificial Intelligence presents risks that are being addressed by different enforcement techniques. A subspecies of these systems, the generative models, enable the creation of all kinds of content, including deep fakes, representations of people performing behaviors that did not take place in the first place. Recently, the criminalization of deep fakes has been raised in both EU and national legal systems. This paper analyzes the response that the aforementioned reforms present to sexual deep fakes, framing them in the complex European regulatory framework of deep fakes, that establishes additional obligations to the operators of these systems relevant to criminal law.*

**Keywords:** Deep Fakes; Artificial Intelligence; generative AI; Digital Services Act; AI regulation.

**Sumario:** 1. Introducción. – 2. Funcionamiento y usos problemáticos de las ultrafalsificaciones. – 3. Propuestas de criminalización de las ultrafalsificaciones. – 4. Obligaciones extrapenales a los operadores de ultrafalsificaciones y su relevancia penal. – 4.1. Planteamiento general. – 4.2. Obligaciones de los operadores de ultrafalsificaciones. – 4.3. Obligaciones dirigidas a los implementadores de sistemas de ultrafalsificaciones. – 4.4. Obligaciones de los prestadores de servicios intermediarios en el Reglamento de servicios digitales. – 5. Breves conclusiones. 6. Bibliografía.

## 1. Introducción

La promesa de un mayor rol de la Inteligencia Artificial<sup>3</sup> (IA), y en general de la automatización algorítmica en nuestra sociedad, se ve como una oportunidad para encarar ciertos problemas como la seguridad, la lucha contra el cambio climático o la mejora de la medicina, pero también como un riesgo para el modelo de convivencia basado en las libe-

<sup>2</sup> Me gustaría agradecer al profesor Fernando Miró Llinares por su consejo y apoyo en la realización de este artículo. Asimismo, me gustaría agradecerle la oportunidad de asistirle en la elaboración del borrador de informe general de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP), XXI Congreso Internacional de Derecho Penal «Inteligencia Artificial y Sistema de Justicia», Sección II (Parte Especial), proceso enormemente enriquecedor para mi trayectoria investigadora y que ha informado especialmente este trabajo.

<sup>3</sup> Sobre la discusión del concepto de Inteligencia Artificial en Derecho Penal L., Picotti, «Traditional Criminal law categories and AI: crisis or palingenesis? General report», RIDP, Vol. 94 issue 1, 2023, págs. 11-53.

tades constitucionales<sup>4</sup>. De ahí que exista una fuerte discusión donde frecuentemente podemos encontrar posiciones que exacerban tanto los aspectos positivos y negativos de estos avances<sup>5</sup>, frente a una posición del legislador europeo aún en construcción.

Especial complejidad presentan los retos de la llamada Inteligencia Artificial Generativa. Esta se integra por modelos avanzados de aprendizaje automático que se entrena para generar nuevos datos, como texto, imágenes o audio, lo que la diferencia de modelos predictivos o comparativos tradicionales<sup>6</sup>. Son modelos especializados en interactuar con los usuarios y crear contenidos en función de peticiones específicas. Dentro de estos sistemas podemos distinguir aquellos que permiten crear ultrafalsificaciones (conocidas por el término anglosajón *deep fakes*), que podemos definir preliminarmente como contenido sintético que muestra a personas realizando conductas que no llegaron a realizar. Esta tecnología presenta beneficios en el ámbito educativo, y también como medio de expresión artística y satírica<sup>7</sup>. No obstante, su potencial disruptivo es innegable. Las ultrafalsificaciones suponen la amenaza de que contenidos y canales a través de los que nos comunicamos diariamente, ya sea audio, video o incluso texto, sean «subvertidos»<sup>8</sup>, creando incertidumbre en una sociedad enormemente digitalizada. Más aún, son una amenaza contra bienes jurídicos de relevancia penal, teniendo en cuenta uno de sus usos más problemáticos: la creación de imágenes pornográficas de forma no consentida.

Por poner algunos ejemplos recientes, en España, personalidades como Rosalía<sup>9</sup> y Laura Escanes ya han sido víctimas de esta tecnología<sup>10</sup>. Asimismo, menores han corrido la misma suerte, creándose imágenes pornográficas de los mismos. El hecho de que fueran sus compañeros de

<sup>4</sup> Comisión Europea, «Libro blanco sobre la inteligencia artificial. Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza», 2020, Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0065&from=ES> (consultado 11. 11. 2023).

<sup>5</sup> F. Miró Llinares, «Inteligencia artificial, delito y control penal: nuevas reflexiones y algunas predicciones sobre su impacto en el derecho y la justicia penal», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 100, 2022, págs. 174-183.

<sup>6</sup> P. Hacker, A. Engel y M. Mauer, «Regulating ChatGPT and other Large Generative AI Models», *ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency (FAccT '23)*, June 12–15, 2023, p. 2.

<sup>7</sup> D. Citron y R. Chesney, «Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security», *California Law Review*, 197, 2019, p. 1769 y ss.

<sup>8</sup> H. Ajder, G. Patrin, F. Cavalli y L. Cullen, 'The State of Deepfakes: Landscape, Threats, and Impact», 2019 [https://regmedia.co.uk/2019/10/08/deepfake\\_report.pdf](https://regmedia.co.uk/2019/10/08/deepfake_report.pdf) (consultado 11. 11. 2023).

<sup>9</sup> [https://www.eldiario.es/blog/micromachismos/rosalia-fotos-manipuladas-mostraban-desnuda-cuerpo-mujer-no-mercancia-estrategia-marketing\\_132\\_10235525.html](https://www.eldiario.es/blog/micromachismos/rosalia-fotos-manipuladas-mostraban-desnuda-cuerpo-mujer-no-mercancia-estrategia-marketing_132_10235525.html) (consultado 11.11.2023).

<sup>10</sup> <https://www.vozpopuli.com/espagna/deepfake-arrasa-internet-contenido-adultos-generado-ia-cada-vez-tiene-mas-presencia.html> (consultado 11.11.2023).

clase los que «crearon» estas imágenes, contratando un servicio a través de Internet, alerta de la creciente expansión del acceso a esta tecnología y los riesgos que acarrea. También se reportan supuestos en los que se han utilizado para crear pornografía infantil simulada<sup>11</sup>.

Atendiendo a esta preocupación, se ha planteado recientemente la criminalización de ciertos usos de las ultrafalsificaciones en diferentes iniciativas tanto a nivel nacional como comunitario. Como señala Lloria García, la tipificación de nuevas conductas al hilo del cambio tecnológico puede ser necesaria pues «no siempre los instrumentos tradicionales del derecho penal son válidos para resolver las cuestiones que surgen a propósito de las lesiones a bienes jurídicos nuevos o la afectación de los tradicionalmente tutelados con una mayor intensidad»<sup>12</sup>. Esta operación no es sencilla, existiendo en muchos casos dudas sobre los bienes jurídicos afectados por los comportamientos cometidos a través de las nuevas tecnologías<sup>13</sup>, y diferentes instrumentos supranacionales que empujan a la criminalización que pueden crear disrupciones en el ordenamiento nacional<sup>14</sup>.

Muy ligado a lo anterior, la criminalización de ciertos usos de las ultrafalsificaciones, específicamente las que tienen un carácter sexual, presenta el problema de la identificación del bien jurídico afectado por la creación y difusión del contenido simulado. Esta es una decisión de gran trascendencia, que no solo determinará la ubicación sistemática del tipo propuesto en el Código, sino que ayudará a dotar de un «contenido material» al injusto, sin el cual no puede apreciarse la tipicidad<sup>15</sup>. Por el contrario, en el estadio en el que se encuentra la reflexión dogmática sobre las ultrafalsificaciones sexuales difícilmente puede abordarse la problemática con rigor sin hacer un tratamiento monográfico del tema que desplace a otras cuestiones. Así, en esta primera aproximación se opta por no detenerse en este importante debate para abordar otros aspectos no menos relevantes en el proceso de criminalización. Y es que uno de los principales problemas a la hora de plantear la criminalización de ciertos usos de las ultrafalsificaciones en nuestro ordenamiento es la

<sup>11</sup> <https://elpais.com/sociedad/2022-12-21/detenido-un-pederasta-que-usaba-inteligencia-artificial-para-crear-material-de-abuso-sexual-infantil.html> (consultado 11.11.2023).

<sup>12</sup> P. Lloria García, «Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral». Especial referencia al «sexting», *La Ley Penal*, N° 105, Sección Estudios, Noviembre-Diciembre 2013, págs. 1-10.

<sup>13</sup> N. J. De La Mata Barranco, «Reflexiones sobre el bien jurídico a proteger en el delito de acceso informático ilícito (art. 197 bis cp)», *Cuadernos de política criminal*, Núm. 118, 2016, págs. 43-86.

<sup>14</sup> A. Galán Muñoz, «La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales», *Revista Penal*, Núm. 24, 2009, pp. 90-107.

<sup>15</sup> P. Sánchez-Ostiz, *A vueltas con la Parte Especial (Estudios de Derecho Penal)*, Atelier, Barcelona, 2020, p. 39 y ss.

existencia paralela de otros textos normativos, que fijan obligaciones a los operadores de ultrafalsificaciones, o que incluso plantean también la criminalización.

Teniendo esto en cuenta, el presente trabajo realiza una panorámica de las propuestas normativas más relevantes en la regulación de las ultrafalsificaciones, tratando de aportar reflexiones relevantes que guíen el inminente proceso de criminalización de algunos de sus usos. Para ello, el apartado segundo analiza brevemente el funcionamiento de la tecnología que sustenta las ultrafalsificaciones, así como los usos problemáticos más comunes identificados por la doctrina. El apartado tercero se ocupa de las dos propuestas de criminalización más relevantes, y el posicionamiento que adoptan frente a un tipo de ultrafalsificación: las que recrean imágenes de contenido sexual de forma no consentida. El apartado cuarto analiza la normativa extrapenal que fija deberes a distintos sujetos implicados en el ciclo de vida de las ultrafalsificaciones, discutiendo su relevancia a la hora de determinar la responsabilidad penal de los distintos operadores de las ultrafalsificaciones. Finalmente se esbozan unas breves conclusiones.

## 2. Funcionamiento y usos problemáticos de las ultrafalsificaciones

El término *deep fake*<sup>16</sup> aúna los dos términos ingleses *deep* (profundo) y *fake* (falso). En el argot jurídico regulatorio europeo se está utilizando el término «ultrafalsificación» en castellano para referirse a este tipo de contenidos, por el cual nos decantaremos en este trabajo. Las ultrafalsificaciones pueden definirse como contenido audiovisual manipulado o sintético en el que aparecen personas que parecen decir o hacer algo que nunca han dicho o hecho, producido mediante técnicas de inteligencia artificial, incluido el aprendizaje automático y el aprendizaje profundo<sup>17</sup>. Como veremos, la propuesta de Reglamento único de Inteligencia Artificial utiliza una definición muy similar<sup>18</sup>. No obstante,

<sup>16</sup> Su uso popular se remonta al año 2017, cuando un usuario de Reddit publicó vídeos pornográficos alterados digitalmente, en el que los rostros de las actrices se sustituían por el de celebridades como Taylor Swift, Scarlett Johansson y Gal Gadot. UK Centre For Data Ethics And Innovation, «Snapshot Paper - Deepfakes and Audiovisual Disinformation», 2020, Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/cdei-publishes-its-first-series-of-three-snapshot-papers-ethical-issues-in-ai/snapshot-paper-deepfakes-and-audiovisual-disinformation>, p. 4. (consultado 11.11.2023).

<sup>17</sup> Parlamento Europeo, «*Tackling deepfakes in European policy*», 2021, Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS\\_STU\(2021\)690039](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU(2021)690039), p. 2.

<sup>18</sup> «Un contenido de sonido, imagen o vídeo manipulado o sintético que puede inducir erróneamente a pensar que es auténtico o verídico, y que muestra representaciones de personas que parecen decir o hacer cosas que no han dicho ni hecho, producido utilizando

otros autores introducen matices divergentes, por ejemplo, prefiriendo no referirse a tecnologías en específico y centrándose en el resultado: un material (imágenes o texto) creado con medios técnicos avanzados en el que una persona parece estar haciendo o diciendo algo que en realidad no hizo o dijo, y en el que la manipulación tiene una posibilidad considerable de burlar el juicio de una persona o un sistema de detección basado en la IA<sup>19</sup>.

Las ultrafalsificaciones admiten diversas formas de manipulación sobre el contenido. Estas pueden basarse en: tomar una imagen del rostro de una persona y añadirla a la de otra persona (*face replacement*); la recreación del rostro, variando diferentes características sin implicar un «cambio de cara» (*face reenactment*); la generación de rostros, que crea imágenes de caras que no se corresponden con ninguna imagen real (*face generation*); o el sintetizado de voz, donde se utiliza un software avanzado para crear un modelo de la voz de alguien (*speech synthesis*)<sup>20</sup>. Como puede entreverse los tipos de contenido generados son amplios, abarcando las imágenes, estáticas o en movimiento, pero también el audio<sup>21</sup>. A pesar de ello lo cierto es que las ultrafalsificaciones que están despertando especial interés regulatorio son aquellas referidas a las imágenes estáticas o en movimiento, a las cuáles les prestaremos especial atención aquí.

Las herramientas de edición de foto o video se han encontrado disponibles desde hace mucho tiempo; pensemos en el caso de Photoshop, que ha permitido manipular imágenes desde finales del siglo pasado. A nadie se le escapa que este tipo de ediciones manuales son costosas, requiriendo cierto tiempo y pericia para llegar a resultados satisfactorios<sup>22</sup>. Avances en distintos campos tecnológicos han permitido automatizar dichos procesos. Es el caso de algoritmos que permiten detectar automáticamente patrones en el rostro de las personas, dando lugar a la tecnología del reconocimiento facial<sup>23</sup>. También ha tenido un importante juego la aparición de Internet y servicios relacionados con la Web. 2.0. Los efectos «generativos» de Internet son conocidos, permitiendo un ciclo de

técnicas de IA, incluido el aprendizaje automático y el aprendizaje profundo» artículo 3 44 quinquies. La versión enmendada por el Parlamento Europeo puede encontrarse aquí: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_ES.html) (consultado 11.11.2023).

<sup>19</sup> B. Van Der Sloot y Y. Wagenveld, «Deepfakes: regulatory challenges for the synthetic society», *Computer Law & Security Review*, Volume 46, 2022, p. 4.

<sup>20</sup> UK Centre For Data Ethics And Innovation, *op.cit*, p. 3.

<sup>21</sup> Incluso podemos llegar a hablar ultrafalsificaciones de texto, pero estas se obtienen a través del uso de algoritmos muy distintos que imitan el lenguaje natural Parlamento Europeo, *op.cit*, pág. 13.

<sup>22</sup> J. Ice, «Defamatory Political Deepfakes and the First Amendment», *Case W. Rsr. L. Rev.*, Vol. 417, 2019, Disponible en: <https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol70/iss2/12> (consultado 11.11.2023).

<sup>23</sup> Parlamento Europeo, *op.cit*, p. 7.

retroalimentación que facilita la innovación a través de la modificación del software, facultad a disposición de quien disponga de un ordenador personal<sup>24</sup>. Así, aplicaciones especializadas en generar ulrafalsificaciones son variantes de otros modelos generativos de imágenes de código abierto. Por otro lado, Internet, y Web 2.0 han permitido nutrir a las aplicaciones de un conjunto de imágenes de fácil acceso. Más aún, autores defienden que la facilidad en la difusión de la información en este medio y la supuesta existencia de burbujas informativas hacen del ciberespacio un entorno en el cual las ultrafalsificaciones tienen muchas posibilidades de prosperar<sup>25</sup>.

Las ultrasificaciones más avanzadas beben de estos cambios tecnológicos, y se fundamentan en el aprendizaje automático (*machine learning*), algoritmos que permiten mejorar su rendimiento a través de la detección de patrones de un conjunto de datos y de las redes neuronales. Concretamente, de un tipo de red neuronal que se denomina red generativa adversativa (*generative adversarial networks*). En esta coinciden dos sistemas, uno denominado generativo y otro llamado discriminador. El generativo crea un contenido tratando de que este se asemeje lo más posible a los datos de entrada. El contenido es después analizado por el sistema discriminador, que tiene la misión de determinar si este proviene de la base de datos o del modelo generativo<sup>26</sup>. Se establece un ciclo de retroalimentación y el sistema generativo se nutre de las decisiones del discriminador, detectando nuevos patrones que pueden afinar su rendimiento. Nótese, no obstante, que otros sistemas pueden estar involucrados, por ejemplo, aplicando varios procesos a los datos de entrada para facilitar la tarea del generador y el discriminador<sup>27</sup>. Asimismo, pueden utilizarse otras técnicas menos complejas, comúnmente denominadas *shallow face* y no dependientes del aprendizaje automático<sup>28</sup>.

Como hemos apuntado en la introducción, las ultrafalsificaciones pueden ser utilizadas para realizar comportamientos problemáticos, en algunos casos aptos para lesionar bienes jurídicos relevantes para el Derecho Penal. Sin ánimo de exhaustividad, y en la línea de otros estudios, podemos identificar tres usos problemáticos de las ultrafalsificación: su

<sup>24</sup> En este sentido el influyente artículo de J. Zittrain, «The Generative Internet», *Harvard Law Review*, Vol. 119:1974, 2006.

<sup>25</sup> D. Citron y R. Chesney, *op.cit*, p. 1766 y ss.

<sup>26</sup> Europol Innovation Lab, «Facing reality? Law enforcement and the challenge of deepfakes», 2022, disponible en: <https://www.europol.europa.eu/publications-events/publications/facing-reality-law-enforcement-and-challenge-of-deepfakes> p. 8. (consultado 11.11.2023).

<sup>27</sup> Para una explicación amena del proceso véase <https://www.youtube.com/watch?v=aMlc8SFF-U> (consultado 11.11.2023).

<sup>28</sup> V. Ciancaglini, C. Gibso y D. Sancho, «Malicious Uses and Abuses of Artificial Intelligence», Trend Micro Research, 2020, [https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/malicious\\_uses\\_and\\_abuses\\_of\\_artificial\\_intelligence\\_europol.pdf](https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/malicious_uses_and_abuses_of_artificial_intelligence_europol.pdf) p. 54 y ss. (consultado 11. 11. 2023).

uso con propósitos desinformativos, para cometer delitos contra el patrimonio y la creación de imágenes sexuales de forma no consentida.

Empezando con el primero, la desinformación es considerada en el marco de la Unión Europea como «información verificablemente falsa o engañosa que, se crea, presenta y divulga con fines lucrativos o para engañar deliberadamente a la población y puede causar un perjuicio público, entendido como amenazas contra los procesos democráticos políticos y de elaboración de políticas, así como contra los bienes públicos, como la protección de la salud, el medio ambiente o la seguridad de los ciudadanos de la UE»<sup>29</sup>. Es claro que los *deep fakes*, siendo representaciones realistas de la realidad, entran fácilmente en la noción de información verificablemente falsa o engañosa. Asimismo, tienen el potencial de causar uno de los perjuicios públicos a los que se refiere el Código de buenas prácticas de la UE: las «amenazas contra los procesos democráticos políticos y de elaboración de políticas».

Uno de los primeros videos que alertaban de esta tecnología, el conocido *deep fake* de Obama creado por Jordan Peele y el medio Buzzfeed, pretendía ilustrar como se podían crear representaciones más o menos convincentes de líderes políticos realizando declaraciones que nunca tuvieron lugar. Un ejemplo más reciente sería el de la guerra de Ucrania, en el que se creó una ultrafalsificación del presidente Zelenski en el que presentaba su rendición frente a las tropas rusas<sup>30</sup>. Por tanto, estas se pueden insertar en el arsenal que diferentes estados utilizan para desestabilizar la opinión pública, si bien su uso se encuentra lejos de ser habitual.

El potencial especialmente dañino que se imputa a las ultrafalsificaciones en este campo parte del argumento del mayor impacto de las representaciones gráficas en los individuos que el texto<sup>31</sup>. Los resultados de algún estudio pionero sugieren que las ultrafalsificaciones sí que pueden aumentar las actitudes negativas contra candidatos que se muestran en esta clase de contenido manipulado<sup>32</sup>. Más aún, su efecto para generar rechazo contra los candidatos o partidos representados en la ultrafalsificación aumenta cuando a través de técnicas de segmentación de audiencias (*microtargeting*) se dirige el contenido falsificado a individuos de

<sup>29</sup> <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/library/2018-code-practice-disinformation> (consultado 11. 11. 2023).

<sup>30</sup> [https://www.elconfidencial.com/tecnologia/novaceno/2022-03-17/hackers-rusos-difunden-un-video-falso-de-zelensky-ordenando-la-rendicion\\_3393225/](https://www.elconfidencial.com/tecnologia/novaceno/2022-03-17/hackers-rusos-difunden-un-video-falso-de-zelensky-ordenando-la-rendicion_3393225/) (consultado 11. 11. 2023).

<sup>31</sup> C. Vaccari y A. Chadwick, «Deepfakes and Disinformation: Exploring the Impact of Synthetic Political Video on Deception, Uncertainty, and Trust in News», *Social Media + Society*, 6(1). <https://doi.org/10.1177/2056305120903408> p. 2.

<sup>32</sup> Véase en este sentido T. Dobber, N. Metoui, D. Trilling, N. Helberger y C. De Vreese, «Do (Microtargeted) Deepfakes Have Real Effects on Political Attitudes?, *The International Journal of Press/Politics*, 26(1), pp. 69-91. <https://doi.org/10.1177/1940161220944364>

colectivos muy específicos. Por el contrario, otros estudios sugieren que las ultrasificaciones centradas en políticos necesariamente no son aptas para engañar a los individuos, pero sí para crear una incertidumbre que a la larga puede afectar a la confianza en el ecosistema mediático<sup>33</sup>.

Organizaciones como Europol, o fuentes periodísticas reportan también que las ultrafalsificaciones han sido usadas para llevar a cabo varios fraudes. Por ejemplo, el Wall Street Journal reportó que delincuentes utilizaron un programa informático basado en inteligencia artificial, emulando la voz de un ejecutivo para exigir una transferencia fraudulenta<sup>34</sup>. En Turquía, por el contrario, se reporta un caso en el que las ultrafalsificaciones se utilizaron como medio de extorsión<sup>35</sup>.

Con todo, el uso más generalizado de las ultra falsificaciones es la creación de pornografía, afectando casi exclusivamente a mujeres que tienen una proyección pública. Y es que, como acertadamente ha señalado Simó Soler «la diversidad que se encuentra en los potenciales usuarios de *deep fakes*, no puede advertirse en quienes las padecen». En este sentido, en un informe del año 2019, la organización Deeptrace extrajo datos de las principales webs de pornografía dedicadas a las ultra falsificaciones, cruzándolos con otras bases de datos de acceso al público, concluyendo que prácticamente el 100% de la pornografía generada por ultrafalsificaciones y otras ediciones más rudimentarias afectaban a mujeres<sup>36</sup>.

El Parlamento Europeo considera que las ultrafalsificaciones exacerbaban las desigualdades de género, convirtiendo a las mujeres en «objetos sin capacidad de defensa»<sup>37</sup>, y que suponen una nueva amenaza en este campo. No obstante, lo cierto es que las ultrafalsificaciones pornográficas encajan en un fenómeno más amplio como es la ciber violencia contra las mujeres<sup>38</sup>. Si bien las ultrafalsificaciones más comunes son las que se identifican con pornografía no consentida de celebridades, estas falsificaciones también pueden ser utilizadas para cometer una serie de actos de control sobre la víctima, favorecidas por el entorno tecnológico<sup>39</sup>.

En la línea de otras tecnologías de la información mucho más extendidas, las ultrafalsificaciones pueden ser un medio que facilite la

<sup>33</sup> C. Vaccari y A. Chadwick, *op.cit*, p. 9.

<sup>34</sup> <https://www.wsj.com/articles/fraudsters-use-ai-to-mimic-ceos-voice-in-unusual-cybercrime-case-11567157402> (consultado 11.11.2023).

<sup>35</sup> F. Miró Llinares, «Penal law and criminalization in the face of the challenges of AI. General report», *RIDP*, Vol. 1, 2024 (en prensa).

<sup>36</sup> H. Ajder, G. Patrin, F. Cavalli y L. Cullen. «The State of Deepfakes: Landscape, Threats, and Impact», 2019 Disponible en: [https://regmedia.co.uk/2019/10/08/deepfake\\_report.pdf](https://regmedia.co.uk/2019/10/08/deepfake_report.pdf), p. 5.

<sup>37</sup> Parlamento Europeo, *op.cit*, pág. 24.

<sup>38</sup> E. Simó Soler, *op. cit*, p. 498 y ss.

<sup>39</sup> Véase en este sentido P. Lloria García, «La violencia sobre la mujer en el siglo xxi: sistemas de protección e influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en su diseño», *La Ley Penal*, Nº 138, Mayo-Junio, 2019, págs. 1-21.

comisión del ilícito. La razón es que el victimario ya no requiere de la captación de la víctima en una situación íntima para llevar a cabo sus propósitos. Previamente, el atentado contra la intimidad debía realizarse bien obteniendo el material sin el consentimiento de la víctima, o con el mismo, pero sin el consentimiento para su divulgación. Ahora, de elegirse este especial medio comisivo, el autor no requiere de ningún material de corte íntimo de la víctima, y los obstáculos que pueda encontrar son el acceso a la tecnología pertinente (el software y el hardware requeridos para realizar la ultra falsificación) y las imágenes de la víctima, que normalmente podrá recopilar de sus redes sociales<sup>40</sup>.

No obstante, y sin negar el evidente componente de género que parece indisoluble a las ultrafalsificaciones sexuales, lo cierto es que aún no se reportan casos en los que estas hayan sido utilizadas en esquemas de sextorsión<sup>41</sup>, o manifestaciones de la ciber violencia de género<sup>42</sup>. El único supuesto es el mencionado caso de Almendralejo, que no puede calificarse como un caso de violencia de género. Esto seguramente se deba a las dificultades de hacerse con esta tecnología. Como apunta el Research Lab de Europol «dado que los deepfakes se basan en tecnologías avanzadas de IA y aprendizaje automático, se requiere un alto nivel de experiencia para desarrollar la tecnología. En consecuencia, no hay tantos actores de amenazas con el conjunto de habilidades para desarrollarlos por su cuenta». A ello hay que sumar que se necesitan procesadores de alta gama para poder entrenar los modelos en rostros específicos si se quieren conseguir resultados óptimos<sup>43</sup>. Más aún, un alto volumen de imágenes es requerido para entrenar al sistema en una concreta suplantación, si bien algunas aplicaciones parecen estar reduciendo esta necesidad<sup>44</sup>.

Eso no significa que la creación de las ultrafalsificaciones no pueda contratarse. Existen mercados en los que se solicitan ultrafalsificaciones sexuales, llegando a pagarse sumas de dinero considerables<sup>45</sup>. Hablamos

<sup>40</sup> S., Maddocks, 'A Deepfake Porn Plot Intended to Silence Me': exploring continuities between pornographic and 'political' deep fakes, *Porn Studies*, 2020, DOI: 10.1080/23268743.2020.1757499 p. 3.

<sup>41</sup> Sobre el término y la casuística jurisprudencial en la materia véase V. Magro Servet, «Consideraciones sobre la delincuencia sexual on line y las víctimas sextorsionadas», *Diario La Ley*, Núm. 9917, Sección Doctrina, 21 de Septiembre de 2021.

<sup>42</sup> R., Rodríguez Fernández, y M. J., Garrido Antón., «Violencia de género a través de internet (ciberviolencia): análisis psicológico-jurídico», *La Ley Penal*, Núm. 154, Sección Estudios, Enero-Febrero 2022.

<sup>43</sup> A., Gómez-de-Ágreda, C., Feijóo, y I., Salazar-García «Una nueva taxonomía del uso de la imagen en la conformación interesada del relato digital. Deep fakes e inteligencia artificial», *Profesional de la información*, Vol. 30, 2021, pág. 13.

<sup>44</sup> En este sentido V., Ciancaglini, C., Gibson, C., y D., Sancho, «Malicious Uses and Abuses of Artificial Intelligence», Trend Micro Research, 2020, Disponible en: [https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/malicious\\_uses\\_and\\_abuses\\_of\\_artificial\\_intelligence\\_europol.pdf](https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/malicious_uses_and_abuses_of_artificial_intelligence_europol.pdf) (consultado 11. 11. 2023).

<sup>45</sup> Europol Innovation LAB, *op.cit*, pág.13.

de webs donde los propios usuarios pueden subir un alto número de fotografías para generar el contenido, u otras donde creadores anuncian sus servicios<sup>46</sup>. También existen webs que operan de enlace, perfectamente accesibles desde el buscador de Google donde se aceptan peticiones de videos pornográficos de celebridades y también alojan videos pornográficos creados a través de ultrafalsificaciones. Estas se nutren de los ingresos de la publicidad que se coloca en la página, así como de suscripciones de pago y la promoción de otras aplicaciones. Pese a que sus términos y condiciones prohíben la solicitud de imágenes que no sean de celebridades, repasando muy brevemente los comentarios de estos foros nos damos cuenta de que sirven de punto de encuentro para usuarios y creadores que respectivamente solicitan y proveen videos pornográficos de mujeres a la carta<sup>47</sup>.

Asimismo, si el proceso de generación de ultrafalsificaciones más complejas, como un video, encuentra más barreras técnicas, no se dan las mismas condiciones en el caso de imágenes. Este parece ser el supuesto del caso de Almendralejo, en el que los menores utilizaron una aplicación de pago para crear imágenes. Según fuentes periodísticas el modelo utilizado por dicha compañía es una variante de una IA generadora de imágenes, cuyo código fue manipulado para realizar estas ultrafalsificaciones<sup>48</sup>.

El previsible aumento de este contenido, de la mano de la «democratización» del software de edición de imágenes y video, ha empujado a adoptar medidas técnicas que pretenden limitar sus efectos perversos. Por un lado, se propone proteger las imágenes que nutren a la IA, por ejemplo, añadiendo patrones de ruido no identificables por el ojo humano que lastran la detección de las caras<sup>49</sup>. También se están haciendo esfuerzos considerables en la detección de ultrafalsificaciones, generalmente a través de sistemas automatizados que tratan de identificar ciertos patrones, con el hándicap que, como hemos apuntado previamente, la lógica de la red generativa adversativa es aprender a burlar esta clase de detectores<sup>50</sup>. Como es lógico, las respuestas legislativas también se están barajando, tanto aquellas que proponen la criminalización de ciertos usos dañinos como las que fijan obligaciones a ciertos actores involucrados en su difusión.

<sup>46</sup> H., Ajder, G., Patrin, F., Cavalli, y L., CULLEN, *op.cit*, pág. 5.

<sup>47</sup> Sobre esto con más detalle Kikerpill, K., «Choose your stars and studs: the rise of deepfake designer porn», *Porn Studies*, 2020.

<sup>48</sup> [https://www.eldiario.es/tecnologia/negocio-lista-espera-app-usada-desnudar-menores-badajoz-cobra-9-euros-25-fotos\\_1\\_10522989.html](https://www.eldiario.es/tecnologia/negocio-lista-espera-app-usada-desnudar-menores-badajoz-cobra-9-euros-25-fotos_1_10522989.html) (consultado 11. 11. 2023).

<sup>49</sup> Parlamento Europeo, *op.cit*, pág. 21.

<sup>50</sup> Europol Innovation LAB, *op.cit*, pág. 13.

### 3. Propuestas de criminalización de las ultrafalsificaciones

Como se deriva del apartado anterior, las ultrafalsificaciones admiten distintos usos que pueden ser de relevancia para el Derecho penal. En este punto nos referiremos a las dos proposiciones normativas que tienen especial interés para el proceso de criminalización de las ultrafalsificaciones en nuestro ordenamiento jurídico: la propuesta de Directiva sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica y la Proposición de Ley Orgánica de regulación de las simulaciones de imágenes y voces de personas generadas por medio de la inteligencia artificial. El análisis, especialmente en lo que concierne al segundo texto elegido<sup>51</sup>, se centrará en aquellas disposiciones que sancionan ultrafalsificaciones de carácter sexual, descartándose otros usos que requerirían del análisis de cuestiones previas especialmente conflictivas<sup>52</sup>.

Como adelantábamos, la primera de las normativas escogidas es la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. El texto comunitario tiene por objeto prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, con el fin de garantizar un alto nivel de seguridad y el pleno disfrute de los derechos fundamentales dentro de la Unión, incluidos el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación entre mujeres y hombres. Parte de diferentes instrumentos de *soft law*<sup>53</sup>, y de la necesidad de paliar los efectos de la fragmentación legisla-

<sup>51</sup> Hay que tener en cuenta que la Proposición de Ley Orgánica de regulación de las simulaciones de imágenes y voces de personas generadas por medio de la inteligencia artificial pretende introducir un nuevo art. 144 bis en Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.: «Serán castigados con la pena de tres meses a un año o la de multa de seis a veinticuatro meses quienes desde la convocatoria del proceso electoral y hasta finalizada la jornada de votación difundiesen de forma maliciosa o sin autorización de las personas candidatos afectadas imágenes o audios de estas últimas que estuviesen alterados o recreados mediante sistemas automatizados, software, algoritmos o mecanismos de inteligencia artificial

<sup>52</sup> Me refiero al debate sobre la criminalización de la desinformación, Véase al respecto León Alapont, J., «El Derecho penal ante las fake news y la desinformación: una vuelta de tuerca», *Revista General de Derecho Penal*, 39, 2023, págs 1-59; Devís Matamoros, A., «Criminalización de las fake news en redes sociales: ¿necesidad de intervención o derecho penal simbólico?», *Revista General de Derecho Penal*, Vol. 37, 2022, págs. 1-31.

<sup>53</sup> En este sentido hay que destacar la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025. Pues bien, en ella ya se señalaba que «la inteligencia artificial (IA) se ha convertido en un ámbito de importancia estratégica y un motor clave del progreso económico, por lo que las mujeres deben formar parte de su desarrollo en calidad de investigadoras, programadoras y usuarias. Aunque puede aportar soluciones a muchos retos sociales, se corre el riesgo de que la IA intensifique las desigualdades de género. Si los algoritmos y otros sistemas de aprendizaje automático no son suficientemente transparentes y robustos, existe el riesgo de que se reproduzcan, amplifiquen o alimenten sesgos de género de los que los

tiva en la materia, particularmente antes de la ratificación del Convenio de Estambul por la Unión, que ha experimentado grandes dificultades<sup>54</sup>.

La propuesta se fundamenta en el art. 83.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que permite al Parlamento Europeo y el Consejo establecer normas mínimas sobre la definición de infracciones penales y sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza, entre ellas los delitos informáticos y la explotación sexual<sup>55</sup>. Pretende abordar fenómenos como la ciberviolencia contra las mujeres, no abordados específicamente en instrumentos supranacionales como el Convenio de Estambul, detectándose «importantes lagunas jurídicas tanto a nivel de la UE como de los Estados miembros»<sup>56</sup>. Así, ante el rápido ritmo que ha cobrado la transformación digital en la actualidad y el aumento de la ciberviolencia la propuesta de Directiva establece unas normas mínimas para determinados delitos informáticos: difusión no consentida de material íntimo o manipulado (artículo 7), delitos relacionados con el ciberacecho (artículo 8), delitos relacionados con el ciberacoso (artículo 9) e incitación al odio o a la violencia por medios cibernéticos (artículo 10).

De esta forma, el art. 7 de la norma empuja a criminalizar en los Estados miembros la difusión no consentida de material íntimo o manipulado<sup>57</sup>. La primera conducta comprendida en el precepto abarca «divulgar

---

programadores no sean conscientes o que son el resultado de una selección de datos específica». No obstante, una cronología de las diferentes iniciativas en la materia, no solo de la UE, puede encontrarse en E., Marí Farinos, «La lucha contra la violencia de género en el derecho comparado, con especial referencia a Europa», *Diario La Ley*, N° 9128, Sección Tribuna, 29 de enero de 2018, págs. 1-17.

<sup>54</sup> En este sentido, G., kübek «Facing and embracing the consequences of mixity: Opinion 1/19, Istanbul Convention», *Common Market Law Review*, 59(5), 2022, págs. 1465-1500.

<sup>55</sup> La Comisión hace una interpretación amplia del término «explotación sexual» al que se refiere el art. 83.1 del TFUE, pudiendo existir problemas de legitimación normativa en base al Derecho de la Unión. Sobre esto, en detalle, E., Bergamini, «Combating violence against women and domestic violence: From the Istanbul convention to the EU framework: the proposal for an EU directive», *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2, 2023, págs. 21-48.

<sup>56</sup> Tampoco la Directiva 2013/40/UE de 12 de agosto de 2013 relativa a los ataques contra los sistemas de información previó las conductas descritas en la medida en que no abordó los llamados cibercrimenes sociales.

<sup>57</sup> La propuesta de Directiva se acerca al modelo de criminalización de las ultrafalsificaciones que se está siguiendo en Reino Unido, de la mano de la Online Safety Bill. Según la Law Commission of England and Wales el ordenamiento jurídico de Reino Unido limitaba los motivos en los que la publicación de estos contenidos era reprimida, particularmente cuando la intención del autor era causar estrés a la víctima (distress), y no abarcando el contenido manipulado (deep fakes). Siguiendo las recomendaciones de la Comisión, el Gobierno de Reino Unido introdujo una enmienda en el procedimiento legislativo de la citada Online Safety Bill, que a su vez enmienda la Sexual Offences Act de 2003. La nueva sección de la citada norma (66 B) castiga la difusión o la amenaza de difundir una fotografía o un video de carácter íntimo. La norma abarca el castigo de las

a una multitud de usuarios finales, mediante el uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, imágenes, vídeos u otros materiales íntimos que representen actividades sexuales de otra persona sin el consentimiento de esta» (art 7 a)). Nótese que en nuestro ordenamiento esta conducta podría ser castigada a través del delito del art. 197.3 del CP en relación con el art. 197.1, siempre que la información íntima se hubiera obtenido como consecuencia de un acceso no consentido<sup>58</sup>. Por el contrario, cuando no se acredite un apoderamiento no consentido del material íntimo, pero sí una divulgación no consentida, la conducta podrá reconducirse al art 197.7 del CP (STS 693/2023, de 27 de septiembre).

Por el contrario, la letra b) del mismo precepto empuja a los Estados miembros a criminalizar una conducta consistente en «producir o manipular y, posteriormente, divulgar a una multitud de usuarios finales, mediante el uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, imágenes, vídeos u otros materiales, haciendo que parezca que otra persona está realizando actividades sexuales, sin el consentimiento de esta». Como aclaran los considerandos, esto abarca la fabricación de «ultrafalsificaciones (*deep fakes*), en las que el material se parezca sensiblemente a una persona, a objetos, lugares u otras entidades o acontecimientos existentes, representando actividades sexuales de otra persona, y pueda dar a otros la impresión falsa de que es auténtico o veraz» (considerando 18). Al contrario que la letra a) del artículo 7, esta conducta difícilmente puede encajar en el mencionado art 197.7 del CP, pues el material íntimo no ha sido obtenido de forma consentida de la víctima, sino que ha sido generado a partir de datos que el autor posee y puede haber obtenido de fuentes muy diversas (por ejemplo, de las redes sociales).

La acción típica consiste en «producir o manipular y, posteriormente, divulgar a una multitud de usuarios finales» el contenido. El tipo exige la divulgación del material simulado. Ahora bien, el apartado c) del mismo art. 7 sanciona la amenaza de la difusión del contenido simulado, y «con el fin de coaccionar a otra persona para que realice o acceda a que se realice determinado acto o se abstenga de realizarlo» (art. 7. C), por lo que existe margen para reprimir conductas previas a la difusión. También, respecto a esta última, hay que tener en cuenta que el Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs y el Committee on Women's Rights and Gender Equality, encargados de crear el borrador de Resolución del Parlamento Europeo que enmendará el texto, han propuesto ampliar el

---

ultrafalsificaciones a través de una definición amplia del material íntimo, que abarca el material manipulado por sistemas informáticos.

<sup>58</sup> Efectivamente, antes de la difusión del material íntimo debe de haberse realizado algunas alguna de las conductas «invasoras de la intimidad» a las que se refiere el precepto, y en cuya ausencia no es posible apreciar la tipicidad. C., Tomás-Valiente Lanuza, «Delitos contra la intimidad y redes sociales (en especial, en la jurisprudencia más reciente)», en M., Cancio Meliá (ed), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM, Madrid, 2019, Vol. 2. pág. 1277.

concepto de difusión, eliminando el requisito de que el contenido manipulado se distribuya a una «multitud» de usuarios finales.

Por otro lado, es necesario que la acción típica se realice mediante el uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones. Estas son definidas por la propuesta de Directiva como todos los recursos y herramientas tecnológicas utilizadas para almacenar, crear, compartir o intercambiar digitalmente información, incluidos los teléfonos inteligentes, los ordenadores, las redes sociales y otras aplicaciones y servicios de los medios de comunicación (art. 4 e)). El papel de estas tecnologías será relevante tanto en la creación del material sintético como en su posterior divulgación. Nótese que la Comisión ha decidido utilizar un concepto amplio del medio comisivo, distinto al de IA, seguramente para evitar posibles divergencias con la regulación aún en tramitación<sup>59</sup>. Esto no será problemático en la medida en que los artefactos tecnológicos abarcados por el término de IA, como decimos, aún en construcción, puedan ser abarcados por categorías existentes, como la que aquí se discute, o la de sistema informático previsto en el Convenio de Budapest<sup>60</sup>.

Respecto al contenido de la ultrafalsificación, esta puede consistir en «imágenes, vídeos u otros materiales»<sup>61</sup>, siempre que representen a una persona realizando actividades sexuales. La Directiva no define qué debe de entenderse por la realización de actividades sexuales. En la línea con las definiciones aparejadas a los delitos de pornografía infantil, puede defenderse que esto supone la simulación de una persona participando en una conducta sexualmente explícita, en la que también cabe la representación lasciva de los genitales de una persona<sup>62</sup>. Por el contrario, el hecho

<sup>59</sup> De hecho, el concepto de ultrafalsificación en este último texto legal es mucho más restringido como veremos *infra*, pues se supedita que la aplicación que genera los contenidos sea considerado IA.

<sup>60</sup> Muy ligado a lo anterior, el borrador de la resolución de la AIDP, Sección II del XXI Congreso en materia de IA y Sistema de Justicia Penal señala: «Some of the criminal laws which punish the production, sale, procurement for use, import, distribution or otherwise making available of devices designed or adapted primarily for the purpose of committing offenses enacted in accordance with articles 2 through 5 of the Budapest Convention can already punish the creation, development and sale of AI systems designed or adapted for those criminal purposes. Thus, as long as AI is considered a device, including a computer program, in accordance with Art. 6 of the Budapest Convention, the introduction of new offences that anticipate the criminal response is not necessary in this field».

<sup>61</sup> El borrador de la resolución del Parlamento Europeo que enmendará el texto, por el contrario, elimina las referencias a las «imágenes, vídeos u otros materiales», sustituyéndolo por el concepto material íntimo. Después, este se define como imágenes, fotografías y grabaciones de vídeo de carácter privado o personal y de naturaleza sexual o que contengan desnudos.

<sup>62</sup> Así, el Informe explicativo sobre el Convenio sobre la Ciberdelincuencia aclara que «La expresión «comportamiento sexualmente explícito» abarca por lo menos las siguientes alternativas, tanto en forma real como simulada: a) las relaciones sexuales, ya sea en forma genital-genital, oral-genital, analgenital u oral-anal, entre menores, o entre un adulto y un menor, del mismo sexo o del sexo opuesto; b) la bestialidad; c) la masturbación; d)

de que la Directiva se refiera expresamente a una actividad sexual hace que estemos ante un concepto más restringido que el tipo de materiales a los que se refiere el art. 197.7 del CP, entre los que sin duda se incluyen las imágenes de contenido sexual pero no exclusivamente (STS 70/2020, de 24 de febrero).

Otro elemento clave es la ausencia del consentimiento de la víctima en la difusión del material. El consentimiento solo es abordado por la propuesta de Directiva al hilo del delito de violación (art. 5). Esta señala que «los Estados miembros se asegurarán de que se entienda por acto no consentido todo acto ejecutado sin el consentimiento voluntario de la mujer o en el que la mujer no pueda formar libremente su voluntad debido a su estado físico o mental, por ejemplo, un estado de inconsciencia, intoxicación, sueño, enfermedad, lesiones corporales o discapacidad, explotando así su incapacidad para formar libremente su voluntad»<sup>63</sup>. Se han escrito ríos de tinta sobre consentimiento en materia de delitos sexuales, en particular tras la LO 10/2022, y no procede aquí una exposición detallada de la problemática generada a su alrededor<sup>64</sup>. No obstante, lo cierto es que el consentimiento (en realidad, «autorización») no ha sido un elemento especialmente conflictivo en el marco del delito del art. 197.7 del CP<sup>65</sup>, que contempla un comportamiento de difusión muy similar al que aquí se discute.

---

los abusos sádicos o masoquistas en un contexto sexual, o e) la exhibición lasciva de los genitales o la zona pública de un menor».

<sup>63</sup> Por su lado, los considerandos señalan que «La falta de consentimiento debe ser un elemento esencial y constitutivo de la definición de la violación, ya que a menudo su perpetración no conlleva violencia física ni uso de la fuerza. El consentimiento inicial debe poder retirarse en cualquier momento durante el acto, de acuerdo con la autonomía sexual de la víctima, y no debe implicar automáticamente el consentimiento para actos futuros».

<sup>64</sup> Por ejemplo, ambos en J. R., Agustina (coord.), *Comentarios a la ley del solo sí es sí. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, J. P., Lascuraín Sánchez, «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», pp. 51-62, t R., Ragués y Vallés, «El grado de afectación al consentimiento de la víctima en los delitos sexuales: una revisión crítica de la Ley Orgánica 10/22», pp. 95-105.

<sup>65</sup> Como es conocido, el debate ha versado sobre otras cuestiones, entre ellas «la oportunidad» de la reforma en atención del «deber de sigilo» que impone a raíz de una expectativa de intimidad que muchos entienden que ha sido previamente desvirtuada por la propia víctima, o el origen de los materiales que en un primer estadio se obtienen de forma consentida (si deben haber sido obtenidos por el victimario o por el contrario es admisible que sea la víctima quién se los facilita). En cambio, como decimos, la falta de autorización posterior en la divulgación del material íntimo no ha sido un elemento cuya apreciación haya sido conflictiva. Véase en este sentido F., Morales Prats, «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en G., Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2016, págs. 463 y ss; C., Tomás-Valiente Lanuza, «Delitos contra la intimidad y redes sociales (en especial, en la jurisprudencia más reciente)», en M., Cancio Meliá (ed), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Vol. 2, UÁM, Madrid, 2019, págs. 1275-1288;

Por otro lado, la Directiva obliga a castigar a los cómplices o inducidores de este delito, así como la tentativa del mismo (art. 11). Como es habitual, se impone a los Estados miembros que los comportamientos identificados «se castiguen con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias». En el caso de las conductas previstas en el citado art. 7, que se castiguen con una pena de prisión de una duración máxima de al menos un año (art. 12. 6). Asimismo, se prevén una serie de circunstancias agravantes aplicables también a la difusión no consentida de material íntimo o manipulado, entre ellas, que el delito se haya cometido abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia, o que el delito se haya cometido contra un menor (art. 13).

El segundo texto normativo que va a ser objeto de análisis es la Proposición de Ley Orgánica de regulación de las simulaciones de imágenes y voces de personas generadas por medio de la inteligencia artificial de 13 de octubre de 2023, presentado por el Grupo Parlamentario SUMAR (que, en lo que sigue, abreviaremos como PLO). La PLO pretende modificar la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, modificando el listado de intromisiones ilegítimas para dar cabida a ciertos usos de las ultrafalsificaciones<sup>66</sup>. También modifica la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, introduciendo infracciones que siguen de cerca a la regulación de las ultrafalsificaciones que realiza la propuesta de Reglamento de IA<sup>67</sup>.

En lo que a nosotros nos interesa a efectos del análisis, la PLO modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, in-

<sup>66</sup> Según la propuesta, tendrá la consideración de intromisión ilegítima «La difusión y utilización de imágenes y vídeos de personas o audios de voz generados a través de sistemas automatizados, software, algoritmos o mecanismos de inteligencia artificial sin la previa autorización o consentimiento expreso de la persona o personas afectadas, excepto que incluyan de forma clara y sobresaliente una advertencia de su condición de imagen o audio de voz generado artificialmente por inteligencia artificial. La advertencia deberá figurar sobreimpresa y legible en la propia imagen. Para el caso de los audios de voz deberá realizarse una advertencia audible antes y después de su difusión».

<sup>67</sup> Se incluyen como infracciones muy graves «La difusión de imágenes o vídeos generados a través de sistemas automatizados, software, algoritmos o mecanismos de inteligencia artificial sin la previa autorización o consentimiento expreso de la persona o personas objeto, salvo que incluyan de forma clara y sobresaliente una advertencia de su condición de imagen generada artificialmente por inteligencia artificial. La advertencia deberá figurar sobreimpresa y claramente legible en la imagen, recayendo en caso contrario la responsabilidad sobre la persona que accione dicha generación» y «La difusión de audios generados a través de sistemas automatizados, software, algoritmos o mecanismos de inteligencia artificial que imitan la voz de la persona o personas objeto sin su previa autorización o consentimiento expreso salvo que incluyan de forma clara y perfectamente audible una advertencia de su condición de sonido generado artificialmente por inteligencia artificial. La advertencia deberá realizarse inmediatamente antes y después de haber reproducido la voz generada por estos sistemas, recayendo en caso contrario la responsabilidad sobre la persona que accione dicha generación».

troduciendo un nuevo art. 208 bis. Este último dispone que «igualmente tendrá la consideración de injuria la acción que, sin autorización y con ánimo de menoscabar el honor, fama, dignidad o la propia estimación de una persona, recrease mediante sistemas automatizados, software, algoritmos o inteligencia artificial para la pública difusión su imagen corporal o audio de voz». Se acompaña a este nuevo precepto una reforma del art. 211 que estipula que «salvo previa autorización expresa de la persona o personas afectadas, las simulaciones de imágenes, vídeos o audios de voz de estas generados a través de sistemas automatizados, software, algoritmos o mecanismos de inteligencia artificial que fueran difundidos a través de redes sociales serán consideradas como injurias hechas con publicidad».

El primer aspecto relevante a resaltar es que el precepto se introduce en el Título XI del Libro II, relativo a los delitos contra el honor, más concretamente en el Capítulo II dedicado a las injurias. Esto es coherente desde el momento en que la PLO pretende «concretar las conductas injuriosas ya recogidas en el Código Penal» para «dar entrada a las acciones injuriosas en las que para su comisión se utilicen simulaciones de imágenes o voces de personas generadas por inteligencia artificial». El Código Penal define la injuria como la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación (art. 208). El TS ha señalado que el tipo se encuentra compuesto por un elemento objetivo y otro subjetivo. El elemento objetivo se refiere a que las expresiones o acciones deben constituir un atentado al honor u honorabilidad que sea considerado grave<sup>68</sup>. La valoración de la gravedad deberá realizarse según el Código «en atención a su naturaleza, efectos y circunstancias», existiendo, en palabras del TS, «un relativismo y una enorme circunstancialidad que caracteriza esta infracción» a la hora de valorar y concretar en cada caso lo que socialmente se considera o no grave en este ámbito delictivo (STS 258/2020, de 28 de mayo)<sup>69</sup>. Por otro lado, el elemento subjetivo abarca el «propósito de causar dolor moral con expresiones denigratorias o hirientes para el honor o reputación del sujeto pasivo», que se ha llegado a identificar con el tradicional *animus iniuriandi*, cuya vigencia como elemento del tipo no es pacífica<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> Efectivamente, el CP señala que «solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 173». Con la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se despenalizaron las injurias leves.

<sup>69</sup> En este sentido el TS ha señalado que «a la hora de definir los límites de la tipicidad del delito castigado en el art. 208 del CP, una misma expresión pueda interpretarse, en un determinado contexto, como una interjección coloquial situada extramuros del derecho penal y esa misma palabra, ya en otro entorno, pueda ser valorada como el afilado instrumento para laminar la honorabilidad de un tercero» (STS 669/2022, de 30 de junio).

<sup>70</sup> Por, ejemplo la STS 669/2022, de 20 de junio señala que «En relación con el tipo subjetivo del delito de injurias -»animus iniuriandi»- esta Sala ha evolucionado, aunque

Asimismo, y con carácter previo, es necesario delimitar si las expresiones controvertidas se encuentran amparadas por las libertades de expresión e información, de tal forma que la intervención penal no cercene tales libertades (STC 115/2004, de 12 de julio). De esta forma, la propuesta identifica el bien jurídico comprometido con el honor, «concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento» pero que protege atentados en la reputación personal, «entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos e impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella» (STC 14/2003, de 28 de enero; STS 18/2014, 17 de enero)<sup>71</sup>.

El contenido simulado debe ser recreado «mediante sistemas automatizados, software, algoritmos o inteligencia artificial». Pudiera parecer, que al contrario que la Propuesta de Directiva sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, el tipo es más restrictivo en lo que atañe a los medios para generar los contenidos,

---

no siempre con la uniformidad que hubiera sido deseable, en la exigencia de ese elemento subjetivo del injusto que históricamente operaba como una suerte de dolo especial o reduplicado. Y es que, frente al previgente art. 453 del CP que definía el delito de injurias como «toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menoscambio de otra persona», el actual art. 208 no enfatiza ya el elemento tendencial que se advierte en la primera de las definiciones. El precepto ahora vigente admite, sin dificultad alguna, que la injuria pueda ser cometida con dolo directo o con dolo eventual». En detalle sobre esta cuestión J.L., Fuentes Ossorio, «Elementos subjetivos en los delitos contra el honor», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, 2009, pp. 271-310.

<sup>71</sup> Señala Muñoz Conde que el concepto de honor es determinado por un elemento objetivo, la fama o reputación social, y uno subjetivo, la propia estimación, y que «ambos son tenidos en cuenta en el art. 208 como determinantes del concepto de injuria que se da en dicho precepto». F. Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 330. Por su lado, Sánchez Ostiz entiende el honor como un bien jurídico funcional, «al servicio de la protección de otros nucleares o intrínsecos». A su vez, matiza que «el honor se encuentra conformado por la percepción de la víctima respecto a lo que su entorno entiende de ella; en pocas palabras, la percepción por la víctima de la valoración que de ella tiene el entorno. Por tanto, se configura gracias a la confluencia a) de la percepción social del entorno, y b) la percepción de a) por la víctima» lo que le lleva a señalar que «la injuria requiere cierto volumen de difusión en el contexto o entorno para poder apreciar la tipicidad (en este sentido entiendo que el tipo básico sería deseable exigir cierta entidad por la publicidad de las afirmaciones, de manera que no sea este la modalidad agravada)». P., Sánchez Ostiz, «Los delitos contra el honor: una propuesta de sistematización», en D. M., Santana Vega (dir.), *Una perspectiva global del Derecho Penal, Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Atelier, España, 2021 pp. 805-816. Miró Llinares por su parte apuesta, de forma complementaria a la cuestión del bien jurídico, por importar el principio de ofensa de la tradición del *common law*, para deslindar aquellas lesiones del honor que no deben ser reprimidas por el Derecho Penal y sí otras ramas del ordenamiento como el Derecho Civil, así como reservar a las conductas dañinas (*harm*) la pena de prisión, excluyéndose en el caso de las ofensas. F. Miró Llinares, «Injuriar es ofender: apuntes sobre la criminalización de los delitos contra el honor desde el enfoque teórico del daño/ofensa», en M., Cancio Meliá (ed), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, AUM, Madrid, 2019, págs. 1161-1174.

especialmente al citarse la IA. Por el contrario, al referirse también a conceptos genéricos como software o algoritmo nos encontramos en el mismo supuesto que el tipo previsto en la norma europea, esto es, ante una indefinición de los medios tecnológicos utilizados para recrear la imagen o la voz.

También comparte, con matices, otros elementos. La recreación debe realizarse sin la autorización de la víctima. Asimismo, la recreación de la imagen corporal o la voz de la víctima debe realizarse «para la pública difusión». Si bien la intención de difundir la ultrafalsificación es un aspecto relevante, elemento subjetivo del tipo junto al ánimo de menoscabar el honor, no se requiere que la difusión tenga lugar. En otras palabras, la recreación no autorizada de la imagen o de la voz es suficiente para la consumación. La difusión, cuando el contenido se propague a través de algunos de los medios previstos (la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante), determinará la aplicación de la modalidad agravada de injurias a la que se refiere el art. 211 del CP.

La diferencia más relevante entre ambas propuestas de reforma es que la PLO es mucho más amplia en lo que se refiere a las características del contenido generado. Recordemos que en la Directiva el objeto de la ultrafalsificación es una representación de un sujeto realizando actividades sexuales, mientras que la PLO es indiferente ante el carácter de la representación, siempre que esta sea apta para lesionar el honor de la víctima. Por tanto, si bien lógicamente una ultrafalsificación que represente a una persona realizando un acto sexual sería reprimida por el tipo propuesto, también serían subsumibles en el tipo otros supuestos. Pienso en la representación de la voz de una persona que simule unas declaraciones que nunca tuvieron lugar, punible cuando se aprecie la lesión al honor, operación en la que habrá que tener especialmente en cuenta el juego que pueden tener otras libertades constitucionales<sup>72</sup>.

A mi juicio, esto supone una inconsistencia con la propia exposición de motivos de la norma. Haciéndose eco de muchos de los trabajos ya señalados en el apartado segundo de este mismo trabajo, se señala que las ultrafalsificaciones «tienen un significativo sesgo de género, ya que el 90 por cierto suplantan la identidad de mujeres, lo que, además de la vulneración de derechos que supone en sí misma, aumenta el riesgo de incidencia de los casos de acoso y otras formas de violencia sobre la mu-

<sup>72</sup> La propia exposición de motivos admite que «El uso de la inteligencia artificial está amparado bajo la libertad de expresión recogida en el artículo 20.1 de la Constitución española, cuando reconoce el derecho a la producción y la creación artística, así como el de «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante (...) cualquier otro medio de reproducción». De hecho, la propuesta de Reglamento de IA, cuando se refiere a ciertos deberes de los operadores de ultrafalsificaciones, prevé excepciones para aquellos contenidos que se compartan en el ejercicio de derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de las artes y de las ciencias (art. 52.3).

jer» y que «este tipo de actividades debe ser entendido como una nueva y peligrosa forma de violencia sexual». En este sentido, es criticable que este sesgo de género, o manifestaciones de las ultrafalsificaciones especialmente vejatorias como las que implican una recreación de la mujer realizando actos sexuales, no hayan sido objeto de tratamiento específico. La respuesta penal prevista es idéntica en todos los supuestos, y no atiende adecuadamente a la gravedad de la recreación cuando esta tiene por objeto un aspecto tan íntimo como es el propio cuerpo, manipulado de forma grotesca para satisfacer los deseos sexuales de otras personas o el interés económico del creador de la ultrafalsificación.

Muy ligado a lo anterior, el tipo contemplado en la propuesta de Ley Orgánica realiza una aclaración bienvenida pero prescindible<sup>73</sup>. El tipo de injurias no exige un medio determinado para su comisión. El propio enunciado del tipo se refiere a una dualidad entre acciones y expresiones, lo que indica que las injurias «pueden realizarse valiéndonos de un lenguaje diverso al hablado, a través, por ejemplo, de caricaturas, alegorías o emblemas»<sup>74</sup>. Lo relevante es que «se infrinja un deber de comportarse aceptado por la comunidad y que ello se considere objetivamente como injurioso»<sup>75</sup>. El concreto medio comisivo para realizar dicho atentado no es ningún impedimento para afirmar la tipicidad.

Y es que también es específico que las injurias pueden difuminarse por distintos medios técnicos, lo cual es respaldado por el propio Código cuando se refiere a la imprenta, la radiodifusión o cualquier medio de eficacia semejante a efectos de aplicación del art. 211. De hecho, las nuevas tecnologías de la información han servido como canal para difundir contenidos injuriosos, de tal forma que la afectación al honor puede ser incluso mayor<sup>76</sup>. Igualmente, es ilustrativo que cuando el *sexting* de tercero no se encontraba tipificado en el art. 197.7 del CP, los tribunales

<sup>73</sup> Es el caso de una enmienda propuesta al Código penal Italiano. En esta propuesta, los deep fakes se definen como «cualquier imagen y/o vídeo, realizado de cualquier forma, que combine y/o superponga imágenes y/o vídeos de una persona sobre otras imágenes y/o vídeos de otra persona, con el fin de generar un vídeo realista, pero falso». Además, la ley expresa que se entenderá por falsificaciones profundas aquellos contenidos que sean «publicados y difundidos sin el consentimiento y autorización de la persona a la que se refiere el video «falso», vulnerando sus derechos a la intimidad, honor, imagen, decoro, reputación y cualquier otro derecho». La ley castiga a quien, sin el consentimiento de la persona afectada, cree y envíe o entregue, difunda o publique, por cualquier medio, un «deep fake» de los contemplados en el artículo 1, salvo que el hecho constituya un delito más grave. La enmienda objeto de examen puede consultarse aquí en italiano: <https://www.senatoragazzi.it/iniziative/disegno-di-legge/103/>

<sup>74</sup> A. Pablo Serrano, *Honor, Injurias y Calumnias. Los delitos contra el honor en el Derecho histórico y en el derecho vigente español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 255.

<sup>75</sup> Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., pág. 332.

<sup>76</sup> En detalle R., Miguel Barrio, «El delito de injurias y las redes sociales. El número de 'followers' y otras variables ambientales como elementos de valoración del daño», *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2022, n.º 36, págs. 1-13.

acudían al tipo de injurias para castigar este comportamiento<sup>77</sup>. En este sentido, existen claras similitudes entre ambos comportamientos, pues en ambos media una difusión no consentida de un material que sin duda tiene la capacidad de lesionar el honor de la víctima<sup>78</sup>.

En cualquier caso, la PLO, de aprobarse paralelamente con la Directiva, será insuficiente en lo que se refiere al marco penológico. La PLO equipara la pena al delito de injurias, que recordemos son castigadas con de multa de seis a catorce meses, cuando son realizadas con publicidad, y en el tipo básico con la de tres a siete meses (art. 209). Pues bien, la Directiva obliga a que las conductas descritas sean castigadas «con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias», siendo muy discutible que este sea el caso. Más aún, la exclusiva previsión de una pena de multa para las conductas referidas al nuevo art. 208 bis viola la literalidad del art. 12.6 de la propuesta de Directiva que señala que «los Estados miembros se asegurarán de que las infracciones penales a que se refieren los artículos 7 y 9 se castiguen con una pena de prisión de una duración máxima de al menos un año». Consiguientemente, es previsible que sean necesarias reformas adicionales en el caso de que ambas proposiciones legislativas prosperen de forma paralela<sup>79</sup>.

## 4. Obligaciones extrapenales a operadores de ultrafalsificaciones y su relevancia penal

### 4.1. Planteamiento general

Como ha puesto de manifiesto Miró Llinares, la prevención de ilícitos cometidos a través de la IA puede suponer que la respuesta penal

<sup>77</sup> Véase en este sentido A., Mendo Estrella, «Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al *sexting* entre adultos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-16, 2016, págs. 1-27; E., Núñez Castaño, «La relevancia penal de las nuevas tecnologías y su incidencia en los denominados ciberdelitos: especial referencia a los delitos contra la intimidad», *Revista General de Derecho Penal*, Núm. 37, 2022.

<sup>78</sup> Eso no quita que pueda argumentarse que las ultrafalsificaciones sexuales lesionan otros bienes jurídicos, cuestión aun escasamente desarrollada por la doctrina. A estos efectos véase el análisis preliminar de A. Devis Matamoros, *Algunas claves del castigo penal del deepfake de naturaleza sexual*, Iberconect, 2023, Disponible en: <https://www.ibericonnect.blog/2023/07/algunas-claves-del-castigo-penal-del-deepfake-de-naturaleza-sexual/> (última consulta 20. 1. 2024).

<sup>79</sup> Si esto ocurre no debe descartarse que se reconduzca la represión de las ultrafalsificaciones que consisten en la creación de pornografía no consentida al art. 197, añadiendo un nuevo apartado al precepto, tal como ya ha apuntado algún autor. En realidad, esta opción, no exenta de controversia respecto al problema del bien jurídico, sería más cercana al texto de la Directiva, que regula conjuntamente la difusión de material íntimo de forma no consentida con la difusión de ultrafalsificaciones que simulan a una persona realizando actividades sexuales. Véase E., Simó Soler, *op.cit.*

deba anticiparse a momentos previos a la externalización del daño. Esto se justifica porque en muchos casos es en estos momentos previos, la producción del sistema, su diseño, donde el daño puede prevenirse, debiendo dirigirse el Derecho penal a regular la conducta de aquellos, que, en estas fases, pueden efectivamente reducir el riesgo de lesión de los bienes jurídicos afectados<sup>80</sup>.

Hasta el momento las propuestas de criminalización discutidas no han prestado atención a este aspecto en el caso de las ultrafalsificaciones, y parecen estar ideadas para regular la conducta de aquellos que diseminan el contenido. Por el contrario, existen otras normativas administrativas, algunas ya en vigor, que establecen obligaciones a los sujetos involucrados en el ciclo de vida de estos sistemas, y que posibilitan la creación y diseminación de las ultrafalsificaciones.

Como apunta el borrador de la resolución de la Sección II de la AIDP en materia de Inteligencia Artificial y Derecho penal, los debates sobre la transformación del Derecho Penal por el impacto de la IA no pueden pasar por alto los debates relativos a su regulación en otras ramas del ordenamiento jurídico<sup>81</sup>. El estudio de la normativa extrapenal, de los intereses protegidos y de los comportamientos sancionados por aquella, es necesario para adoptar la compleja decisión de a qué instrumento represivo le compete la tutela de los daños creados por la IA<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> F. Miró Llinares, «Penal law and criminalization in the face of the challenges of AI. General report», *op.cit.*, pág. 17 y ss. El borrador de resolución en la Sección II del XXI Congreso Internacional de Derecho Penal también incluye una resolución específica en esta línea «Criminal law systems are designed to have a deterrent effect on likely offenders, preventing them from engaging in criminal actions. If the key moment in terms of risk in relation to AI is the moment of the design and implementation, the enactment of offenses that aim to deter conducts at such moments shall be considered. This can be done by anticipating the protection with endangerment offenses, that punish not following certain duties in relation to specific interests worthy of protection. Also, and similar to what is established with the criminal liability of legal persons, specific regulatory obligations related to the design and implementation of AI systems could be established, which infringement may give rise to criminal liability».

<sup>81</sup> «The development of AI may give rise to new interests worthy of protection. Additionally, AI systems can affect the dimension and relevance of interests that are not currently considered worthy of protection by Criminal law. When criminal laws do not provide an adequate response to protect these interests, new criminal offenses shall be enacted that proportionally punish conducts that are harmful to such interests. This shall only be done when there are no alternative means that are less harmful than Criminal law to effectively protect the mentioned interests».

<sup>82</sup> La resolución del XIV Congreso Internacional de Derecho penal, titulada «Los problemas jurídicos y prácticos planteados por la diferencia entre Derecho penal y Derecho penal administrativo (Sección I)» señala «Whether or not certain conduct should properly be punished according to criminal law or to administrative penal law cannot be determined categorically. It is therefore in most cases for the legislature to decide what conduct is to be sanctioned criminally or by administrative penal law. In making that decision, legislatures should take into consideration several criteria, especially the importance of the social

Más aún, la normativa administrativa puede identificar una serie de comportamientos antijurídicos, cuyas manifestaciones más graves pueden, en su caso, constituir objeto de sanción penal. No se trata de que de la infracción del deber previsto en la norma administrativa se derive automáticamente la responsabilidad penal<sup>83</sup>. Más bien, esta normativa puede ayudar a identificar qué comportamientos van más allá del riesgo permitido<sup>84</sup>, algo que puede ser muy relevante en supuestos como en el de los procesos algorítmicos, donde puede haber muchos sujetos implicados<sup>85</sup>.

En el tema que nos ocupa, el texto normativo que puede ayudarnos a identificar estos deberes es la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley De Inteligencia Artificial). Como decíamos, esta es una normativa aún en tramitación y que está experimentando cambios sustanciales<sup>86</sup>, también en lo relativo a la regulación de las ultrafalsificaciones<sup>87</sup>. El objetivo del Reglamento «es promover en la Unión la adopción de una inteligencia artificial fiable y centrada en el ser humano y garantizar un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad, los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho y del medio ambiente frente a los efectos nocivos de los sistemas de inteligencia artificial, apoyando al mismo tiempo la innovación y mejorando el funcionamiento del mercado interno». Hay que tener en cuenta que

---

interest affected by the conduct in question, the gravity of endangerment or harm to that interest, and the kind and degree of fault on the part of the offender».

<sup>83</sup> Sobre esto recientemente Silva Sánchez sobre las conductas neutras de los prestadores de servicios intermediarios. J. M., Silva Sánchez, «¿Hasta qué punto son conductas neutras los servicios de Google, Facebook o Twitter?», *InDret*, 3.2023, págs. 1-3.

<sup>84</sup> Siguiendo de nuevo a Silva Sánchez, la normativa extrapenal puede crear de forma *ex ante* un espacio de libertad jurídica de acción que ampara a ciertos sujetos generadores de peligro, esto es, un haz de comportamientos que reciben el nombre de «riesgo permitido» y que ha sido encajado en el edificio de la Teoría del Delito de diversas formas. J. M., Silva Sánchez, *El riesgo permitido en el Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 35.

<sup>85</sup> A., Moraiti, «AI Crimes and Misdemeanors: Debating the Boundaries of Criminal Liability and Imputation», *RIDP*, 2021, pág. 109 y ss. En un sentido similar, Picotti, entre las distintas soluciones que recoge en su informe para clarificar la cuestión del *responsability gap* por la IA cuando no se aprecia el dolo, y se materializa un daño, una de ellas es que el legislador identifique áreas de riesgo permitido, determinando el uso social adecuado de la IA, L., Picotti, *op.cit.*, p. 43.

<sup>86</sup> Advertimos que trabajamos con la última versión enmendada por el Parlamento Europeo, Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_ES.html)

<sup>87</sup> Tras la aceptación de este trabajo se ha conocido el texto final del Reglamento de Inteligencia Artificial, afectando a algunas de las obligaciones de los operadores de ultrafalsificaciones. Particularmente, la categoría referente a los modelos fundacionales ha sido eliminada, trasladándose parte de su regulación a los modelos de IA de uso general y los modelos de IA de uso general que presentan riesgos sistémicos. Asimismo, se han introducido precisiones muy relevantes relativas a los sujetos a los que están dirigidos ciertas obligaciones de transparencia, paliando ciertas carencias de la regulación.

el Reglamento establece «un marco jurídico uniforme en el desarrollo, la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de la inteligencia artificial». Esto es muy relevante pues garantiza la libre circulación transfronteriza de bienes y servicios basados en la IA, impidiendo «que los Estados miembros impongan restricciones al desarrollo, la comercialización y la utilización de sistemas de inteligencia artificial (sistemas de IA)» a menos que el Reglamento lo autorice expresamente (considerando 1).

En el ciclo de vida de la IA, y no es el caso distinto de las ultrafalsificaciones, intervienen distintos sujetos con diferentes roles y deberes. A efectos de aclarar responsabilidades Valls Prieto propone una división de sujetos responsables dependiendo de la fase en la que actúan y el tipo de control que ejercen sobre el sistema inteligente. Así, distingue entre: desarrolladores y fabricantes del producto que lo diseñan y mandan al mercado; profesionales que utilizan estos sistemas inteligentes para realizar una parte de su trabajo y los usuarios finales<sup>88</sup>. Por el contrario, la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial establece un esquema de obligaciones administrativas mucho más complejo. Este se dirige a quienes define globalmente como operadores, que abarca categorías muy distintas de sujetos implicados en el ciclo de la IA, como los proveedores, importadores, distribuidores e implementadores (usuarios de IA profesionalizados). Asimismo, el Parlamento Europeo en el proceso legislativo pretende introducir en el texto categorías adicionales como los sistemas de IA basados en licencias libres y de código abierto o los modelos fundacionales. En aras de facilitar la exposición de la regulación extrapenal de las ultrafalsificaciones diferenciaremos, en primer lugar, una serie de obligaciones impuestas a los operadores de la IA, distinguiendo en su seno las diferentes subcategorías. Después haremos una especial mención a ciertas obligaciones específicas que se dirigen a los usuarios de las ultrafalsificaciones (denominados implementadores). Finalmente nos ocuparemos de otros agentes no regulados por el Reglamento, que también están sujetos a obligaciones para mitigar sus efectos adversos en la normativa de servicios digitales.

#### *4.2. Obligaciones de los operadores de ultrafalsificaciones*

Como decíamos la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial (versión enmendada por el Parlamento) utiliza el término operador para agrupar a una serie de sujetos involucrados en el ciclo de la IA, entre

<sup>88</sup> J., Valls Prieto, J., «Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24-27, 2022, págs. 1-35.

ellos los proveedores de los sistemas<sup>89</sup>. Con carácter preliminar hay que señalar que hay ciertos operadores que no se encuentran sujetos al Reglamento: aquellos operadores de modelos IA de Código abierto. Como hemos apuntado previamente, sistemas que han servido para crear ultrafalsificaciones estaban basados en este tipo de modelos, por lo que cabría pensar, que, como primer eslabón en la cadena, estos operadores deberían estar sujetos a algún tipo de obligación para prevenir subsiguientes ilícitos. La versión del Reglamento enmendada por el Parlamento presta especial a estos sistemas de código abierto, señalando que «a fin de impulsar el desarrollo y el despliegue de la inteligencia artificial, especialmente entre las pymes, las empresas emergentes y la investigación académica, pero también entre los particulares» (considerando 12 bis) el Reglamento no se aplicará a los componentes de IA proporcionados en el marco de licencias libres y de código abierto, «salvo en la medida en que sean comercializados o puestos en servicio por un proveedor como parte de un sistema de IA de alto riesgo o de un sistema de IA incluido en el ámbito de aplicación de los títulos II o IV» (artículo Artículo 2. 5 sexies)<sup>90</sup>.

Únicamente deberá alejarse a los desarrolladores de componentes de inteligencia artificial libres y de código abierto «a que apliquen prácticas de documentación ampliamente adoptadas, como modelos y tarjetas de datos, como una forma de acelerar el intercambio de información a lo largo de la cadena de valor de la inteligencia artificial, permitiendo la promoción de sistemas de IA fiables en la Unión» (considerando 12 bis). Por el contrario, la fijación de deberes específicos de conducta se ha descartado, justamente en atención a los beneficios que estos desarrollos tecnológicos aportan al campo. Eso induce a pensar que los riesgos que pueden darse dentro de estos estadios previos del desarrollo deben entenderse, al menos de forma general, dentro de un «riesgo permitido» y consiguientemente, pese a que se materialice un daño al que causalmente pueden haber contribuido, estos sujetos no deben ser responsables del mismo.

Despejada esta cuestión inicial, procede identificar a qué obligaciones están sujetos los operadores ultrafalsificaciones sujetos al Reglamento. En sus distintas versiones, el Reglamento clasifica a los sistemas de IA en base a su riesgo, aparejando una serie de obligaciones en función

<sup>89</sup> Hay que tener en cuenta que el proveedor es a efectos del Reglamento «toda persona física o jurídica, autoridad pública, agencia u organismo de otra índole que desarrolle un sistema de IA o para el que se haya desarrollado un sistema de IA con vistas a introducirlo en el mercado o ponerlo en servicio con su propio nombre o marca comercial, ya sea de manera remunerada o gratuita».

<sup>90</sup> En este sentido el Reglamento aclara que «Ni el desarrollo colaborativo de componentes de inteligencia artificial libres y de código abierto ni su puesta a disposición en repositorios abiertos deben constituir actividades de comercialización o puesta en servicio» (considerando 12 ter).

del mismo a los operadores, y prohibiendo ciertas prácticas de IA (art. 5). Si atendemos al caso de las ultrafalsificaciones, estas no se clasifican como prácticas prohibidas<sup>91</sup>, ni tampoco como sistemas de alto riesgo, habiendo sido descritas como sistemas de riesgo limitado<sup>92</sup>. Esto supone que operadores e implementadores no deben someterse a los requisitos del Capítulo II y II del Título II (mantenimiento de sistema de gestión de riesgos, obligaciones relativas a la precisión, solidez y ciberseguridad, entre otros). Por el contrario, los operadores solo deberán tener en cuenta los principios generales aplicables a todos los sistemas de IA, introducidos por las enmiendas del Parlamento (art. 4 bis), y los que tengan la consideración de implementadores, como veremos en el apartado siguiente, lo dispuesto en el art. 53.3.

No obstante, los operadores de ultrafalsificaciones pueden encontrarse sujetos a obligaciones adicionales en la medida en el que el sistema de IA entre dentro de una categoría específica: los modelos fundacionales. Esta ha sido introducida por la última modificación del texto por el Parlamento, en aras de regular «avances recientes» en la IA de la mano de estos modelos, «existiendo una incertidumbre significativa sobre el modo en que evolucionarán los modelos fundacionales, tanto en lo que se refiere a la tipología de los modelos como a su autogobernanza» (considerando 60 octies). Los modelos fundacionales son definidos como «un modelo de sistema de IA entrenado con un gran volumen de datos, diseñado para producir información de salida de carácter general y capaz de adaptarse a una amplia variedad de tareas diferentes» (art. 3. 1 quater). En lo que aquí nos interesa, el Reglamento distingue una subcategoría de estos modelos como es la IA generativa, que define indirectamente como «sistemas de IA destinados específicamente a generar, con distintos niveles de autonomía, contenidos como texto, imágenes, audio o vídeo complejos («IA generativa»)». Pues bien, los proveedores de modelos fundacionales y los proveedores que especialicen un modelo fundamental en un sistema de IA generativo deberán cumplir las obligaciones de transparencia establecidas en el artículo 52, apartado 1<sup>93</sup>, esto es, garantizarán que los sistemas de IA destinados a interactuar con personas físicas estén diseñados y desarrollados de forma «que el sistema de IA, el propio proveedor o el usuario informen de manera clara, inteligible y

<sup>91</sup> Eso no quita que otra legislación del Derecho de la Unión pueda prohibir ciertas prácticas de IA (art. 5.1 bis versión del Parlamento). Por el contrario, es muy dudoso que los Estados miembros puedan prohibir prácticas de IA, por ejemplo, criminalizando, sin el amparo de una norma comunitaria, contrariando el Reglamento y consiguientemente el Derecho de la Unión.

<sup>92</sup> <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/AI/EU-AIAct.pdf>

<sup>93</sup> Nótese que la remisión es únicamente al apartado 1 del artículo 52, y no a su apartado tercero, claramente el Reglamento está pensando en este caso a grandes modelos de lenguaje de texto y no IA generativa de imágenes.

oportuna a dichas personas físicas expuestas a un sistema de IA de que están interactuando con un sistema de IA».

Más aún, los proveedores «formarán y, en su caso, diseñarán y desarrollarán el modelo fundacional de manera que se garanticen salvaguardias adecuadas contra la generación de contenidos que infrinjan el Derecho de la Unión, en consonancia con el estado de la técnica generalmente reconocido y sin perjuicio de los derechos fundamentales, incluida la libertad de expresión». El Reglamento empuja pues a introducir medidas preventivas para prevenir que la IA genere contenidos ilícitos en base a las peticiones de los usuarios. Esto ya puede apreciarse en los estándares de la industria. Modelos de lenguaje como ChatGPT han establecido un sistema de moderación de contenidos para valorar *input* del usuario (el texto que sirve como indicación para el modelo generativo), y así evitar que ofrezca resultados sobre indicaciones clasificadas previamente como discurso del odio, contenido sexual o que puede empujar a la autolesión<sup>94</sup>. Esto también es aplicable a sistemas generativos entrenados para crear imágenes siguiendo las instrucciones de los usuarios, que podrían ser utilizados para crear ultrafalsificaciones<sup>95</sup>. No obstante, y tal como apuntan expertos contactados por Europol, existen vulnerabilidades evidentes del sistema de moderación que empujan a su mejora constante<sup>96</sup>.

Es perfectamente posible pues, que normativas administrativas, o incluso la Ley penal, establezca sanciones pertinentes para que los proveedores de IA generativa mantengan sistemas de control de riesgos que minimicen su posible uso con propósitos delictivos. Este modo de proceder no es nada novedoso, y se asemeja a modelos de responsabilidad penal por el producto, solución que por otra parte la doctrina ya ha esbozado para mitigar ciertas lagunas punitivas en el campo de la IA<sup>97</sup>. En cualquier caso, si nos adentramos en un modelo de responsabilidad penal por el producto, en el que la normativa administrativa tiene un importante papel en la determinación de la conducta típica, habrá que clarificar los requisitos mínimos de lesividad<sup>98</sup> para evitar las tensiones

<sup>94</sup> Open AI, «New and improved content moderation tooling», 2023, <https://openai.com/blog/new-and-improved-content-moderation-tooling> (consulta 11. 11. 2023).

<sup>95</sup> Pensemos en el caso del modelo DALE 2 también suministrado por Open AI, <https://help.openai.com/en/articles/6338764-are-there-any-restrictions-to-how-i-can-use-dall-e-2-is-there-a-content-policy> (consulta 11. 11. 2023).

<sup>96</sup> Europol, «ChatGPT The impact of Large Language Models on Law Enforcement», 2023, Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/criminal-use-of-chatgpt-cautionary-tale-about-large-language-models> (consulta 11. 11. 2023).

<sup>97</sup> S., Aires de Sousa, «Portuguese report on traditional criminal law categories and AI», *RIDP*, Vol. 94 issue 1, 2023, págs. 319-330.

<sup>98</sup> F. Muñoz Conde, «La responsabilidad por el producto en el derecho penal español», *Derecho & Sociedad*, Núm. 49, 2017, págs. 253-279.

con los principios que deben informar al Derecho penal en un Estado Democrático y de Derecho<sup>99</sup>.

#### *4.3. Obligaciones dirigidas a los implementadores de sistemas de ultrafalsificaciones: la caótica regulación del deber de información del contenido sintético y su posible relevancia penal*

Como decíamos, el Reglamento distingue entre los operadores de sistemas de IA a los implementadores, esto es, «toda persona física o jurídica, autoridad pública, agencia u organismo de otra índole que utilice un sistema de IA bajo su propia autoridad, salvo cuando su uso se enmarque en una actividad personal de carácter no profesional». La normativa establece obligaciones específicas para los implementadores<sup>100</sup> de ultrafalsificaciones, reguladas en el art. 52.3. Ante riesgos «específicos de suplantación o falsificación» que acarrean estos sistemas (considerando 70) el mencionado art. 52.3 establece que los implementadores «harán público de manera adecuada, oportuna, clara y visible que el contenido ha sido generado de forma artificial o manipulado, así como, cuando sea posible, el nombre de la persona física o jurídica que lo generó o manipuló». La norma específica que «por hacer público» se entenderá el etiquetado del contenido de un modo que se informe que no es auténtico, y que resulte claramente visible para su destinatario, «debiendo de tenerse en cuenta el estado de la técnica generalmente reconocido y las normas y especificaciones armonizadas pertinentes a esos efectos». Dicha información se facilitará a más tardar con ocasión de la primera interacción o exposición, debiendo de ser «accesible a las personas vulnerables, como las personas con discapacidad o los niños, y se completará, cuando proceda y sea apropiado, con procedimientos de intervención o de denuncia para la persona física expuesta teniendo en cuenta el estado de la técnica generalmente reconocido, las normas armonizadas pertinentes y las especificaciones comunes» (art. 53. 3 ter). No obstante, la norma establece una excepción al etiquetado para aquellos sistemas que estén «legalmen-

<sup>99</sup> Una discusión muy rica puede encontrarse en C., Grandi, «Positive obligations (garantestellung) grounding criminal responsibility for not having avoided an il-legal result connected to the Ai functioning», *RIDP*, Vol. 94 issue 1, 2023, págs. 67-77.

<sup>100</sup> En realidad, el texto del Parlamento mantiene el término usuario en este punto, lo cual no se entiende muy bien puesto que este ha sido sustituido por el de implementador en las definiciones. Hay que tener en cuenta que la definición que hacía la Comisión de «usuario» en su propuesta coincide con la de implementador :»toda persona física o jurídica, autoridad pública, agencia u organismo de otra índole que utilice un sistema de IA bajo su propia autoridad, salvo cuando su uso se enmarque en una actividad personal de carácter no profesional». Así, la enmienda 172 del Parlamento se limita a sustituir un término por otro sin alterar la definición.

te autorizados por la ley» o su uso resulte necesario para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de las artes y de las ciencias<sup>101</sup>.

Como decíamos, dicha obligación está dirigida a los implementadores. Esto puede presentar problemas pues solo abarca a quien hace uso del sistema de ultrafalsificación, esto es, quién en último término obtiene la imagen del sistema para después compartirla con terceros y no a quién pone a disposición al público el sistema generativo (proveedor o distribuidor dependiendo del caso). Debemos recordar que los implementadores sujetos al Reglamento son aquellos que utilizan la IA en el ámbito profesional (art. 3. 4). En otros términos, usuarios que exploten servicios como *Face swap* de Google o *Dall e 2* de Open AI no estarán sujetos a esta obligación.

Por otro lado, esta obligación no incumbe al proveedor, esto es el encargado del desarrollo del sistema. Esta parece una decisión meditada considerando que el apartado 1 del mismo art. 53 sí establece como sujeto destinatario de la obligación al proveedor, mientras que en este caso se habla del usuario (implementador). De esta forma, quien facilite el aplicativo no deberá colocar la etiqueta, siendo sus únicos deberes los relativos a los sistemas fundacionales generativos, en los términos ya descritos<sup>102</sup>. Desde esta perspectiva es muy extraño que la norma empuje a establecer «procedimientos de intervención o de denuncia para la persona física expuesta teniendo en cuenta el estado de la técnica generalmente reconocido» si el obligado es un implementador y no un proveedor<sup>103</sup>.

Por tanto, en la medida en la que el Reglamento utiliza un concepto restringido de implementador (aquellos que usan la IA con propósitos profesionales) y se excluye a los proveedores de esta obligación, los sujetos obligados se reducen considerablemente. En medio de esta confusión, y con una precipitación del todo innecesaria a la regulación de IA, la PLO enmienda la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, castigando una conducta muy similar a la descrita. Así, se prevé como infracción muy grave «la difusión de imágenes, vídeos o audio generados a través de sistemas automatizados, software, algoritmos o mecanismos de inteligencia artificial sin la previa autorización o consentimiento expreso de la persona o personas objeto, salvo que incluyan

<sup>101</sup> En esta línea «cuando el contenido forme parte de una obra cinematográfica claramente creativa, satírica, artística o ficticia, de imágenes de videojuegos y de obras o formatos análogos, las obligaciones de transparencia establecidas en el apartado 3 se limitarán a revelar la existencia de tales contenidos generados o manipulados de una manera adecuada, clara y visible, que no obstaculice la presentación de la obra, y a revelar los derechos de autor aplicables, cuando proceda» (art. 53. 3 bis).

<sup>102</sup> Recordemos que a este último solo le son aplicables las obligaciones relativas a los sistemas generativos (art. 28, ter).

<sup>103</sup> No es extraño que el texto final se dirija ahora a los proveedores de sistemas de ultrafalsificaciones y haya eliminado la referencia a estos procedimientos.

de forma clara y sobresaliente una advertencia de su condición de imagen generada artificialmente por inteligencia artificial o en el audio». La proposición se presenta como un desarrollo enormemente deficiente del Reglamento de IA, que, al no identificar el operador específico que debe cumplir con tal obligación incluye como infracción administrativa una conducta que no constituye un incumplimiento del Reglamento.

El cumplimiento del deber de etiquetado puede llegar a tener incidencia en la responsabilidad penal, pues, desde el momento en el que el contenido se presenta al público como falso, la lesión al bien jurídico puede entenderse como menos intensa. Esto podría tener alguna virtualidad cuando la ultrafalsificación se utiliza en el contexto de una parodia; pensemos en el uso no consentido de la voz de una persona con relevancia pública para crear un contenido que se haga viral en Internet. No obstante, difícilmente podrá alegarse que el etiquetado convierte en atípica la conducta cuando el contenido simulado es de carácter sexual. La afectación al honor no reside en sembrar una duda razonable sobre si el comportamiento de la víctima tuvo o lugar, sino en la propia utilización de la imagen de la persona para realizar una representación que es de por sí denigrante.

#### *4.4. Obligaciones de los prestadores de servicios intermediarios en el Reglamento de Servicios Digitales*

La amenaza que presentan las ultrafalsificaciones no se detiene en la creación del contenido simulado y preocupa especialmente su posterior propagación a través de distintos canales de difusión. Nos referimos evidentemente a plataformas en línea de muy gran tamaño, por ejemplo, redes sociales como Facebook, X o TikTok, pero también a prestadores de alojamiento de datos dedicados a ofrecer contenidos pornográficos. Asimismo, como hemos apuntado en el apartado segundo desde este mismo trabajo, estas webs pueden ser la génesis del contenido ultrafalsificado, en el sentido de que sirven de punto de encuentro para quien dispone de los medios técnicos para generar las imágenes simuladas y quien está dispuesto a sufragar su creación. Desde un punto de vista preventivo, el posicionamiento que adopten estos prestadores de servicios de la sociedad de la información frente a las ultrafalsificaciones será relevante, pues permitirá reducir su propagación, o, incluso, impedir que estas se creen en primer lugar. Lógicamente, implicados en el proceso de difusión de las ultrafalsificaciones, procede preguntarse qué deberes establece la legislación frente a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, y cuál es su relación con una eventual responsabilidad penal.

La Directiva de Comercio Electrónico, traspuesta en nuestro ordenamiento a través de Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, guió el debate sobre la res-

ponsabilidad penal de los intermediarios, estableciendo amplias exenciones de responsabilidad que limitaban el campo de aplicación de la ley penal a los intermediarios. La Directiva ha sido recientemente reemplazada por el Reglamento 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales (en lo que sigue DSA por sus siglas en inglés), que mantiene en líneas generales el sistema de la Directiva con varias novedades muy relevantes que afectan a las ultrafalsificaciones.

Respecto a la responsabilidad de los intermediarios de alojamiento de datos, el tipo de intermediario que nos interesa especialmente a efectos del estudio, la DSA sigue estableciendo el requisito del conocimiento ilícito del prestador como pilar para apreciar la responsabilidad del intermediario (art. 6 DSA). La novedad reside en que la DSA establece procedimientos de notificación y acción, que permiten a usuarios denunciar la presencia de contenidos ilícitos alojados en el servicio del prestador (art. 16). De esta forma, la presencia de interfaces para canalizar denuncias es obligatoria para todos los prestadores dedicados a alojar datos de terceros, y con independencia de su tamaño. Las notificaciones dirigidas al prestador a través de estos canales, siempre que cumplan con unas formalidades específicas (art. 16.2), son un instrumento apto para atribuir al prestador el conocimiento efectivo del ilícito a efectos del art. 6. La DSA precisa que esto ocurrirá cuando el prestador pueda determinar «sin un examen jurídico detallado», que la información o la actividad pertinentes son ilícitas (art. 16.3)<sup>104</sup>. Todo ello permite a los usuarios denunciar la presencia de ultrafalsificaciones en estos servicios, enervándose la exención de responsabilidad si el prestador no retira los contenidos ilícitos cuando sea consciente de su presencia.

Asimismo, dicho conocimiento es un elemento clave para afirmar la responsabilidad del prestador en base a los tipos penales previstos en el Derecho nacional. Así, por ejemplo, Gómez Tomillo defendía respecto a la Ley 34/2002, de 11 de julio, argumento extrapolable a la DSA, que, fijando determinados deberes en la remoción de contenidos, la normativa extrapenal constituye la base de la posición de garantía de los prestadores de servicios a efectos de declarar su responsabilidad por comisión por omisión<sup>105</sup>. De forma análoga, Galán Muñoz entiende que estas exenciones crean un ámbito de riesgo permitido cuando los prestadores de servicios se comportan de la forma fijada en las normas de comercio elec-

<sup>104</sup> Este es un requisito muy similar al fijado en la jurisprudencia en el ámbito civil en la interpretación de la Ley 34/2002, de 11 de julio. En este sentido véase A., Soler Presas, ¿»Am I in Facebook? Sobre la responsabilidad civil de las redes sociales on-line por la lesión de los derechos de la personalidad, en particular por usos no consentidos de la imagen de un sujeto», *InDret*, 3/2011, págs. 1-44.

<sup>105</sup> Señala que en estos supuestos estaríamos ante M. Gómez Tomillo, *Responsabilidad penal y civil por Delitos Cometidos a través de Internet*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 127 y ss.

trónico, integrándose su apreciación en el juicio de tipicidad<sup>106</sup>. Aunque no puede identificarse conocimiento efectivo del ilícito con el dolo, sin duda este último puede ser un indicio claro de que concurre el elemento subjetivo del tipo, algo que los nuevos procedimientos de notificación y acción facilitarán<sup>107</sup>.

Ahora bien, el aporte más relevante en materia de regulación de las ultrafalsificaciones que ofrece la DSA es su explícita inclusión en el sistema de gestión de riesgos que crea la norma en su Capítulo III, Sección V. De forma muy resumida, la DSA establece unas obligaciones, denominadas de diligencia debida, cuyo objetivo es garantizar un entorno en línea transparente y seguro. Empuja a los grandes prestadores de plataformas en línea y motores de búsqueda a desplegar medidas para gestionar riesgos sistémicos que se derivan del funcionamiento de sus servicios<sup>108</sup>. Entre estos riesgos se encuentra la diseminación de contenidos ilícitos, entre los que pueden incardinarse contenidos sexuales ilícitos como las ultrafalsificaciones (considerando 80)<sup>109</sup>. Compete a plataformas y motores de muy gran tamaño evaluar y gestionar estos riesgos, fiscalizándose estas actividades por diferentes medios fijados en el Capítulo IV de la norma.

En lo que se refiere a las medidas de mitigación, el Reglamento introduce ciertas de carácter facultativo, entre las que se menciona expresamente a las ultrafalsificaciones. Los prestadores de muy gran tamaño deberán de «garantizar que un elemento de información, ya se trate de imagen, audio o vídeo generado o manipulado que se asemeja notablemente a personas, objetos, lugares u otras entidades o sucesos existentes y que puede inducir erróneamente a una persona a pensar que son auténticos o verídicos, se distinga mediante indicaciones destacadas cuando se presente en sus interfaces en línea y, además, proporcionar una funcionalidad fácil de utilizar que permita a los destinatarios del servicio

<sup>106</sup> En detalle sobre la espinosa relación entre las exenciones de responsabilidad y la Teoría General del Delito A. Galán Muñoz, *Libertad de expresión y responsabilidad penal por contenidos ajenos en internet, Un estudio sobre la incidencia penal de la ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico*, Tirant monografías, Valencia, 2010, pág. 68 y ss.

<sup>107</sup> Miró Llinares, F., «Cibercriminalidad y responsabilidad de los prestadores de servicios a la luz de la normativa europea y de su interpretación por los Tribunales españoles», en Gómez Martín, V. (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, España, págs. 561-584.

<sup>108</sup> Sobre el nebuloso concepto de riesgo sistémico en la DSA S., Broughton Micova, S y A., Calef, «Elements for effective systemic risk assessment under the DSA», CERRE, 2023, Disponible en: <https://cerre.eu/publications/elements-for-effective-systemic-risk-assessment-under-the-dsa/> (última consulta 22.1.2024)

<sup>109</sup> En realidad, el Reglamento, como norma horizontal y dirigida a establecer normas generales que afectan a la responsabilidad y deberes de las plataformas utiliza un concepto de contenido ilícito amplio, que es una remisión a la normativa especial de la Unión, y a la de los Estados miembros.

señalar dicha información» (art. 35. 1. k)). Consiguientemente, la DSA empuja a introducir sistemas de etiquetado de las ultrafalsificaciones, de forma análoga a la regulación en materia de IA. Todo ello empuja a entender que la difusión de las ultrafalsificaciones puede ser un riesgo sistémico en el marco del Reglamento y el etiquetado de las mismas en aras de determinar su carácter sintético una medida de reducción de riesgos.

El cumplimiento de estas obligaciones de diligencia debida se asegura por un complejo sistema de ejecución de corte administrativo en el que se establecen amplias facultades de ejecución a los coordinadores de servicios digitales y a la Comisión Europea, entre ellas, la imposición de multas en función del volumen de negocio. La relación entre estas normas y la responsabilidad de los intermediarios es oscura, ya que ambos aspectos son disociados expresamente por el Reglamento<sup>110</sup>. Esto no debe entenderse problemático pues estas nuevas obligaciones, más que un medio para afirmar la responsabilidad del prestador, constituyen una alternativa preventiva a la responsabilidad para llevar a cabo la labor de tutela de los bienes jurídicos afectados<sup>111</sup>.

En esta línea, ya es habitual que los grandes intermediarios proscriban o limiten en sus condiciones la diseminación de ultrafalsificaciones<sup>112</sup>. Esto afecta a prestadores como Facebook o Instagram, pero también a grandes servicios de difusión de pornografía, entre ellos Pornhub, XVideos o Stripchat, que de hecho recientemente han sido declarados por la Comisión como prestadores de plataforma en línea de muy gran tamaño y obligados a gestionar los mencionados riesgos sistémicos de la DSA. Queda por ver si esta novedosa labor de mitigación de riesgos es ejecutada de forma efectiva.

## 5. Breves conclusiones

La criminalización de determinados usos de las ultrafalsificaciones es una operación compleja que requiere tener en cuenta tanto factores

<sup>110</sup> Dispone la DSA en su considerando 40 que «Las obligaciones de diligencia debida son independientes de la cuestión de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios y, por tanto, deben apreciarse por separado».

<sup>111</sup> «Las obligaciones de diligencia debida son independientes de la cuestión de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios y, por tanto, deben apreciarse por separado» (considerando 41). Véase en este sentido Miguel Asensio, P. M., «Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: el Reglamento (UE) de Servicios Digitales», *La Ley Unión Europea*, Núm. 109, 2022, págs. 1-48; Husovec, M., «Rising above liability: the Digital Services Act as a blueprint for the second generation of global internet rules», *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 38., 2023, págs. 101-137.

<sup>112</sup> META, *Enforcing Against Manipulated Media*, 6 de enero de 2020, Disponible en: <https://about.fb.com/news/2020/01/enforcing-against-manipulated-media/> (última consulta 20 de enero de 2024).

normativos como criminológicos. Por lo que se refiere a estos últimos, parece claro que las ultrafalsificaciones pueden utilizarse para afectar a bienes jurídicos de máxima relevancia, y que el sesgo de género de las ultrafalsificaciones es patente. No obstante, aún se reportan pocos supuestos en los que esta tecnología se ha utilizado con propósitos delictivos, lo cual posiblemente se deba a la complejidad del entrenamiento de estos sistemas, que dificulta su acceso al público general. Esto evidencia que no es necesaria una acción urgente del legislador, siendo aconsejable que la criminalización de las ultrafalsificaciones se plantee cuando las distintas iniciativas a nivel de la Unión hayan prosperado.

Y es que, desde un punto vista normativo la coexistencia de diferentes instrumentos normativos, tramitada de forma paralela, puede dar lugar a disfunciones que empañan la de por sí compleja decisión de qué comportamientos criminalizar. Más aún, esta respuesta normativa se tramita a la vez que una regulación de corte administrativo que está imponiendo deberes de conducta de cara a mitigar de ciertos riesgos aparejados a las ultrafalsificaciones. Estos pueden ser muy relevantes para identificar áreas de riesgo permitido que no deberían interesar al Derecho penal (el caso de los operadores de sistemas de IA de Código abierto, excluidos en el Reglamento de IA). También, estas normativas, y el régimen sancionador que las acompaña, pueden ser un instrumento suficiente para tutelar los bienes jurídicos comprometidos, sin que sea necesaria la intervención del Derecho penal (pienso en el sistema de gestión de riesgos que impone el Reglamento de Servicios Digitales). Todo ello empuja a la cautela en un momento en que los procesos de criminalización planteados en el ámbito nacional no pueden ser ajenos a la regulación comunitaria, muy relevante más allá de propuestas de criminalización como la mencionada propuesta de Directiva sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica

## 6. Bibliografía

- Abadía Selman, A., «La protección penal de los trabajadores frente a la inteligencia artificial en el ámbito del delito de discriminación laboral», *Revista General de Derecho Penal*, 39, 2023, págs. 1-61.
- Aires De Sousa, S., «Portuguese report on traditional criminal law categories and AI», *RIDP*, Vol. 94 issue 1, 2023, págs. 319-330.
- Ajder, H., Patrin, G., Cavalli, F. y Cullen, L., «The State of Deepfakes: Landscape, Threats, and Impact», 2019 Disponible en: [https://regmedia.co.uk/2019/10/08/deepfake\\_report.pdf](https://regmedia.co.uk/2019/10/08/deepfake_report.pdf).
- Bergamini, E., «Combating violence against women and domestic violence: From the Istanbul convention to the EU framework: the proposal for an EU directive», *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2, 2023, págs. 21-48.

- Broughton Micova, S. y Calef, A., «Elements for effective systemic risk assessment under the DSA», CERRE, 2023, Disponible en: <https://cerre.eu/publications/elements-for-effective-systemic-risk-assessment-under-the-dsa/>.
- Ciancaglini, V., Gibson, C. y Sancho, D., «Malicious Uses and Abuses of Artificial Intelligence», Trend Micro Research, 2020, Disponible en: [https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/malicious\\_uses\\_and\\_abuses\\_of\\_artificial\\_intelligence\\_europol.pdf](https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/malicious_uses_and_abuses_of_artificial_intelligence_europol.pdf).
- Citron, D. y Chesney, R., «Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security», *California Law Review*, 197, 2019, págs. 1769-1820.
- Comisión Europea, «Libro blanco sobre la inteligencia artificial. Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza», 2020, Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0065&from=ES>.
- De La Mata Barranco, N. J., «Reflexiones sobre el bien jurídico a proteger en el delito de acceso informático ilícito (art. 197 bis cp)», *Cuadernos de política criminal*, Núm. 118, 2016, págs. 43-86.
- Devis Matamoros, A., «Criminalización de las fake news en redes sociales: ¿necesidad de intervención o derecho penal simbólico?», *Revista General de Derecho Penal*, Vol. 37, 2022, págs. 1-31.
- *Algunas claves del castigo penal del deepfake de naturaleza sexual*, Iberconect, 2023, Disponible en: <https://www.ibericonnect.blog/2023/07/algunas-claves-del-castigo-penal-del-deepfake-de-naturaleza-sexual/>.
- Dobber, T., Metoui, N., Trilling, D., Helberger, N. y De Vreese, C., «Do (Microtargeted) Deepfakes Have Real Effects on Political Attitudes?», *The International Journal of Press/Politics*, 26(1), págs. 69-91. <https://doi.org/10.1177/1940161220944364>.
- Europol Innovation Lab, «Facing reality? Law enforcement and the challenge of deepfakes», 2022, disponible en: <https://www.europol.europa.eu/publications-events/publications/facing-reality-law-enforcement-and-challenge-of-deepfakes>.
- Europol, «ChatGPT The impact of Large Language Models on Law Enforcement», 2023, Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/criminal-use-of-chatgpt-cautionary-tale-about-large-language-models>.
- Galán Muñoz, A., «La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales», *Revista Penal*, Núm. 24, 2009, págs. 90-107.
- *Libertad de expresión y responsabilidad penal por contenidos ajenos en internet. Un estudio sobre la incidencia penal de la ley 34/2002 de Servi-*

- cios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico, Tirant monografías, Valencia, 2010.
- Gómez Tomillo, M., *Responsabilidad penal y civil por Delitos Cometidos a través de Internet*, Aranzadi, Navarra, 2006.
- Grandi, C., «Positive obligations (garantestellung) grounding criminal responsibility for not having avoided an il-legal result connected to the Ai functioning», *RIDP*, Vol. 94 issue 1, 2023, págs. 67-77.
- Hacker, P., Engel, A. y Mauer, M., «Regulating ChatGPT and other Large Generative AI Models», en ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency (FAccT '23), June 12–15, 2023, págs. 1123-1223.
- High Level Expert Group On Fake News And Online Disinformation, «A multi-dimensional approach to disinformation», 2018, Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>.
- Husovec, M., «Rising above liability: the Digital Services Act as a blueprint for the second generation of global internet rules», *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 38. 2023, págs. 101-137.
- Ice, J., «Defamatory Political Deepfakes and the First Amendment», *Case W. Rsrv. L. Rev*, Vol. 417, 2019, págs. 417-455.
- Juanatey Dorado, C. «Protección penal de la intimidad frente a la utilización ilícita de medios digitales. Un análisis de la reciente doctrina jurisprudencial», *Revista General de Derecho Penal*, 39, 2023, págs. 1-45.
- Kübek, G., «Facing and embracing the consequences of mixity: Opinion 1/19, Istanbul Convention», *Common Market Law Review*, 59(5), 2022, págs. 1465-1500.
- León Alapont, J., «El Derecho penal ante las fake news y la desinformación: una vuelta de tuerca», *Revista General de Derecho Penal*, 39, 2023, págs. 1-59.
- Lloria García, P., «Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral». Especial referencia al «sexting», *La Ley Penal*, N° 105, Sección Estudios, Noviembre-Diciembre, 2013, págs. 1-10.
- «La violencia sobre la mujer en el siglo xxi: sistemas de protección e influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en su diseño», *La Ley Penal*, n° 138, mayo-junio, 2019, págs. 1-21.
- «La difusión de imágenes íntimas sin consentimiento (A propósito de la Sentencia 70/2020 del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2020)», *LA LEY privacidad* , N° 4, Sección El foro de la privacidad, Segundo trimestre de 2020, págs. 1-7.

Maddocks, S., «A Deepfake Porn Plot Intended to Silence Me': exploring continuities between pornographic and 'political' deep fakes», *Porn Studies*, 7:4, 2020, págs. 415-423.

Marí Farinos, E., «La lucha contra la violencia de género en el derecho comparado, con especial referencia a Europa», *Diario La Ley*, N° 9128, Sección Tribuna, 29 de enero de 2018, págs. 1-17.

Mendo Estrella, A., «Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-16, 2016, págs. 1-27.

Miguel Asensio, P. M., «Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: el Reglamento (UE) de Servicios Digitales», *La Ley Unión Europea*, Núm. 109, 2022, págs. 1-48.

Miguel Barrio, R., «El delito de injurias y las redes sociales. El número de 'followers' y otras variables ambientales como elementos de valoración del daño», *Revista de Internet, Derecho y Política*, N.º 36. 2022, págs. 1-13.

Miró Llinares, F., «Penal law and criminalization in the face of the challenges of AI. General report», RIDP, Vol. 2, 2024 (en prensa).

- «Cibercriminalidad y responsabilidad de los prestadores de servicios a la luz de la normativa europea y de su interpretación por los Tribunales españoles», en Gómez Martín, V, (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, España, 2012, págs. 561-584.
- «Injuriar es ofender: apuntes sobre la criminalización de los delitos contra el honor desde el enfoque teórico del daño/ofensa», en M., Cancio Meliá (ed), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barrero*, UAM, Madrid, 2019, págs. 1161-1174.
- «Inteligencia artificial, delito y control penal: nuevas reflexiones y algunas predicciones sobre su impacto en el derecho y la justicia penal», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Vol. 100, 2022, págs. 174-183.

Moraiti, A., «AI Crimes and Misdemeanors: Debating the Boundaries of Criminal Liability and Imputation», RIDP, 2021, págs. 109-122.

Muñoz Conde, F., «La responsabilidad por el producto en el derecho penal español», *Derecho & Sociedad*, Núm. 49, 2017, págs. 253-279.

— *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Núñez Castaño, E., «La relevancia penal de las nuevas tecnologías y su incidencia en los denominados ciberdelitos: especial referencia a los delitos contra la intimidad», *Revista General de Derecho Penal*, Núm. 37, 2023, págs. 1-45.

Pablo Serrano, A., *Honor, Injurias y Calumnias. Los delitos contra el honor en el Derecho histórico y en el derecho vigente español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- Palma Herrera, J. M., «Inteligencia artificial y ciencias penales. Aproximación a las bases de una compleja relación», en Galán Muñoz, A., y Mendoza Calderón, S., (coord.), *Derecho penal y política criminal en tiempos convulsos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 37-70.
- Parlamento Europeo, «*Tackling deepfakes in European policy*», 2021, Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS\\_STU\(2021\)690039](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU(2021)690039).
- Picotti, L., «Traditional Criminal law categories and AI: crisis or palingenesis? General report», *RIDP*, Vol. 94 issue 1, 2023, págs. 11-53.
- Rodríguez Fernández, R. y Garrido Antón, M. J., «Violencia de género a través de internet (ciberviolencia): análisis psicológico-jurídico», *La Ley Penal*, Núm. 154, Sección Estudios, Enero-Febrero, 2022, págs, 1-11.
- Sánchez-Ostiz, P., *A vueltas con la Parte Especial (Estudios de Derecho Penal)*, Atelier, Barcelona, 2020.
- Silva Sánchez, J. M., «¿Hasta qué punto son conductas neutras los servicios de Google, Facebook o Twitter?», *InDret*, 3.2023, págs. 1-3.
- *El riesgo permitido en el Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona, 2022.
- Simó Soler, E., «Retos jurídicos derivados de la Inteligencia Artificial Generativa Deepfakes y violencia contra las mujeres como supuesto de hecho», *InDret*, 2.2023, págs. 1-23.
- Soler Presas, A., ¿»Am I in Facebook? Sobre la responsabilidad civil de las redes sociales on-line por la lesión de los derechos de la personalidad, en particular por usos no consentidos de la imagen de un sujeto», *InDret*, 3/2011, págs. 1-44.
- UK Centre For Data Ethics And Innovation, «Snapshot Paper - Deepfakes and Audiovisual Disinformation», 2020, Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/cdei-publishes-its-first-series-of-three-snapshot-papers-ethical-issues-in-ai/snapshot-paper-deepfakes-and-audiovisual-disinformation>.
- Vaccari, C. y Chadwick, A., «Deepfakes and Disinformation: Exploring the Impact of Synthetic Political Video on Deception, Uncertainty, and Trust in News», *Social Media + Society*, 6(1). 2020, págs. 1-23.
- Valls Prieto, J., «Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24-27, 2022, págs. 1-35.
- Van Der Sloot, B. y Wagenveld, Y., «Deepfakes: regulatory challenges for the synthetic society», *Computer Law & Security Review*, Volume 46, 2022, págs. 1-15.
- Zittrain, J., «The Generative Internet», *Harvard Law Review*, Vol. 119, 2006, págs. 1975-2023.



# CRIMINOLOGÍA



# EL ROL DE CUIDADORA COMO FACTOR CRIMINOVALENTE: LA MUJER RECLUSA EN EL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL

Esther Montero Pérez de Tudela

Jurista de Instituciones Penitenciarias. Doctora en Criminología.  
Colaboradora de la Universidad Loyola Andalucía

Blanca Martín Ríos

Profesora de la Universidad Loyola Andalucía. Doctora en Derecho Penal

**Title:** *The Caregiver's Role as a Criminogenic Factor: Female Inmates within the Spanish Prison System*

**Resumen:** En el marco de una investigación sobre mujeres en prisión, este trabajo se centra, con un enfoque tanto cuantitativo como cualitativo, en explorar el rol de cuidadora asignado a las mujeres reclusas y su eventual relación con la implicación de estas en la delincuencia.

En contra de las teorías clásicas de la criminalidad, que consideran los lazos familiares como un factor criminorresistente —esto es, como un elemento que reduce las probabilidades de implicarse en la delincuencia—, recientes investigaciones señalan que estos vínculos sociales, asociados al rol de cuidadora asignado a la mujer, pueden, en ciertos contextos, propiciar su implicación en la criminalidad.

Tras encuestar y entrevistar, respectivamente, a 302 y 12 mujeres, en seis centros penitenciarios de Andalucía, se pone de manifiesto que algunas decisiones relacionadas con esa labor de cuidado que les ha sido tradicionalmente atribuida (como el eventual abandono de los estudios, el matrimonio prematuro o la precoz maternidad) conducen a situar a la mujer en una situación de vulnerabilidad que favorece su participación en la delincuencia.

Tras la exposición del marco teórico, se muestran en este artículo los objetivos y la metodología utilizada en la investigación «Mujeres en

prisión», para presentar a continuación los resultados obtenidos en relación con el rol de cuidadora de la mujer reclusa. El trabajo concluye con la explicación de las ideas principales que se desprenden del análisis de resultados, así como con una serie de recomendaciones que podrían redundar en beneficio de la población penitenciaria femenina.

**Palabras clave:** mujeres en prisión, reclusas, rol de cuidadora, factores criminógenos

**Abstract:** *Within the framework of research on women in prison, this work focuses, from a quantitative and qualitative approach, on exploring the role of caregiver assigned to women inmates and the eventual relationship between this and their involvement in crime.*

*Contrary to the classic theories of crime, which consider family ties as a criminal resistant factor —that is, as a factor that reduces the chances of getting involved in crime— recent research indicates that family ties associated with the role of caregiver assigned to women, may, in certain contexts, constitute factors that promote their involvement in criminality.*

*After surveying and interviewing 302 and 12 women, respectively, in 6 prisons in Andalusia, it is revealed that some decisions related to this care work attributed to women (such as the eventual abandonment of school studies, early marriage or early maternity), lead to placing her in a situation of vulnerability that favors her involvement in crime.*

*After exposing the theoretical framework, this article sets out the objectives and the methodology used in the «Women in prison» research, to then present the results obtained in relation to the role of caregiver of the inmate woman. The work concludes by exposing the main ideas that emerge from the analysis of results, as well as a series of recommendations that could benefit the female prison population.*

**Key words:** *women in prison, inmates, role of caregiver, criminogenic factors*

**Sumario:** 1. Introducción. – 1.1. La mujer en el sistema penitenciario español: datos estadísticos y características. – 1.2. El rol de cuidadora de la mujer reclusa y la familia como factor criminorresistente en la literatura existente. – 2. Investigación sobre la mujer reclusa en las prisiones de Andalucía. – 2.1. Contexto del estudio y objetivos. – 2.2. Metodología y muestra. – 3. Resultados: el rol de cuidadora de la mujer reclusa como factor criminovolente. – 3.1. Resultados del análisis cuantitativo. – 3.2. Resultados del análisis cualitativo. – 4. Conclusiones y recomendaciones. – 4.1. Conclusiones. – 4.2. Recomendaciones. – 5. Bibliografía

## 1. Introducción

### 1.1. *La mujer en el sistema penitenciario español: datos estadísticos y características*

Según datos de Instituciones Penitenciarias, a septiembre de 2023 había 3.949 mujeres y 52.294 hombres internos en las prisiones españolas, lo que supone que las reclusas representan el 7% de la población penitenciaria en nuestro país<sup>1</sup>. La gran mayoría de las mujeres encarceladas se hallan penadas, representando las preventivas el 6.44% de la población total en prisión provisional y, con relación al total de mujeres, el 16% (es decir, de las 3.949 reclusas a septiembre 2023, 635 se hallaban en prisión provisional).

Atendiendo a las cifras oficiales, España es uno de los estados con mayor tasa de encarcelamiento femenino de Europa occidental, situándose, a finales de 2023<sup>2</sup>, en la decimocuarta posición en cuanto al porcentaje de mujeres en prisión de las administraciones penitenciarias del continente europeo (que son 57). A nivel de la Unión Europea, el último Informe Space I<sup>3</sup> muestra datos similares: mientras que en Europa el porcentaje de mujeres en prisión es aproximadamente del 5%, España supera en más de dos puntos la media, siendo uno de los países con mayor tasa de población carcelaria femenina (Aebi y Tiago, 2021).

En cuanto a la clasificación de la mujer reclusa, predomina el segundo grado de tratamiento, que conlleva la aplicación del régimen ordinario (Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, 2022; Juanatey, 2018)<sup>4</sup>. En septiembre de 2023 un 61.1% de la población carcelaria femenina se hallaba en segundo grado, frente a un 32.4% que estaba en tercer grado (régimen semi-abierto). Si bien estas cifras son similares a las de

<sup>1</sup> Véanse las estadísticas penitenciarias, disponibles en: <https://www.institucionpenitenciaria.es/documents/20126/1077142/SEPTIEMBRE+2023.pdf/dba76bc0-1d71-3522-3d16-4d8de7d96355?version=1.0>. Igualmente interesante resulta el estudio «La situación de la mujer privada de libertad en la Institución Penitenciaria» de 2021. Disponible en: <https://www.institucionpenitenciaria.es>

<sup>2</sup> Véase prisonstudies.org, concretamente: [https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/female-prisoners?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=14](https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/female-prisoners?field_region_taxonomy_tid=14)

<sup>3</sup> El informe Space I recoge las Estadísticas penales anuales del Consejo de Europa relativas a la custodia. Disponible en: <https://wp.unil.ch/space/space-i/annual-reports/>

<sup>4</sup> El sistema penitenciario español se divide en tres grados, correspondiéndose cada uno de ellos con un régimen penitenciario: mientras el primer grado se destina a internos e internas de alta peligrosidad y se corresponde con el régimen cerrado (caracterizado por unas medidas de seguridad más severas), el segundo grado se corresponde con el régimen ordinario (caracterizado por unas medidas de seguridad regulares), y el tercer grado con el régimen abierto o de semi-libertad, para internos e internas en un estado avanzado de su proceso de reinserción y caracterizado por unas medidas seguridad mínimas que permitan al penado o penada tener una vida lo más normalizada posible (Montero Pérez de Tudela, 2019:230).

los hombres, la cantidad de mujeres en tercer grado es ligeramente superior: representando un 7.1% de la población carcelaria total, las mujeres reclusas suponen, sin embargo, el 12.3% de la población clasificada en 3º grado.

Por otra parte, según el último informe anual de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (SGIIPP), el 11.2% de las personas que a finales de 2022 estaban en libertad condicional eran mujeres. Ese año se registraron 2.357 penados/as que pasaron a la situación de libertad condicional; de este grupo, 2.083 eran hombres y 274 mujeres (SGIIPP, 2023:193).

Se observa así una tendencia en cifras absolutas a situar a la población penitenciaria femenina en regímenes que permitan mayores cotas de libertad. Sin perjuicio de la existencia de múltiples factores que deberían ser considerados, además del sexo, lo cierto es que —en contra de otros trabajos que afirman que las mujeres son más a menudo puestas en prisión provisional (véase Juanatey, 2018)—, estas arrojan un porcentaje inferior a los hombres respecto a la prisión preventiva y suponen una mayor proporción (atendiendo a su representación carcelaria) de la población clasificada en tercer grado y de aquella puesta en libertad condicional.

De forma similar a la población interna masculina, los delitos más frecuentemente cometidos por las mujeres reclusas son aquellos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, así como contra la salud pública<sup>5</sup>.

En cuanto a las particularidades de la población carcelaria femenina, diferentes estudios ponen de manifiesto que diversas características sociales y personales de este colectivo hacen que estas mujeres presenten factores de riesgo que influyen en su conducta delictiva (Redondo y Garrido, 2013) y justifican que tengan necesidades distintas a la población penitenciaria masculina (Ballesteros y Almeda, 2015). Esta realidad se ha visibilizado gracias al movimiento feminista y a la introducción de las teorías de género, que en las últimas décadas han denunciado la visión androcéntrica del sistema penitenciario (Almeda, 2017; Bartolomé Guittierrez, 2021; Carlen, 2012; Maqueda, 2014; Masson y Osterman, 2017).

Así, la investigación en este campo pone de relieve, en el caso de la mujer reclusa, la existencia de situaciones de discriminación y exclusión social previas al encarcelamiento (Añaños, 2012; Añaños y García-Vita, 2019; Burgos et al., 2021; de Miguel, 2017; Gallizo, 2012; Igareda, 2006; Pollos Calvo y Montero Pérez de Tudela, 2023; Vasilescu y López-Riba, 2021; Yagüe, 2007), con prevalencia de características muy desfavorecidas, que sería necesario estudiar de forma interseccional (de Miguel, 2016).

<sup>5</sup> Información disponible en [www.institucionpenitenciaria.es](http://www.institucionpenitenciaria.es)

Con una franja de edad predominante entre la población reclusa femenina en España de 41 a 50 años<sup>6</sup> (similar a la masculina), la mayoría de las mujeres indica ser madres, si bien un porcentaje muy alto de ellas son solteras, divorciadas o separadas, con una familia de origen frecuentemente desestructurada (Ballesteros y Almeda, 2015: 174; Picado et al., 2018). A pesar de tratarse de mujeres que tienen habitualmente muchas cargas familiares (Arenas y Durán, 2018; Gea, 2017), y ser a menudo piezas clave en la sostenibilidad familiar, el estado civil mayoritario no es el de casada o pareja de hecho: alrededor de cuatro de cada diez, casi cinco de cada diez en el caso de los centros de mujeres, son solteras (SGIIPP, 2021:20). Sin embargo, la gran mayoría de las internas tienen hijos y, ante la ausencia del padre, son las cuidadoras principales de los menores (un 70%, de acuerdo con el mencionado informe de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, cifras confirmadas por el estudio de Picado et al., 2018; véase también Ballesteros y Almeda, 2015; de Miguel, 2017).

Por otra parte, la representación de mujeres extranjeras o de etnia gitana en prisión es mucho más alta que en la población en general (Equipo Barañí, 2001; García España, 2012; González, 2012; Naredo, 2004), alcanzando el porcentaje de extranjeras, respecto a la población carcelaria femenina, el 24.7% en septiembre de 2023.

Las investigaciones en este ámbito ponen también de manifiesto tanto la presencia de drogas en el entorno cercano de estas mujeres (Álvarez et al., 2021) como un consumo de sustancias mucho más elevado entre las internas (alcanzando un 25%) respecto a la sociedad general (Manzanos, 2007; Masson y Osterman, 2017; Picado et al., 2018), indicando un informe europeo (Arpa, 2017) que la proporción de consumo entre las mujeres en el momento de entrar en prisión puede llegar a alcanzar cifras del 30 al 60%.

Destaca, asimismo, el alto porcentaje de internas con problemas de salud mental en comparación con los hombres (Masson y Osterman, 2017; Prison Reform Trust, 2015),

Recientes estudios muestran, también, una alta tasa de analfabetismo o un nivel muy básico de estudios en esta población penitenciaria, así como una baja cualificación o experiencia profesional y una elevada marginación social y económica, factor relevante tanto para situaciones de victimización como de criminalidad (Picado et al., 2018; Santos, 2021).

El tipo de delitos cometidos por las internas (como se ha indicado, tráfico de drogas a pequeña escala y delitos contra la propiedad) muestra una subordinación de la mujer en el ámbito público, caracterizada por una escasa formación y capacitación profesional. Su actividad delictiva es representativa de personas con un bajo nivel socioeconómico y un alto

<sup>6</sup> Estadísticas penitenciarias disponibles en: <https://www.institucionpenitenciaria.es>

grado de marginación social y económica (Carlen, 2012; de Miguel, 2017, Joiner, 2011; Navarro, 2018) que favorece aún más su estigmatización y persecución (de Miguel, 2016). Esta posición secundaria en lo público contrasta con su importante papel en el ámbito doméstico y privado, donde, como se ha mencionado, son muy relevantes en la sostenibilidad y estabilidad de la familia (Arenas y Durán, 2018; Bartolomé Gutiérrez, 2021: 33 y ss.; Gea, 2017).

Otra característica importante de las mujeres reclutas sobre la que pone el acento la doctrina es la alta tasa de victimización sufrida por este colectivo, superior tanto cuantitativa como cualitativamente a la experimentada por la población libre (Cruells et al., 2005; de Miguel, 2014; Fontanil et al., 2013; The Corston report, 2007). Covington y Bloom (2007a y 2007b) señalan que las situaciones de violencia y maltrato sobre las mujeres presas, padecidas desde la infancia hasta la edad adulta, se sitúan en torno al 80%. Sin embargo, Fontanil et al. (2013) indicaban que un 96.6% de las mujeres entrevistadas habían sido maltratadas en algún momento de su vida, habiendo sufrido dicha violencia el 50% durante su infancia y el 89.3% durante la edad adulta, normalmente, o bien a manos de su padre o su madre, o bien de sus parejas. En la misma línea, el reciente estudio de Picado et al. (2018), sitúa en un 74% el porcentaje de mujeres que han sufrido episodios de victimización a lo largo de su vida, destacando, entre ellas, que el 57% menciona haber sufrido violencia a manos de su pareja.

En la actualidad, aproximadamente el 70% de las reclutas reconoce haber sido víctima de violencia de género antes de su ingreso (SGIIPP, 2021, 5 de marzo, en línea con el informe de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, APDHA, 2020). Sin embargo, según la encuesta de violencia de género realizada a nivel europeo por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2014)<sup>7</sup>, una de cada tres mujeres ha sufrido algún tipo de agresión física o sexual (o ambas) a partir de los 15 años, si bien esas cifras engloban todas las manifestaciones de violencia, no solo la de género. En cuanto a los actos violentos ejercidos por parte de la pareja (actual o anteriores), aproximadamente una de cada cinco mujeres (esto es, cerca de un 20%) dijo haber sido víctima de agresión física o sexual (o ambas). Estos datos muestran cómo la tasa de victimización de las mujeres reclutas es muy superior a la sufrida por aquellas en la sociedad libre (véase al respecto Vasilescu, 2019: 4). Este hecho se refleja en instrumentos internacionales como las Reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de las reclutas y medidas no privativas de libertad para mujeres delincuentes, conocidas como las Reglas de Bangkok (2011: regla 44), que aconsejan tener presente esa victimiza-

<sup>7</sup> Se trata de un informe basado en entrevistas realizadas a 42.000 mujeres en los 28 Estados miembros de la Unión Europea (UE), que refleja que la violencia, especialmente la de género, afecta de un modo desproporcionado a las mujeres.

ción en el tratamiento de las internas, lo que pone de manifiesto que la vinculación entre la victimización previa de estas mujeres y la comisión de sus posteriores delitos es un fenómeno universal (Daly, 2008; Prison Reform Trust, 2015).

### *1.2. El rol de cuidadora de la mujer reclusa y la familia como factores criminorresistentes en la literatura existente*

De la literatura existente sobre esta materia se desprenden dos ideas principales: que el rol de cuidadora atribuido a la mujer hace que esta tenga una carga de sufrimiento extra cuando ingresa en prisión, lo que debería ser un factor que influyera en la evitación de conductas que lleven a dicho internamiento, y que, por norma general, la familia —y por tanto, esos vínculos socio-familiares y esa obligación socialmente asignada a la mujer de cuidado de su linaje—, es considerada normalmente una variable que protege de la criminalidad, esto es, un factor criminorresistente.

Tanto la asunción del cuidado de los hijos y personas vulnerables como la atribución de la responsabilidad del sostenimiento económico y la estabilidad familiar provocan que las mujeres vivan la posibilidad de su estancia en prisión con un mayor sufrimiento que los hombres, al considerar que están desatendiendo las obligaciones propias de su rol, especialmente en aquellos casos en los que se produce un alejamiento geográfico (Yagüe Olmos, 2007:7; Vasilescu, 2019:3 y ss.). Por este motivo, las mujeres presentan en el internamiento mayores niveles de angustia y ansiedad (Charris et al., 2022; Molina-Coloma et al., 2022:128), especialmente cuando no sienten apoyo social o perciben abandono por su núcleo familiar, lo que les influye más que a los hombres, mermando significativamente su autoestima (Herrera y Expósito, 2010) y generando altos niveles de incertidumbre por el mantenimiento de la unidad familiar (Juanatey, 2018).

Como hemos visto previamente, muchas mujeres reclusas indican ser madres, aunque la mayoría de ellas refieren no estar casadas, soportando habitualmente la carga del cuidado de su descendencia y de sus familiares (Almeda y Bodelón, 2007; Arenas y Durán, 2018; Gea, 2017; Navarro, 2018; Ballesteros y Almeda, 2015:174; Picado et al., 2018; ). Como señala Vasilescu (2019), «la reclusión de la figura materna tiene un mayor y peor impacto en los hijos que la reclusión de la figura paterna, ya que, el cuidado del hijo en nuestras sociedades es predominantemente maternal» (p. 4; véase también Malloch y McIvor, 2013). Esto implica, lógicamente, que las internas sientan con frecuencia culpabilidad y preocupación, tanto por la salud emocional de sus hijos e hijas como por la posible pérdida del vínculo especial con su prole, consecuencia del internamiento en prisión, siendo conscientes de las secuelas emocionales que la separación

puede provocar en sus hijos e hijas, así como de las repercusiones negativas que pueden producirse en el apego y la relación afectiva, al ser el cuidado de aquellos y aquellas predominantemente materno (Díaz et al., 2021:72, 75; Joiner, 2011: 9, 10; Masson y Osterman, 2017).

A menudo, la población penitenciaria femenina aprecia que, ante la comisión de un delito, se les juzga con mayor dureza que a los hombres, debido a la perspectiva de género (De Miguel, 2017), sufriendo peores consecuencias y un mayor estigma (Carlen, 2012; Prison Reform Trust, 2015). Este sentimiento sería contrario a la conocida «hipótesis de la caballerosidad», que predica precisamente que existe un trato más favorable hacia la mujer por parte de la justicia; ya en 1950, Pollack defendía que las diferencias entre hombres y mujeres en cuanto a las cifras de criminalidad (la llamada brecha de género), siempre superiores en el caso de aquellos, se explicaban por dos fenómenos: que la actividad delictiva de la mujer solía ser menos visible, por razones biológicas y de roles de género (al haber estado siempre relegada al ámbito privado y haber sufrido un mayor control social informal; véase Hirschi, 1960; Aniyar de Castro, 1984) y que la actitud, de los hombres en general y de la justicia en particular, era más permisiva («caballerosa») y menos rigurosa en relación con la población femenina; así, según esta hipótesis, la policía y los jueces serían menos duros y más flexibles con relación a las mujeres. Explica a este respecto Bartolomé Gutiérrez (2021) que la investigación en la materia no permite afirmar taxativamente esta teoría, señalando expresamente que «no cabe rechazar frontalmente la hipótesis de un trato diferencial, pero sí es importante matizar que lo que parece estar ocurriendo es que en el sistema de Justicia influyen factores de carácter extrajurídico, entre los que se encuentra el género» (p. 38). Como consecuencia, «las decisiones de los tribunales pueden variar en función del delito, del sexo, de la identidad sexo genérica, de la edad, de la raza/etnia y de la clase social, tanto de quien juzga como de quien es juzgado. Esto no siempre se traduce en un trato benevolente hacia las mujeres» (p. 38). Concluye la autora que, en el caso de España, no existen datos que avalen un trato más indulgente hacia este colectivo por parte de la justicia en términos generales, pero sí, sin embargo, una cierta criminalización de las mujeres infractoras, que se traduce tanto en la imposición de penas gravosas por delitos menores como en la ejecución de esas penas en peores condiciones (véase también Pollos Calvo y Montero Pérez de Tudela, 2023).

Además, las internas sienten que, al no poder responder a las conductas de cuidado esperadas, están incumpliendo las expectativas asociadas a su rol, con las que se identifican ellas mismas como mujeres (Santos, 2021:244). A ello hay que sumar las exclusiones que sufren tanto antes de entrar en prisión como al salir en sus procesos de reinserción, especialmente a nivel laboral, consecución de vivienda, etc. (Añaños et al., 2020:7). De hecho, su internamiento conlleva adicionalmente, con frecuencia, estigmatización y rechazo social (Burgos, 2021:75) al conside-

rar como desviada a la mujer delincuente —que no encaja en el estereotipo de género esperado por la sociedad— siendo representada como tal incluso por los medios de comunicación (Actis, 2021: 640; véase también Joiner, 2011:15).

Así, este estigma social al que se enfrentan las mujeres encarceladas por haber roto su rol de cuidadora tiene graves consecuencias una vez que son liberadas, ya que el internamiento modifica tanto su autopercepción —pudiendo albergar la mujer ex reclusa sentimientos de culpabilidad, vergüenza e incapacidad para desempeñar su papel como madre (Gea, 2017: 303; Revelles, 2019)— como la forma en la que son percibidas por su familia, amigos y comunidad, lo que puede dificultar su reincorporación social y laboral.

Por eso, la investigación en la materia suele concluir que, en el caso de las mujeres infractoras, debe promoverse el uso de penas y medidas alternativas, consideradas relativamente menos discriminatorias para ellas que la prisión (aunque, al igual que la pena de prisión, estas medidas fueron diseñadas en base al referente masculino, que constituye el grupo mayoritario en todas las fases del sistema de justicia penal; Vasilescu, 2019: 9; Vasilescu 2020; Malloch y McIvor, 2012).

De otro lado, la existencia de vínculos familiares ha sido tradicionalmente considerada un elemento preventivo de conductas transgresoras (Añaños-Bedriñana et al., 2016: 274). Por ello, el hecho de que la maternidad sea un elemento mayoritariamente presente en la población penitenciaria femenina (Gea, 2017: 293) es una realidad paradójica, que debe explorarse al tratar de explicar las causas que llevan a las mujeres a la comisión de delitos (Charris-Peláez, 2022: 85).

Ciertamente, son diversas las teorías criminológicas que valoran la tenencia de pareja o de hijos como un factor protector o criminorresistente: así, en primer lugar, la doctrina del vínculo social defiende que las personas que tienen relaciones sociales fuertes, como son normalmente las propias del entorno familiar, tienen menos probabilidades de cometer delitos (Hirschi, 1960, Reckless, 1957). Por su parte, la teoría del control social (Hirschi y Gottfredson, 1990) entiende que aquellos con fuertes lazos familiares y comunitarios son menos propensos a realizar conductas delictivas, ya que tienen más que perder si violan las normas sociales. En esta línea, la tesis de la socialización diferencial (Sutherland, 1939) pone de manifiesto que las mujeres suelen tener menos actividad social (lo que restringe las posibilidades de interaccionar con delincuentes) y que el control social sobre ellas es más intenso, por lo que la mujer delinque menos porque su «rol» no se lo permite. Por último, la teoría del aprendizaje social (Bandura, 1977) destaca el papel de la familia en la adquisición de comportamientos pro-sociales y en la prevención de comportamientos antisociales, considerando especialmente su importancia en la evitación de conductas desviadas.

De estas teorías parece deducirse que los roles de género influyen decisivamente en la limitada participación de las mujeres en la delincuencia, ya que dificultan sus oportunidades de comportamientos desviados al hacerles responsables del cuidado de la familia, el hogar y, no pocas veces, de algún familiar enfermo o desvalido. La dedicación exclusiva a la crianza también repercute en que las mujeres se identifiquen más con el papel socializador, al tener que enseñar y hacer cumplir las normas y velar por el mantenimiento de un vínculo que lleva, en ocasiones, a desistir de la comisión de delitos (Aristazábal y Cubells, 2017:7; Commission on Women Offender, 2012; Covington y Bloom, 2003).

Si embargo, no debemos olvidar que las relaciones entre los vínculos sociales y la delincuencia defendidas por estas teorías se construyeron sobre la base androcéntrica que ha dominado la Criminología —como otras ciencias sociales— hasta las últimas décadas (Almeda, 2017; Carlen, 2012; Maqueda, 2014; Masson y Osterman, 2017; Navarro, 2018; Sheehan y Flynn en Sheehan et al., 2007). Indudablemente, estas teorías se construyeron buscando una explicación a la delincuencia de los hombres, no de las mujeres<sup>8</sup>.

Sin embargo, la literatura más reciente (que sigue siendo muy escasa) pone de manifiesto que, para las mujeres, la existencia de una familia que cuidar puede ser un factor que favorezca la comisión de delitos y su implicación en ciertas formas de criminalidad, estableciendo una relación entre el rol de cuidadora que les ha sido asignado tradicionalmente y su entrada en prisión. Ciertamente, desde una perspectiva feminista, en los últimos años, están surgiendo voces que analizan la influencia de los roles de género en la delincuencia como elementos que, todo lo contrario, potencian su participación delictiva (Santos, 2021), considerando que las investigaciones realizadas hasta el momento, centradas en un sistema penitenciario androcéntrico por la mayoritaria presencia masculina en prisión (Manzanos, 2007), habían obviado la variable de géne-

<sup>8</sup> En este punto, es de obligada mención las opiniones de investigadores que consideraban que, a medida que aumentara la igualdad entre hombres y mujeres, y éstas consiguieran su emancipación (en detrimento del control social tradicional ejercido sobre las mismas), las tasas de delincuencia entre hombres y mujeres se equipararían (véase Adler, 1975 o Simon, 1975). La investigación en la materia no ha avalado esta hipótesis, como señala Bartolomé Gutiérrez (2021: 40): en ningún país del mundo mujeres y hombres se han equiparado en tasas delictivas, a pesar de los avances en igualdad y la progresiva emancipación de la población femenina. Señala la autora que, aunque no se hayan detectado incrementos significativos en las tasas de delitos cometidos por mujeres, sí se observa sin embargo una paulatina reducción de la brecha de género en diversos países que han avanzado en igualdad: el acercamiento en las tasas delictivas de mujeres y hombres se ha producido por un significativo descenso de la delincuencia en hombres jóvenes, lo que ha llevado a diversos autores a replantearse la hipótesis de la liberación, en el sentido de que la igualdad puede estar favoreciendo un descenso en los niveles de delincuencia de los hombres en lugar de un aumento en los delitos cometidos por las mujeres (p. 41).

ro, fundamental en la comprensión de este fenómeno (Charris-Peláez et al., 2022: 83).

En síntesis, el papel adjudicado a la mujer de sostén afectivo y económico de la familia tiene dos consecuencias principales: en primer lugar, suelen ser ellas las encargadas del cuidado de los hijos, de aquellos hermanos menores (Picado et al., 2018) y personas mayores, enfermas o vulnerables, lo que, con frecuencia, implica la asunción de responsabilidades y el privilegio de los vínculos con los demás por encima de sus propios derechos y necesidades (Aristazábal y Cubells, 2017: 10). En segundo lugar, esto justifica en gran medida el abandono de los estudios y su escasa formación, que condiciona, posteriormente y, en consecuencia, su muy limitado acceso a los recursos y servicios básicos (Añaños-Bedriñana et al., 2016:270), situación que, en ocasiones, favorece que recurran a la delincuencia para hacer frente a las dificultades que se les presentan (Gea, 2017:293; Romero, 2003:37). Las mencionadas necesidades y limitaciones económicas pueden ser aún más agudas en las familias monoparentales (Ballesteros y Almeda, 2015: 174), circunstancia, como hemos visto, frecuente en la población reclusa femenina, convirtiendo a las internas en personas especialmente vulnerables y susceptibles de adoptar decisiones arriesgadas y/o ilegales (Añaños et al., 2020; Molina et al., 2022: 134; Santos, 2021)<sup>9</sup>.

## 2. Investigación sobre la mujer reclusa en las prisiones de Andalucía

### 2.1. Contexto del estudio y objetivos

Este estudio se desarrolla en el marco de una investigación más amplia, que versa sobre el perfil de la mujer reclusa en las prisiones de Andalucía. Concretamente, el proyecto «Mujeres en Prisión», financiado por la Universidad Loyola Andalucía, tenía por objetivo examinar de 2018 a 2020 los factores de riesgo que presenta este colectivo, centrándonos en los datos socio demográficos (especialmente el contexto familiar) y en las experiencias previas de victimización, información que, por su dificultad, no se desprende de las estadísticas presentadas anualmente por la Institución Penitenciaria.

Al tratarse de un estudio exploratorio no se habían establecido hipótesis formales previas; ahora bien, durante el desarrollo de la investiga-

<sup>9</sup> Ciertamente, la investigación pone de manifiesto que la pobreza y la marginación impactan especialmente sobre las mujeres y pueden favorecer la implicación de muchas de ellas en algunas tipologías delictivas, siendo la marginación económica y la privación de recursos un factor de riesgo muy relevante en las mujeres (véase Barberet, 2014).

ción ciertos aspectos de la biografía de estas mujeres destacaron por su eventual implicación en la futura carrera delictiva. Así, entre los distintos aspectos que resultaron ser merecedores de estudio destaca, como luego veremos, su rol de cuidadora, que condiciona en muchos casos las decisiones a tomar a lo largo de sus vidas.

## 2.2. *Metodología y muestra*

Con objeto de recabar una información completa sobre distintos aspectos de la vida de las internas, se abogó por una metodología tanto de corte cuantitativo como cualitativo: se utilizó un cuestionario ya validado<sup>10</sup> y aplicado en diversas prisiones de Europa y Sudamérica (Ravagnani y Romano, 2013) que consta de 69 preguntas (algunas fragmentadas en varias sub-preguntas) y que abarca el historial personal, sociofamiliar y policial-penal de las entrevistadas. Concretamente se abordan en el cuestionario los datos demográficos e información personal (edad, origen y nivel de estudios), la historia familiar (familia de origen, crianza, nivel de educación de la familia y relación con la prisión, el alcohol y las drogas de sus familiares), la información anterior a la detención (si tenía hijos consigo, con quién vivían y viven y quién ostenta la custodia de los hijos), la salud mental y el consumo de estupefacientes (si ha sido diagnosticada y tratada de problemas psicológicos o psiquiátricos antes del ingreso o durante el mismo y si consumía alcohol y/o drogas antes de la entrada en prisión) y la victimización sufrida durante su vida, entre otros aspectos.

En febrero de 2018 se concedió autorización por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias para la distribución del precitado cuestionario en las prisiones de Alcalá de Guadaira (Sevilla), Córdoba, Huelva, Jaén, Puerto III (Cádiz) y Granada (Albolote), todas ellas con departamento para mujeres, llevándose a cabo entre 2018 y 2019.

Las integrantes de la muestra se seleccionaron de forma aleatoria entre aquellas mujeres que, de forma voluntaria y previo consentimiento informado, accedieron a participar en el estudio en los distintos centros seleccionados. En total, se realizaron 302 cuestionarios<sup>11</sup>, que fueron in-

<sup>10</sup> El cuestionario fue traducido en 2015 y testado sobre una muestra de 60 internas del Centro Penitenciario de Huelva en el marco de la investigación liderada por la Dra. Ravagnani.

<sup>11</sup> Dado el número de mujeres reclusas en las prisiones españolas (3925 actualmente), con una margen de error de 5.5 y un nivel de confianza del 95%, se requiere una muestra de 295 para que sea representativa de la población carcelaria femenina. Esto, unido a la escasez de espacios penitenciarios para mujeres (véase Chávez y Añaños, 2018; Pollos Calvo y Montero Pérez de Tudela, 2023), que son trasladadas cuando se dan motivos de seguridad, familiares, embarazo o próximo parto, nos permite considerar, con la debida cautela y teniendo presente los límites metodológicos presentes (dimanantes de la dimensión de la muestra y del área geográfica de la toma de datos), que las conclusiones

corporados a una base de datos durante 2019 y 2020. El tratamiento de los mismos se efectuó mediante el programa IBM SPSS versión 26, y el análisis estadístico básico consistió en un examen descriptivo.

Con objeto de explorar la vida de estas internas desde un enfoque cualitativo, se desarrolló un protocolo de entrevista que, siguiendo la metodología de historias de vida (Atkinson, 1998; Coffey & Atkinson, 1996; Hernández, 2014; Mercadé, 1986; Sarabia, 1985), aborda las distintas fases de la biografía de estas mujeres, siguiendo la línea temporal, pero cubriendo una serie de aspectos considerados relevantes a efectos de victimización y criminalidad: infancia, escuela, familia adquirida, relación temporal entre victimización y delincuencia, etc.

Se realizaron 40 entrevistas en los distintos centros penitenciarios (9 en Huelva, 7 en Jaén, 8 en Córdoba, 7 en Puerto III y 9 en Alcalá de Guadaira), dada la longitud de las mismas y la complejidad de su transcripción, se han escogido doce<sup>12</sup>, siguiendo criterios de oportunidad, para explorar el eventual rol de cuidadora de estas mujeres y la posible influencia del mismo en su trayectoria delictiva.

Las entrevistas seleccionadas, grabadas en soporte de audio, han sido cuidadosamente transcritas —siguiendo un protocolo de transcripción—, y analizadas de forma sistemática. Con objeto de anonimizar completamente las historias, además de evitar referencias a nombres propios o lugares muy específicos, se ha asignado un código a cada entrevista, formado por la inicial del centro penitenciario donde se realizó seguida de un número asignado en función del orden cronológico de su grabación<sup>13</sup>.

El presente estudio se centra únicamente en los resultados concernientes a aquellas variables relacionadas con el rol de cuidadora.

### **3. Resultados: el rol de cuidadora de la mujer reclusa como factor criminógeno**

#### *3.1. Resultados del análisis cuantitativo*

Como hemos avanzado, del análisis cuantitativo de los datos destacan algunas informaciones relacionadas con el eventual rol de cuidadora

---

de este estudio pueden ser en gran medida extrapolables al conjunto de la población reclusa femenina.

<sup>12</sup> Se seleccionaron así dos entrevistas realizadas en el Centro Penitenciario de Córdoba, dos en Puerto III, dos en Jaén, tres en Huelva y, finalmente, tres en Alcalá, siendo este último centro exclusivamente de mujeres.

<sup>13</sup> Así, por ejemplo, la primera entrevista realizada en Córdoba ha sido codificada como C1, o la tercera entrevista realizada en Alcalá de Guadaira, como A3.

asignado a este sector de población, información sobre la que se centrará este trabajo.

Es destacable que 258 mujeres (es decir, un 85.4% de la muestra) dijeron haber abandonado los estudios por diversos motivos y, de estas, un 74.4% los dejaron por causas ajenas a ellas, mayormente relacionados con el cuidado de la familia, como veremos a continuación. Sin embargo, para entender e interpretar estos datos, debemos retrotraernos al entorno en que crecen estas mujeres y conocer el contexto.

Es llamativo que, de las 297 mujeres que respondieron a las preguntas sobre la familia de origen, sólo un 64.3% se crió con su padre y su madre. Es decir, más de un tercio de la muestra (35.7%) no fue cuidado por ambos progenitores, lo que concuerda con lo señalado anteriormente por la doctrina de que, en muchas ocasiones, cuentan con una familia de origen desestructurada (Ballesteros y Almdeda, 2015: 174; Picado et al., 2018). Dado que la edad media de la población encuestada era de 38 años, la infancia de estas mujeres se remonta a finales del siglo XX, cuando la estructura familiar estándar era la «clásica» (padre y madre). Casi la mitad de las mujeres que no crecieron con ambos padres fueron criadas únicamente por su madre, y las restantes por su padre, madre y padrastro u otro familiar (sólo cinco mujeres dijeron haberse criado en alguna institución o centro de acogida).

Un 20% de la muestra reconoció haber sido asistida en algún momento de la infancia por los servicios sociales, y aproximadamente un 57% de las encuestadas respondieron afirmativamente a la consulta sobre si algún miembro de su familia había estado en prisión. Siendo una pregunta de respuesta múltiple, en la mayoría de los casos (un 54.5%) las internas habían tenido interno a un hermano, un 31.7% a su padre, un 33.5% a su primo, un 32.9% a su tío, un 24.6% a su hermana, un 19.2% a su madre, y un 17% a su tía. Solo un 7.2% dijo haber tenido un abuelo en prisión<sup>14</sup>.

En cuanto al nivel de estudios de la familia de origen, un 35.3% de las internas señalaron que su padre no tenía ningún tipo de estudios, un 17.1% que contaba con la educación primaria obligatoria, un 7.3% que tenía la educación secundaria obligatoria, un 4.5% que su padre había llegado a bachillerato, un 8% que disponía de alguna formación profesional y un 3.8% que había llegado a la universidad. Ahora bien, llama la atención que un 23.8% no sabía el nivel de estudios de su padre. En cuanto a la madre, un 45.2% de las internas señalaron que no contaba con ningún tipo de estudios, un 17.3% que tenía la educación primaria obligatoria, un 5.7% que tenía la educación secundaria obligatoria, un

<sup>14</sup> A eso se añade el hecho de que un 3% de la muestra refirió haber tenido una hija o hijo en prisión y otro 3% haber tenido a su pareja. Por último, un 1.7% dijo haber tenido sobrinos en prisión.

3.9% que su madre había llegado a bachillerato, un 7.4% que disponía de alguna formación profesional y un 4.6% que había llegado a la universidad. El 15.9% de la muestra desconocía los estudios que tenía su madre.

De las preguntas referidas a su familia y su entorno «durante sus primeros 18 años de vida» destacan algunos resultados que ponen de manifiesto la desestructuración familiar y el entorno marginal marcado por la droga, el alcohol y la enfermedad mental.

Así, aproximadamente un 34% de la muestra había convivido durante sus primeros 18 años de vida con alguien que tenía problemas de alcohol (en el 56.1% de los casos su padre y en el 13.6% la madre), casi el 40% de la muestra había convivido durante sus primeros 18 años de vida con personas que vendían o consumían drogas (principalmente su padre —25.7%—, su madre —18.9%—, o su hermano o hermana —23% y 8.1%—). Estos resultados están en la línea de lo señalado previamente por la literatura (Álvarez et al., 2021).

Más de un cuarto de la muestra (29.7%) indicó que sus padres se separaron o divorciaron siendo ella menor; un 46.5% indicó haberse escapado de casa por más de un día antes de los 18 años; un 33.5% afirmó convivir en su casa con alguna persona que tuviera depresión o trastornos mentales cuando era menor y un 18.8% que alguien de su casa había cometido un delito grave (dejando la valoración o percepción de esa gravedad a la subjetividad de cada interna).

En cuanto al nivel de estudios alcanzado antes de entrar en prisión, los resultados se compaginan con las altas tasas de analfabetismo o niveles muy básico de estudios en la población penitenciaria puestos de manifiesto por la doctrina (Picado et al., 2017; Santos, 2021). Así, un 44.7% de la muestra señaló haber llegado a la educación primaria obligatoria o antigua EGB (sin asegurar haberlos terminado), un 18.9% indicó haber iniciado la educación secundaria obligatoria, y sólo un 5% había comenzado bachillerato. Un 3.3% había cursado algún año en la universidad, y sólo una mujer dijo haber realizado un máster. El 13.3% hizo algún tipo de formación profesional o algún curso (destacando, por ejemplo, el curso de peluquería), mientras que un 5% de la muestra afirmó no tener ningún tipo de estudios.

En cuanto a las preguntas referidas a la victimización<sup>15</sup> de estas mujeres, destacan algunos datos:

- A la pregunta de si, de niña, su padre había sido violento en la familia, un 31.3% respondió afirmativamente. La consulta acerca de sobre recaía esta violencia era de opción de respuesta

<sup>15</sup> Las preguntas sobre victimización se focalizaban en la violencia doméstica, violencia física y violencia sexual, y se dividían en dos grupos: unas referidas a la victimización siendo menor y otras referidas a la edad adulta.

múltiple, respondiendo un 55.1% de este grupo que su padre era violento con ella, un 78.7% que lo era con su madrastra y un 36% que lo era con su hermano o hermana.

- A la pregunta de si, cuando ella era niña, su madre había sido violenta en la familia, un 18.9% respondió afirmativamente: un 81.8% dijo que con ellas mismas, un 18.2% expresó que con su padre o padrastro, un 25.5% indicó que con su hermano o su hermana y tan sólo un 0.6% mencionó a su abuela o abuelo.
- Un 41.6% (122 mujeres) de la muestra dijo haber sufrido violencia física siendo menor<sup>16</sup>. Esta violencia era infligida en un 50.9% de los casos por parte de los padres, en un 6% a manos de la pareja de su madre o padre, en un 8.6% por su hermano o hermana y en un 4.3% de los casos por parte de otros parientes (mayormente abuelos y tíos). En un 30.2% de los casos la violencia provenía de alguna persona que no era un familiar (de ellos, el 10.6% por parte de la pareja o expareja).
- Un 26.2% de la muestra (76 mujeres) dijeron haber sufrido violencia sexual cuando eran menores por parte de alguien que tenía al menos cinco años más que ellas, mientras que un 26.3% indicó (además de estos abusos) haber sido obligada por una persona o grupo de personas a mantener relaciones sexuales. A continuación, se preguntó a las internas si, siendo mayores de edad, habían sido víctimas de abuso sexual, a lo que un 28.4% respondió afirmativamente.
- Con relación a la violencia familiar sufrida a lo largo de su vida (esto es, teniendo en cuenta también la edad adulta), llama la atención que un 60% de las encuestadas mencionó haber sufrido violencia en el hogar.

Respecto a la propia actividad delictiva realizada durante la adolescencia, un tercio de la muestra reconoció haber sido detenida siendo menor.

En cuanto a su familia adquirida, 229 mujeres en total (el 75.8% de la muestra) dijeron tener descendencia, lo que concuerda con las investigaciones anteriores, oscilando entre 1 y 12 hijos, y teniendo la mayoría dos descendientes (26.2%). Agrupando las respuestas por categorías, resultó que 43.9% tenían uno o dos hijos y 40.2% contaban con tres hijos o más (el 15.9% de la muestra no tenía hijos). Destaca que (sobre

<sup>16</sup> Con objeto de retener la violencia física de una cierta gravedad, la pregunta se realizó de forma muy descriptiva: «¿Alguna vez has sido golpeada a puñetazos, abofeteada fuertemente, o has recibido patadas o golpes con tal violencia que aún tienes marcas en el cuerpo?» Siendo la pregunta tan «gráfica» llama la atención el porcentaje de internas que respondió afirmativamente.

el global) un 22.5% de las mujeres tenían de 4 a 7 hijos y un 1.2% tenía entre 8 y 12.

Al preguntárseles acerca de cómo mantenían a su prole cuando estaban fuera de la cárcel, el 60.2% dijo que con su propio trabajo, mientras que alrededor del 9% dependían del sustento de su marido o pareja, el 14.8% lo hacía con ayuda familiar y el resto recibía ayudas, prestaciones públicas o pensiones (16%).

La presente investigación arroja datos reveladores al descubrir que la mayoría de las mujeres de la muestra utilizada para este estudio ha visto tanto sus decisiones como su vida condicionadas por su rol de cuidadora, lo cual ha tenido —de forma indirecta— una repercusión en su historia delictiva.

En este contexto, 258 mujeres (un 85.4% de la muestra) expresaron haber abandonado los estudios por diversos motivos, llamando la atención el enorme volumen de internas que dejó de estudiar por causas externas. Tratándose de una pregunta con opción de respuesta múltiple, algunas mujeres marcaron más de una razón para haberlo hecho. Así, de este 85.4%, un 15.9% lo hizo por quedarse embarazada y un 13.2% por casamiento o enlace. Sumando estas dos causas (pues algunas mujeres marcaron ambas), un 26.4% dejó los estudios por embarazo o enlace. Por otra parte, el 3.5% aludió a problemas con la ley, el 21.3% a que no les gustaba el colegio, y el 6.2% a que el colegio no iba «con ellas». Un 8.9% indicó que su familia cambiaba continuamente de domicilio y que por eso no pudieron continuar los estudios, mientras que el 45.7% señaló que tenían que trabajar para vivir y colaborar en casa. Al preguntar sobre las causas más concretas, dejando libertad para escribir la respuesta, llama la atención cómo la mayoría apunta a la obligación de cuidar a la familia como motivo de abandono de los estudios. Así, se reiteran en las narraciones afirmaciones como «tenía que cuidar a mi familia», «ayudar a mi familia», «ayudar a mi madre», «cuidado de la familia», «cuidado de mi padre», «cuidar a mi madre», «cuidar a mis hermanos», «cuidar a mis sobrinos», «ayudar a mi hermana con sus hijos», «ejercer de ama de casa pues era la hermana mayor», etc.

De estas 258 internas que reflejaron el abandono de sus estudios, un total de 192 mujeres señalaron haberlo dejado por causas externas, no por decisión propia. De ellas, y tras crear una variable que aunarla los indicadores vinculados al cuidado de la familia (tales como embarazo, enlace matrimonial, colaboración en casa o trabajo como ama de casa siendo menor, etc.), resulta que esta fue la razón para 177 internas, lo que supone un porcentaje del 68.6%.

Es evidente, por tanto, que el rol de cuidadora juega un papel fundamental en la toma de decisiones de estas mujeres.

### 3.2. Resultados del análisis cualitativo

En la misma línea, del análisis sistemático de las transcripciones de las entrevistas realizadas a las internas se desprenden algunos datos muy relevantes. En un contexto generalizado de marginación social, desestructuración familiar y victimización, existe una doble influencia del rol de cuidadora en la toma de decisiones de estas mujeres.

De un lado, porque tienen asignado un rol de cuidadora por parte de su familia: se trata de contextos marginales donde se parte de la idea de que es la mujer quien tiene que asumir el cuidado de la misma. De otro lado, sin embargo, en otras ocasiones no destaca tanto la asignación externa del rol, sino su asunción por parte de la interna. Así, es común a las historias de estas mujeres una implicación en el mantenimiento, cuidado o sostenimiento económico de la familia a edades muy tempranas, normalmente durante la edad escolar.

En este sentido, una de las internas explicaba cómo, con 11 años, empezó a implicarse en la venta de drogas (avisando cuando venía la policía o conduciendo a los potenciales compradores hasta los puntos de venta) para ayudar a su madre, que usaba la venta de drogas como medio para mantener una familia numerosa (de 5 hijos). En este contexto, inicia su relación de pareja siendo adolescente, con objeto de dejar su hogar, casándose a los 16 años con un hombre que posteriormente la maltrata y la introduce en el consumo de droga. Señalaba la interna, con total claridad: «*Yo me casé sin quererlo. Yo no lo quería*» (entrevista C.1), pues usa el matrimonio de forma instrumental para cambiar de vida.

En esta línea, explicaba en términos muy similares otra entrevistada que sus padres eran adictos y se dedicaban, además, a vender droga, por lo que desde su niñez asumió la responsabilidad de gestionar los asuntos familiares:

«entonces de mi infancia tengo unos recuerdos bonitos, pero la mayoría de ellos son malos. Es lógico, es malo... (mis padres) se pegaban, estaban siempre con la droga, los veía cómo consumían. Ya después cuando fui un poco más grande me obligaban a vender. Mi padre siempre me tenía como su... no sé cómo decirlo, su ayudante» (entrevista H3).

Dada la adicción de sus progenitores, la interna se ocupaba desde que tenía tan sólo 8 años de todas las labores dentro y fuera del hogar, incluidas aquellas relacionadas con el tráfico de droga, bajo la presión añadida de sufrir malos tratos si no lo hacía todo correctamente: «*yo tenía que llevar las cuentas, y si me faltaba algo, me pegaban... si se me perdía algo, me pegaban... (...) Entonces mi prioridad siempre era hacerlo todo bien*» (entrevista H3). Con 16 años, se fue de su casa.

Otro ejemplo claro se deprende de la historia de otra entrevistada que es obligada a ocuparse de su hogar y de sus hermanos (varones) por ser la primera descendiente de sexo femenino. Ante la pregunta de «si ella

iba al colegio de pequeña», la interna afirmaba taxativamente que: «*no, no podía ir porque mientras mis padres trabajaban, yo me tenía que quedar cuidando a mis hermanos...*» (entrevista C2). Se trataba de la cuarta hija de un matrimonio con 7 descendientes («*5 varones y 2 hembras*») que hacía recaer en su primera hija «hembra» las labores domésticas, siendo la segunda hija la séptima descendiente y, por tanto, quedando igualmente al cuidado de la hermana «mayor».

Otro ejemplo ilustrativo lo ofrece la historia de otra mujer que, para «echar una mano» a sus padres, es obligada a dejar la escuela a la edad de 7 años:

«Mi madre hacía el papel de madre, de las madres estas antiguas. Lo que pasa es que yo mi infancia, poquito he tenido, porque con 7 años, me tuve que poner a echarle a mi madre una mano, porque en aquellos tiempos, mi padre no trabajaba, y mi madre se tuvo que poner a trabajar. Yo (era) la mayor de cuatro, entonces pues me tuvo que sacar del colegio, para poder hacerme cargo de mis hermanos» (entrevista J1).

La interna explica que prácticamente no había jugado de pequeña, pues debía ocuparse de la casa, y narra cómo iba a todas partes cargando cubos («*los cubos que había antiguamente de estos así de hierro*»), pues iba a los lavaderos a lavar la ropa; expresa lo difícil que le resultaba el regreso a la casa, ya que, si bien a la ida la ropa iba seca, a la vuelta tenía que ser ayudada por una vecina porque no podía con el peso de la ropa mojada («*no me salía fuerza*»), al ser tan solo una niña.

Junto a este dato, de las historias de vida de las doce mujeres seleccionadas, sobresalen otros elementos en común, muy bien descritos por ellas: además de una importante implicación en el cuidado de la familia a edades muy tempranas, en todos sus relatos destaca, en primer lugar, el hecho de que las internas empezaron a tener pareja formal siendo muy jóvenes (ya sea casamiento, pareja de hecho o convivencia), aproximadamente entre los 13 y los 18 años, y, en segundo lugar, que la mayoría (8 de 12) refiere que se quedó embarazada siendo menor de edad.

Señalaba así una entrevistada que, tras sufrir la separación difícil y conflictiva de sus padres, se va a vivir con su madre y su padrastro, que empieza a maltratarla físicamente con 8 años. Ante tal situación, que su madre permite, se va a vivir con su padre, «juntándose» posteriormente con un hombre gitano cuando cumple 14 o 15 años:

«Mis padres eran mu' jóvenes, mi madre me tuvo con 14 años, mi padre con 17. Se casaron y to', pero no iba bien y entonces, po' se separaron. Mi madre conoció a una persona y ya, hizo su vida (...). Entonces tuve muchos problemas con mi madre... (...). «Mi padrastro no me quería. Al principio cuando yo lo conocí me quería mucho, pero fue a raíz de tener a mi hermano que ya no me quiso, la verdad. Y entonces po' me pegaba». (...) «Entonces me fui con mi padre, no quería estar más con mi padrastro» (...). «Mi pareja es gitano, po' entonces... (...) Me junté con él desde que tenía 14 o 15 años» (entrevista P2).

Además, todas mencionan haber sufrido algún tipo de victimización, existiendo conexiones entre este fenómeno y su rol de cuidadora.

Así, resulta muy interesante que muchas de estas mujeres empiezan a tener pareja siendo muy jóvenes con objeto de huir o salir de su hogar. Ciertamente, como hemos visto, presentan una alta tasa de victimización, y, analizadas sus historias de vida, se observa cómo un elevado número de ellas empiezan sus relaciones íntimas entre los 13 y los 18 años como una forma de salir (más bien huir) de su hogar.

En esta «huida hacia delante», algunas quedan embarazadas, poniéndose en situaciones muy vulnerables, puesto que muchas relatan sufrir violencia por parte de su pareja, de un modo u otro. Se advierte bien de los relatos analizados esta posición de vulnerabilidad, debido a la edad prematura a la que estas mujeres salen de sus casas, edades en la que empiezan relaciones formales con su pareja (casamiento, pareja de hecho o convivencia) y comienzan su maternidad, con hombres normalmente mayores que ellas, y en situación de total o parcial dependencia de ellos, según el caso.

Explicaba así una de las internas cómo se casó con 13 años (matrimonio por el rito gitano) y se dedicó al cuidado de sus hijas; su marido, ocho años mayor que ella, la sometía desde el inicio a malos tratos («*me daba unas palizas enormes*», señalaba la entrevistada) y la desatendía económicamente, dado que era drogadicto (entrevista A2).

En un contexto similar, otra usuaria narraba las palizas que le daba su padrastro, y cómo, con 15 años, inició una relación con un hombre 5 o 6 años mayor que ella, con quien se casó con objeto de marcharse de su casa, y, aunque éste último empezó a pegarle también desde el inicio de la relación, tuvo seguidamente cuatro hijos con él (entrevista P2).

En esta línea, otra de las internas, cuidada en su infancia principalmente por su abuela (al trabajar sus padres) atendió desde niña a su hermana pequeña, que tiene esclerosis múltiple. Finalmente, inició una relación con un hombre 12 años mayor que ella, con el que acabó casándose con 19 años y del que dependía económica y emocionalmente, dedicándose ella al cuidado de sus dos hijas que tuvo tras el casamiento y sufriendo los problemas de alcoholismo de su marido, quien la abandonó años después, dejándola desamparada:

«me llevaba 12 años, hasta que nos casamos bien, muy bien. Pero claro al ser marinero... (...) y después a vivir con mis suegros, y en vez de entregarme a mí el sueldo, se lo daba a su madre. Yo pa' que... pedir los pañales pa' la niña, pues a mis suegros, que bueno, gracias a Dios, muy bien con ellos... (...) Me acostumbré a todo, a todo. Después cuando me separé, claro... (...) Tomé pastillas pa' matarme. Estuve ingresada» (entrevista P1).

La dependencia emocional de su marido la llevó a intentar suicidarse tras la decisión de este de divorciarse de ella, llegando a estar ingresada

en una clínica donde le hicieron un lavado de estómago. La inestabilidad emocional se instaura entonces en su vida hasta que encuentra otro hombre:

«(¿Y cómo fue ese tiempo?) Un año bien, un año mal. Me acordaba. Todo. Todo. Hasta que conocí a uno (...). Nos enrollamos y me dijo «sí, te voy a llevar para Almuñécar que yo allí tengo trabajo, cogemos la chirimoya». Y bueno, y yo como una tonta, ciega de lo que es, que no conocía nada, me fui» (entrevista P1).

Otro ejemplo claro de «huida hacia delante» (entre muchos) se desprende de la historia de una de las internas que, tras el abandono de su madre, había sido criada por su abuela, quien infligía malos tratos sobre ella y sus dos hermanas desde los 3 o 4 años (desde sus «*primeros recuerdos*»). Por ello, decide «echarse novio» a los 13 o 14 años e irse posteriormente de casa, iniciando una vida desestructurada en la que acaba cayendo en el consumo de droga y alcohol:

«Mi padre siempre ha estao' trabajando. Él ha estao' pero ha estao' ausente» (...). «Yo lo que veía de mi madre era que nos dejaba encerradas y la veía pinchándose y que nos abandonaba» (...). «Y nos dejaba solas y después viviendo con mi abuela paterna, que es súper machista y nos tenía a las dos... (nos decía) «Sois unas putas como vuestra madre», y a pegarnos... Puff, fue horroroso...». «Hasta que conozco el padre de mis hijos (...) me eché novio, el padre de mis hijos, vamos... tendría, 13 o 14 años. Mu' joven» (entrevista A3).

Esta misma interna relata cómo desde muy niñas (con 5 años), ella y sus hermanas estaban obligadas a robar, pues su abuela no les permitía entrar en casa si no traían alimento (u otros objetos), ya que tenían que colaborar con el sostenimiento económico del hogar:

«Recuerdo aquí en Sevilla, en Galerías Preciados. Dice (la dependienta) «¿No le da vergüenza, señora?»... Dice (mi abuela) «¿A mí me va a decir ladrona? ¿A mí?». Dice (la dependienta) «¡Pero, si sus nietas están robando!». Yo me acuerdo que tenía un abrigo y tenía un agujero y yo iba soltando las cosas, por el agujero... (...). Yo recuerdo esas cosas... Y... mi primo llorando en la puerta, llorando los dos, y nosotras. Claro, nosotras ya estábamos acostumbradas» (entrevista A3).

Estos ejemplos ponen de manifiesto la concurrencia de unos elementos comunes en las vidas de estas mujeres: existe una victimización previa o posterior a una serie de toma de decisiones influidas por el rol de cuidadora. Es curioso que en todos los relatos existe un momento detonante en el que la implicación en el cuidado de la familia condiciona sus decisiones, pasando todo los demás —esto es, otros aspectos de la vida como la educación, la formación o el trabajo (el desarrollo personal)— a un segundo o tercer plano.

La existencia de una situación de victimización (malos tratos en el hogar o desatención parental), desestructuración familiar o ausencia de control social, lleva a estas mujeres a una temprana asunción de respon-

sabilidad en el cuidado del hogar y en el sostenimiento de la familia, a la vez que favorece un inicio de relaciones de pareja a edades muy prematuras que conlleva una implicación precoz en la maternidad, pasando a ser el rol de cuidadora su papel fundamental tanto en su estructura familiar de origen como adquirida.

Esa intervención tan adelantada en el cuidado del hogar (mediante el matrimonio o la maternidad prematuros) y el desarrollo de esos vínculos familiares tan estrechos a edades tan precoces generan una situación de debilidad y dependencia que favorece la victimización.

De las entrevistas analizadas, todas menos tres habían sido madres antes de los 21 años, la mayoría antes (o durante) los 18 años, ocupando a partir de ese momento sus roles de esposa, de pareja y de madre el lugar principal entre sus obligaciones, siendo relegadas al ámbito doméstico y creando una fuerte dependencia de la figura masculina que, lógicamente, pone a la mujer en una situación de vulnerabilidad, en ocasiones, extrema.

## 4. Conclusiones y recomendaciones

### 4.1. Conclusiones

De los resultados expuestos pueden extraerse una serie de ideas.

En primer lugar, si bien no podemos afirmar que, en las reclusas entrevistadas, exista una relación directa entre el rol de cuidadora y su implicación en la delincuencia, sí podemos sostener que existe una vinculación indirecta, en tanto que la asunción de esta responsabilidad condiciona, sin duda, muchas de las decisiones que han llevado a estas personas a la comisión de delitos. La labor de cuidado asignada a estas mujeres está presente de forma continua en su toma de decisiones.

Así, encontramos que la atribución de este rol de cuidadora ha influido en una serie de factores a menudo vinculados con la delincuencia, ya que este papel de cuidado y protección de la familia ha condicionado el abandono de los estudios y, por tanto, la falta de una mejor formación profesional, lo que está relacionado en muchas ocasiones tanto con la ausencia de experiencia laboral como con la existencia de ciertas carencias emocionales y situaciones de vulnerabilidad.

Ciertamente, la implicación temprana de estas mujeres en el cuidado del hogar (por enlace o maternidad prematura) genera situaciones de fragilidad y dependencia, que lógicamente favorecen la victimización.

Aunque la relación entre la victimización de estas mujeres reclusas y su rol de cuidadora es muy compleja y difícil de definir, es evidente que del análisis cuantitativo y cualitativo se desprende la existencia de

un vínculo: muchas de las internas recurren al inicio de una relación sentimental temprana como forma de huir de una situación de violencia, maltrato o abandono en su hogar, convirtiéndose en esposas o parejas y madres a una edad prematura y situándose en una situación de extrema vulnerabilidad en la que dependen económica y emocionalmente de su pareja o de la familia de esta. En este sentido, las internas refieren haber sufrido una victimización favorecida, en muchos casos, por la mencionada dependencia de la pareja, precisamente a raíz del inicio precoz e inmaduro de su relación sentimental y/o de su maternidad.

Así, si bien en la literatura existente la vinculación familiar suele ser considerada generalmente como un factor *criminorresistente*, la aparición de estas obligaciones y lazos familiares tan estrechos (como el matrimonio o la maternidad), a edades tan tempranas y en unos contextos tan complejos (de victimización y desestructuración), tienen una influencia negativa en el desarrollo personal de estas mujeres. De esta manera, circunstancias a menudo valoradas como protectoras frente a la implicación en la delincuencia, como pueden ser la tenencia de hijos (que normalmente se considera un motivo para mantener una vida acorde a la ley con objeto de evitar la prisión) y la existencia de vínculos familiares (pareja o marido), juegan aquí un rol totalmente opuesto, condicionando las decisiones de estas mujeres en el sentido contrario. En efecto, el abandono de los estudios, la ausencia de formación, la falta de experiencia laboral o la victimización (en cualquiera de sus manifestaciones) son factores a menudo relacionados con la delincuencia, lo que se aprecia igualmente en la muestra cuantitativa y cualitativa analizada.

Por tanto, y, en conclusión, como hemos señalado, si bien no podemos establecer una relación directa entre el rol de cuidadora de la mujer reclusa y su implicación en la delincuencia, sí podemos decir que la atribución de este papel condiciona una serie de decisiones en las vidas de estas mujeres que dan lugar a la existencia de factores *criminovalentes*, esto es, de elementos a menudo relacionados estadísticamente con la delincuencia (como la ausencia de educación o la falta de medios económicos).

#### 4.2. Recomendaciones

En este contexto, se hace necesario emprender acciones que, dentro de la Institución Penitenciaria, influyan o modifiquen ese rol de cuidadora asignado a la mujer reclusa y traten la referida victimización, de forma que se impida que estas mujeres vuelvan a verse envueltas en un proceso de toma de decisiones influidas por dicho papel. A este respecto es necesario hacer previamente dos precisiones.

En primer lugar, la persona que ingresa en prisión tiene acceso, en su consideración de «delincuente», a una amplia oferta tratamental, si bien

estos programas se orientan a «infractores» (sin que existan programas que traten a la persona como víctima) y son métodos de tratamiento (para drogodependientes, agresores sexuales, personas violentas, etc.) que se realizan para determinadas tipologías y perfiles delictivos, pero que solo ocasionalmente abordan otros aspectos de la persona como aquellos relacionados con la eventual victimización, situación traumática o vulnerabilidad.

En segundo lugar, ya existe en algunos centros un programa específicamente diseñado para la población penitenciaria femenina (el programa «Ser Mujer»<sup>17</sup>), que, implantado en 2011 y dirigido a la prevención de la violencia de género, tiene como objetivo tanto la previsión de estas conductas como el tratamiento de las internas que la hayan padecido y necesiten un mayor grado de intervención. Por medio de este sistema, se pretende mejorar en estas mujeres la inteligencia emocional (la gestión de emociones), el conocimiento de sí mismas, el desarrollo de estrategias que les permitan enfrentarse a sus vidas consiguiendo un mayor equilibrio emocional y bienestar personal y, en resumen, el empoderamiento de la mujer reclusa. Ahora bien, se trata del único programa de este tipo que existe actualmente, sólo se aplica en algunos centros y se focaliza únicamente en la violencia de género, siendo esta, como hemos visto, sólo uno de los tipos de violencia y victimización que sufren estas mujeres.

Por tanto, se hace necesaria una mayor intervención en áreas que impulsen ese empoderamiento de la mujer, tan necesario en este sector de población.

En este sentido, se recomienda fortalecer la formación educativa y laboral de las reclusas, de forma que se les haga más independientes, lo que puede alcanzarse mediante la obligatoriedad de la educación básica y una mayor oferta de formación profesional y orientación laboral, aspectos, de otro lado, que son demandados por las propias internas durante las entrevistas. Las mujeres encuestadas y entrevistadas han puesto de manifiesto la necesidad de formación profesional y ayuda a la inserción laboral antes y después de la salida de prisión como único medio para superar sus dificultades: a este respecto, no debemos olvidar que sería bueno que no se ofertaran únicamente actividades laborales que perpetúan los roles de género (tales como peluquería o cuidado de personas mayores)<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Véase: <https://www.institucionpenitenciaria.es/es/web/home/reeducacion-y-reinsercion-social/programas-especificos-de-intervencion/mujeres>

<sup>18</sup> Con relación a este tema, señalaba literalmente y de forma ilustrativa una de las entrevistadas, víctima de malos tratos en la infancia y durante su matrimonio: «*a mí la única manera de que me pudieran ayudar... es mandándome a alguien que me ayudara a encontrar un trabajo*» (entrevista C2), pues en su opinión esta era la única opción

En esta línea, se hace necesaria la proliferación de más programas basados en la educación en valores, con objeto de modificar esas ideas preconcebidas (asunciones básicas) inherentes al rol de cuidadora. Solo proporcionando herramientas para el empoderamiento e independencia de estas mujeres y desmontando ese papel de sostén afectivo y económico que tienen tan arraigado, puede romperse la dinámica «cuidado-vulnerabilidad-victimización» manifestada en las historias de vida de las mujeres reclusas.

Es igualmente fundamental, y, en este caso, con relación a toda la población penitenciaria, el fomento de la educación en materia de igualdad: esto es, el desarrollo y propagación de talleres que versen sobre este tema. Aunque este tipo de programas se imparten de manera informal en algunas prisiones y existen de forma estructurada en medio abierto, las fuertes desigualdades de género que caracterizan el entorno de estas mujeres hacen necesaria una intervención mayor y más organizada.

Aunque la Institución Penitenciaria se rige por un principio de no discriminación, el hecho de que, como hemos visto, la gran mayoría de la población penitenciaria esté conformada por hombres y, en consecuencia, todo el sistema haya sido históricamente diseñado para ellos, da lugar a que todavía sean necesarias muchas acciones dirigidas a la visibilización de la mujer reclusa, a tratar sus necesidades específicas y desarrollar intervenciones tratamentales apropiadas para este colectivo. Concretamente, se hace necesario, a la luz de esta investigación, apostar por un mayor empoderamiento de la mujer reclusa, realizar acciones — actividades, programas o intervenciones — orientadas al establecimiento de una igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, y, sin duda, reorientar la política penitenciaria hacia estos objetivos.

## 5. Bibliografía

- Acale Sánchez, M. (2017). El género como factor condicionante de la victimización y de la criminalidad femenina. *Papers. Revista de Sociología*, 102(2), 1-30. <https://doi.org/10.5565/rev/papers.2337>
- Actis, M. F. (2021). La construcción de la delincuencia femenina en las tramas de la criminología mediática, en *Revista de Investigaciones Feministas*, 12(2), 639-652.
- Adler, F. (1975). *Sisters in crime: The rise of the new female criminal*. McGraw-Hill.

---

viable para poder desvincularse del entorno que había propiciado su implicación en la delincuencia y para poder ser independiente.

- Aebi, M. F. y Tiago, M. M. (2021). Space 1-2020 – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations. Strasbourg: Council of Europe. [https://wp.unil.ch/space/files/2021/04/210330\\_FinalReport\\_SPACE\\_I\\_2020.pdf](https://wp.unil.ch/space/files/2021/04/210330_FinalReport_SPACE_I_2020.pdf)
- Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2014). *Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE*. Bélgica. Disponible en: [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14\\_es.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_es.pdf)
- Almeda, E. (2017). Criminologías feministas, investigación y cárceles de mujeres. Papers. *Revista de Sociología*, 2(102), 151-181. <http://dx.doi.org/10.5565/rev/papers.2334>
- Almeda, E. y Bodelón, E. (2007). *Mujer y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género*. Dykinson.
- Álvarez Pérez, R., Mimbrero Mallado, C. y Delgado Baena, J. (2021). *Mujeres, prisión y drogodependencias: la realidad de las mujeres con problemas de drogodependencias en las cárceles de Andalucía*. Consejería de Salud y Familias. Junta de Andalucía 2021. <https://www.f-enlace.org/wp-content/uploads/2021/05/Mujeres-Prisión-y-Drogodependencias.pdf>
- Aniyar de Castro, L. (1984). La Educación como forma de control social. *Capítulo Criminológico*, 37-51.
- Añaños-Bedriñana, F. T.; Llorente Moreno, L. y Chávez Torres, M. (2016). Educación y reinserción de los jóvenes en prisión, *RES: Revista de Educación Social*, (22), 262-277.
- Añaños, F.T. y García-Vita, M.M (2019). Gender Issues around Female Criminality. En V. Pérez de Guzmán, E. Bas Peña y M. Machado Casas (Eds.), *Gender Issues in Latin America and Spain: Multidisciplinary Perspectives*, 231-253.
- Añaños, F.T, Nistal, J. y Moles, E. (2020). La reincidencia penitenciaria en España: género, factores asociados y prevención. *Psychology, Society & Education*. 13(2), 1-10. <https://doi.org/10.25115/psy.v13i2.3489>
- Arenas García, L. y Durán Durán, A. (2018). Resiliencia y su relación con variables personales, penales y penitenciarias en mujeres presas. *Boletín Criminológico*, 180, 1-11. <https://revistas.uma.es/index.php/boletin-criminologico/article/view/6831>
- Aristazábal Becerra, L.A. y Cubells Serra, J. (2017). Delincuencia femenina y desistimiento, factores explicativos. *Universitas Psychologica*, 16(4), 1-14. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.upsy16-4.dfdf>
- Arpa, S. (2017). *Women who use drugs: Issues, needs, responses, challenges and implications for policy and practice*. Lisbon, Portugal: EMCD-DA Papers, Publications Office of the European Union. [https://www.emcdda.europa.eu/document-library/women-who-use-drugs-issues-needs-responses-challenges-and-implications-policy-and-practice\\_en](https://www.emcdda.europa.eu/document-library/women-who-use-drugs-issues-needs-responses-challenges-and-implications-policy-and-practice_en)

- Asociación Pro-Derechos Humanos de Andalucía (2020). *Informe sobre la situación de las mujeres presas. Sevilla: Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía*, Área de Cárcel de la APDHA. Disponible en: <https://apdha.org/media/Informe-APDHA-situacion-mujer-presa-web.pdf>
- Atkinson, R. (1998). *The life story interview*. London. Sage Publications.
- Ballesteros Pena, A., y Almeda Samaranch, E. (2015). Políticas de igualdad en las cárceles del siglo xxi. Avances, retrocesos y retos en la práctica del encarcelamiento femenino. *Praxis Sociológica*, 19, 161-186.
- Bandura, A. (1977). *Social Learning Theory*. Prentice-Hall.
- Barberet, R. (2014). Feminist Criminology: Scholarly Journal and Feminist Project. *Feminist Criminology*, 0(0). <https://doi.org/10.1177/1557085114558354>
- Bartolomé Gutiérrez, R. (2021). *Mujeres y delincuencia*. Madrid. Síntesis.
- Burgos Jiménez, R; García Tardón, B.; Martín Solbes, V. y Pozuelo Rubio, F. (2021) El enfoque de género en la intervención socioeducativa con mujeres: un estudio en el medio penitenciario español. *Psychology, Society & Education*. 13(1), 73-83. DOI 10.25115/psye.v10i1.3474, <http://hdl.handle.net/10835/10431>
- Carlen, P. (2012). Women's imprisonment: an introduction to the Bangkok Rules. *Revista Crítica Penal y Poder*, 3, 148-157. [https://www.ucipfg.com/Repositorio/EPDP/Curso%20002/bloque\\_academico/Unidad05/Pat\\_Carlen\\_Ruleso%20Bangkok.pdf](https://www.ucipfg.com/Repositorio/EPDP/Curso%20002/bloque_academico/Unidad05/Pat_Carlen_Ruleso%20Bangkok.pdf)
- Charris-Peláez, V. M., Salas-Manjarrés, A.P., Merlano-Villalba, A., Kleber-Espinosa, J. M., Jiménez-Prestan, D., y Quiroz-Molinares, N. (2022). ¿Por qué delinquen las mujeres?: enfoque de género en la conducta delictiva, contexto penitenciario y tratamiento. *Revista Criminalidad*, 64(1), 83-94. <https://doi.org/10.47741/17943108.333>
- Chávez Torres, M. y Añaños, F. T. (2018). Mujeres en prisiones españolas. Violencia, conflictos y acciones para la paz. *Relaciones. Estudios de Historia y Sociedad*, 39(155), 9-41. <https://doi.org/10.24901/rehs.v39i155.313>
- Coffey, A. y Atkinson, P. (1996). *Making sense of qualitative data: Complementary Research Strategies*. London. Sage.
- Commission On Women Offenders (2012). Commission on Women Offenders: final report. Scottish Government.
- Covington, S. y Bloom, B. (2003). *Gendered Justice: Women in the Criminal Justice System*, Carolina Academic Press, 1-20
- (2007a). Gender Responsive Treatment and Services in Correctional Settings. In Elaine J. Leeder (Ed.), *Inside and Out: Women, Prison and Therapy*. Routledge.

- Covington, S. y Bloom, B. (2007b). Gender-responsive treatment and services in correctional settings, *Women and Therapy*, 29, 9-33. DOI:10.1300/J015v29n03\_02
- Cruells, M., Torrens, M. e Igareda, N. (2005). Violencia contra las mujeres: análisis de la población penitenciaria femenina. Barcelona. Surt. <https://www.inmujeres.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE0804.pdf>
- Daly, K. (2008). Feminist Perspectives in Criminology: A Review with Gen Y in Mind. En McLaughlin, Eugene y Newburn, Tim (Eds.), *The Handbook of Criminal Theory*. London. Sage.
- De Miguel Calvo, E. (2015). *Relaciones amorosas de las mujeres encarceladas*. Bilbao: Euskal Herriko Unibertsitatea / Universidad del País Vasco.
- (2016). Mujeres, consumo de drogas y encarcelamiento. Una aproximación interseccional. *Política y Sociedad*, 53(2), 529-549. [https://doi.org/10.5209/rev\\_POSO.2016.v53.n2.47421](https://doi.org/10.5209/rev_POSO.2016.v53.n2.47421)
- (2017). Explorando la agencia de las mujeres encarceladas a través de sus experiencias amorosas. *Revista de Sociología*, 102(2), 311-335. <https://doi.org/10.5565/rev/papers.2340>
- Díaz Fernández, A.; Peña Alba, A.; Martínez Pérez, A y Guerra Martínez, A. (2021). Tú vales por lo que eres. El espejismo de un cambio en la relación de los niños/jóvenes con madres en reclusión. *Calle 14: revista de investigación en el campo del arte*, 16(29), 68-77. <https://doi.org/10.14483/21450706.17402>
- Equipo Barañí (2001). *Mujeres gitanas y sistema penal*. Madrid. Editorial Meytel.
- Fontanil Gómez, Y., Alcedo Rodríguez, M. A., Fernández, R. y Ezama Coto, E. (2013). Mujeres en prisión: un estudio sobre la prevalencia del maltrato. *RES. Revista Española de Sociología*, 20, 21-38. <https://recyt.fecyt.es/index.php/res/article/view/65324>
- Gallizo Llamas, M. (2012). Concepción Arenal y la humanización del sistema penitenciario. Pasado, presente y futuro del reto humanista en las prisiones. *Acciones e Investigaciones Sociales*, 32, 45-59. [https://doi.org/10.26754/ojs\\_ais/ais.201232687](https://doi.org/10.26754/ojs_ais/ais.201232687)
- García-España, E. (2012). Las otras poblaciones presas: mujeres y extranjeros. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (7), 407-422. <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24603>
- Gea Fernández, M. J. (2017). Maternidad en prisión. Situación de los hijos e hijas que acompañan a sus madres compartiendo condena. *Papers. Revista de Sociología*, 102(2), 287-310. <https://doi.org/10.5565/rev/papers.2339>
- González Sánchez, I. (2012). La cárcel en España: mediciones y condiciones del encarcelamiento en el siglo xxi. *Revista de Derecho Penal y*

- Criminología*, (8), 351-402. <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24592>
- Hernández, R. (2014). La investigación cualitativa a través de entrevistas: su análisis mediante la teoría fundamentada. *Cuestiones Pedagógicas*, 23, 187-210.
- Herrera Enríquez, M<sup>a</sup>. C. y Expósito Jiménez, F. (2010). Una Vida entre Rejas: Aspectos Psicosociales de la Encarcelación y Diferencias de Género. *Psychosocial Intervention (online)*, 19(3), 235-241.
- Hirschi, T. (1969). *A Theory of Delinquency*. Transaction Publishers.
- Hirschi, T. y Gottfredson, M. (1990). *A General Theory of Crime*. Stanford University Press.
- Igareda, N. (2006). Mujeres, integración y prisión. *Boletín Criminológico*, (86), 1-4. <http://www.boletincriminologico.uma.es/boletines/86.pdf>
- Joiner, M. (2011). *What is the impact of gender-responsive treatment on women offenders?*. College of Professional Studies Professional Projects, Paper 31, 1-80. [https://epublications.marquette.edu/cgi/view-content.cgi?article=1026&context=cps\\_professional](https://epublications.marquette.edu/cgi/view-content.cgi?article=1026&context=cps_professional)
- Juanatey Dorado, C. (2018). Delincuencia y población penitenciaria femeninas: situación actual de las mujeres en prisión en España. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (20-10), 1-32. <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-10.pdf>
- Malloch, M. y McIvor, G. (2013). *Women, Punishment and Social Justice: Human Rights and Penal Practices*. USA and Canada: Routledge (colección Routledge Frontiers of Criminal Justice).
- Manzanos, C. (2007). Vivencias y percepciones de las mujeres presas de su discriminación en las cárceles ubicadas en el País Vasco. En Bodelón, E. y Almeda, E. (Eds.), *Mujeres y castigo. Un enfoque sociojurídico y de género*. Madrid. Dykinson.
- Maqueda, M.L. (2014). Razones y sin razones para una Criminología Feminista. Dykinson. Madrid.
- Masson, I. y Osterman, L. (2017). Working with female offenders in restorative justice frameworks. Effective and ethical practice, *Probation journal*, 4(64), 354-371. <https://doi.org/10.1177/0264550517728784>
- Mercadé, F. (1986). Metodología cualitativa e historias de vida. *Revista internacional de sociología*, 295-319.
- Ministerio del Interior (2022). *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2021*. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica.
- Molina-Coloma, V.; Pérez, J.I. y Salaberria, K. (2022). Perfil Sociodemográfico, Delictivo y Psicopatológico en una Muestra de Mujeres en Prisión. *Revista Iberoamericana de Diagnóstico y Evaluación – e*

- Avaliação Psicológica. RIDEPEP, 1(62), 127-136* <https://doi.org/10.21865/RIDEP62.1.10>
- Montero Pérez de Tudela, E. (2019). La reeducación y la reinserción social en prisión: el tratamiento en el medio penitenciario español. *Revista de estudios socioeducativos (RESED)*, 7, 227-249. Disponible en: <https://revistas.uca.es/index.php/ReSed/article/view/4421/5510>
- Naredo Molero, M. (2004). ¿Qué nos enseñan las reclusas? La criminalización de la pobreza desde la situación de reclusas gitanas. *Humanismo y trabajo social*, 3, 67-94. <https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/1447/NaredoMolero.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Navarro, C. (2018). L'execució de la pena de presó. Peculiaritats de l'execució penal femenina. Cátedra UAB-CICA: Observatori Social i Econòmic de la Justícia. <https://www.cicac.cat/wp-content/uploads/2018/03/Informe-execucio%CC%81-penal-femenina.pdf>
- Picado Valverde, E. M., Yurrebaso Macho, A., Martín Sánchez, F. y Álvarez Mateos, S. (2018). Análisis de los factores de victimización en mujeres delincuentes. *Boletín Criminológico*, (177), 1-8. <http://www.boletincriminologico.uma.es/boletines/177.pdf>
- Pollak, O. (1950). *The criminality of women*. University of Pennsylvania Press.
- Pollos Calvo, C. y Montero Pérez de Tudela, E. (2023). *Mujeres en la Administración Penitenciaria: penadas, preventivas y las empleadas públicas*. España. Tirant Lo Blanch.
- Prison Reform Trust (2015), Why focus on reducing women's imprisonment?, Publications Prison Reform Trust. London. [http://www.antonicasella.eu/nume/PRT\\_womens\\_2015.pdf](http://www.antonicasella.eu/nume/PRT_womens_2015.pdf)
- Ravagnany, L. y Romano, C. A. (2013). *Women in prison. Indagine sulla detenzione femminile in Italia*. Italia. Editorial Pensa Multimedia
- Reckless, W. C. (1957). *The Crime Problem*. Appleton-Century-Crofts.
- Redondo, S. y Garrido, V. (2013). *Principios de Criminología* (4.a ed.). Tirant lo Blanch.
- Reglas de Bangkok (2011). *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para mujeres delincuentes*, Organización de las Naciones Unidas.
- Revelles Carrasco, M. (2019). Género y delincuencia: de la exclusión a la criminalización. *Revista de Estudios Socioeducativos*, (7), 137-153. [http://dx.doi.org/10.25267/Rev\\_estud\\_socioeducativos.2019.i7.09](http://dx.doi.org/10.25267/Rev_estud_socioeducativos.2019.i7.09)
- Romero Mendoza, M. (2003). ¿Por qué delinquen las mujeres? Parte II. Vertientes analíticas desde una perspectiva de género. *Salud Mental*, 26(1), 2003, 32-41.

- Santos Sánchez, L. (2021). Mujer y delincuencia. Revisión bibliográfica. *Revista de Criminología, Psicología y Ley*, (6), 211-244.
- Sarabia, B. (1985). Historias de Vida. *Revista Española de Investigaciones Sociales*, (29), 165-186.
- Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (2019). *Evaluación de la eficacia de un programa de tratamiento para el empoderamiento de mujeres en prisión. Programa Sermujer.es*. Disponible en: [https://www.institucionpenitenciaria.es/documents/20126/72836/Evaluacion\\_de\\_la\\_eficacia\\_de\\_un\\_programa\\_tratamiento\\_empoderamiento\\_mujer\\_prision\\_SerMujer\\_126190502\\_web\\_vf.pdf](https://www.institucionpenitenciaria.es/documents/20126/72836/Evaluacion_de_la_eficacia_de_un_programa_tratamiento_empoderamiento_mujer_prision_SerMujer_126190502_web_vf.pdf) 1-03-2020
- (2021, 5 de marzo) *Instituciones Penitenciarias priorizará el acceso de las mujeres en prisión a las actividades formativas y laborales* [Comunicado de prensa]. Disponible en: [http://www.interior.gob.es/ca/noticias/detalle/-/journal\\_content/56\\_INSTANCE\\_1YSSI3xiWuPH/10180/12998351/](http://www.interior.gob.es/ca/noticias/detalle/-/journal_content/56_INSTANCE_1YSSI3xiWuPH/10180/12998351/)
- (2021). *La situación de la mujer privada de libertad en la Institución Penitenciaria*. Madrid, España, Ministerio del Interior. Disponible en: <https://www.institucionpenitenciaria.es/documents/380742/733380/ESTUDIO+SOBRE+LA+MUJER+PRIVADA+DE+LIBERTAD.pdf/62878f43-ad5d-ce08-74ef-5cf1b75ffb37>
- (2022). *Informe General de 2021*. Madrid, España, Ministerio del Interior. Disponible en: [https://www.institucionpenitenciaria.es/documents/20126/72836/Informe\\_General\\_2021\\_SGIIPP\\_acc.pdf](https://www.institucionpenitenciaria.es/documents/20126/72836/Informe_General_2021_SGIIPP_acc.pdf)
- Sheehan, R.; Mcivor, G. y Trotter, C. (2007). *What Works with Women Offenders?* Cullompton. Willan Publishing.
- Simon, R. J. (1975). *Women and Crime*. Toronto. Lexington Book.
- Sutherland, E. (1939). *Principles of Criminology*. Lippincott.
- The Corston Report (2007). *A report by Baroness Jean Corston of a review of women with particular vulnerabilities in the criminal justice system*. Home Office.
- Vasilescu, C. (2019). La ejecución penal desde una perspectiva de género. Una revisión bibliográfica con especial referencia a las medidas penales alternativas. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2.
- (2020). *La ejecución de medidas penales alternativas con perspectiva de género: análisis y recopilación de buenas prácticas con mujeres penadas*. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. <https://repositori.justicia.gencat.cat/handle/20.500.14226/362>
- Vasilescu, C. y López-Riba, J.M. (2021). Diferencias por sexo entre la población penada a medidas penales alternativas en Cataluña: Un análisis con perspectiva de género. *Revista Española De Investigación Criminológica*, 19(1), 1-25. <https://doi.org/10.46381/reic.v19i1.443>

Yagüe Olmos, C. (2007). Mujeres en prisión. Intervención basada en sus características, necesidades y demandas. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 5, 1–23. <https://doi.org/10.46381/reic.v5i0.29>

# SOBRE EL CONCEPTO Y EL MÉTODO CIENTÍFICO DE LA CRIMINOLOGÍA: HACIA UN MODELO SISTÉMICO DE LAS CIENCIAS CRIMINOLÓGICAS

José Manuel Ríos Corbacho

Universidad de Granada

**Title:** *On the concept and scientific method of criminology:  
towards a systemic model of criminological sciences*

**Resumen:** La Criminología es una ciencia autónoma, empírica e interdisciplinar. No ha sido un debate pacífico el de su contenido y, mucho menos, el de su nomenclatura. En este trabajo se va a intentar definir el contenido y la relación de esta ciencia social con el ámbito de las ciencias experimentales. Asimismo, también se observará la relación de ésta con otras ciencias básicas del fenómeno criminal como es el Derecho penal y la Política Criminal. Además, se indicará qué disciplinas integran la ciencia criminológica junto al hecho de poder aplicar la tesis sistemática procedente de la física teórica y de la cuántica a la Criminología que ayudará al entendimiento del por qué en referencia a la etiología del delito.

**Palabras clave:** Criminología. Estadísticas. Control social. Delito. Política Criminal.

**Abstract:** *Criminology is an autonomous, empirical and interdisciplinary science. It has not been a peaceful discussion over its content and, much less, over its nomenclature. In this article we will try to define the content and the relationship of this social science with the field of experimental sciences. Likewise, the relationship of this with other basic sciences of the criminal phenomenon such as Criminal Law and Criminal Policy will also be observed. In addition, it will be indicated which disciplines make up criminological science together with the fact of being able to apply the systemic thesis from theoretical and quantum physics to Criminology that will help to understand why in reference to the etiology of crime.*

**Key words:** Criminology. Statistics. Social Control. Crime. Criminal policy.

**Sumario:** 1. Un acercamiento a la cuestión. – 2. ¿Qué contiene la Criminología?: Algunas referencias sobre la definición, su objeto (delito, delincuente, víctima y control social) y su método. – 3. Elementos que conforman el método de la Criminología: estadísticas, encuestas, entrevistas, análisis documental y la observación (directa y participante). – 4. La interconexión del modelo criminológico con otras disciplinas. – 4.1 Correspondencia entre la Criminología y el Derecho penal. – 4.2. Criminología y Política Criminal. – 4.3. Criminología vs. Criminalística. – 5. Posición de la Criminología en el repertorio de la Enciclopedia de las Ciencias Penales. – 6. La síntesis criminológica: la aplicación del modelo sistémico de Fritjof Capra. – 7. Coda. – 8. Bibliografía.

## 1. Un acercamiento a la cuestión

A modo de introducir esta temática, se debe iniciar señalando que la Criminología, como ciencia autónoma<sup>1</sup> y relativamente moderna<sup>2</sup>, inició su camino y mostró su notabilidad social a fines del siglo xix de la mano de autores como Lombroso<sup>3</sup> o el juez austriaco Hans Gross<sup>4</sup>. No obstan-

<sup>1</sup> Sainz Cantero, J.A., *La ciencia del Derecho penal y su evolución*. Barcelona, 1975, p. 29. Polaino Navarrete, M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 5<sup>a</sup> ed., Madrid, 2021, p. 31. Goppinger, H., *Criminología*, Madrid, 1975, p. 1. García-Pablos Molina, A., *Tratado de Criminología*, 5<sup>a</sup> ed., Valencia, 2014, p. 62. Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, 4<sup>a</sup> ed., Madrid, 2017, p. 33. Morillas Cuevas, L., *Sistema de Derecho penal. Parte General*, Madrid, 2018, p. 183.

<sup>2</sup> Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General I*, 3<sup>a</sup> ed., Madrid, 1987, p. 63. Berdugo Gómez de la Torre, I., «La ciencia del Derecho penal en la actualidad», en Demetrio Crespo, E., y Rodríguez Yagüe, C., *Curso de Derecho penal. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2016, p. 79. Tamarit Sumalla, J.M., *La Criminología*, Barcelona, 2014, p. 7.

<sup>3</sup> Si bien Lombroso puede considerarse el alma de la Escuela positiva, va a desarrollar aportaciones destacadas como es la aplicación del método inductivo-experimental al estudio de la delincuencia y su concepción de criminal nato. Pero la verdadera significación de este autor se encuentra en la historia de la Criminología, disciplina de la que mayoritariamente se considera su fundador. Sainz Cantero, J.A., *Lecciones de Derecho penal*, 3<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1990, p. 132. Más ampliamente, en Rodríguez Manzanera, L., *Criminología*, 2<sup>a</sup> ed., México, 1981, p. 254. Cfr. Muñoz Conde, F., *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, p. 107. Mezquer, E., *Criminología*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 1950, pp. 29 y ss. Cuello Calón, E., *Derecho penal. Conforme al texto refundido de 1944. Tomo I. Parte general*, 10<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1951, pp. 19 y 20. Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General I*, 3<sup>a</sup> ed., Madrid, 1987, p. 63. García-Pablos de Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., Valencia, 2016, pp. 296 a 299. Burgos Mata, A., «Criminalística y Criminología», *Medicina legal*, Diciembre 1993/Mayo 1994, p. 46.

<sup>4</sup> Hans Gross, quien estableció un museo de Criminología en la Universidad de Graz, puede ser llamado el «padre de la aplicación de la Criminología a la investigación criminal». Su obra de 1893, *La investigación criminal: Un manual práctico para magistrados, policías y abogados*, fue todo un éxito en aquellos años, y la revista forense que él fundó, titulada *Criminología (Kriminologie)*, sería un referente importante en lengua alemana para el campo de la investigación criminal. Gross, H., *Handbuch für Untersuchungsrichter als*

te, sería Garófalo quien primero acuñó el término Criminología para dar título a su obra más importante<sup>5</sup>, pese a que fue el antropólogo Toppinar el que utilizaría dicho término por primera vez<sup>6</sup>. Etimológicamente, el término Criminología procede del latín *crimen-criminis*, y del griego *logos*, considerando la noción de crimen como conducta antisocial<sup>7</sup>.

Desde un punto de vista histórico, este vocablo tuvo otras denominaciones como pueden ser: Antropología criminal<sup>8</sup>, Biología criminal<sup>9</sup>, Psicología criminal<sup>10</sup> o Sociología criminal<sup>11</sup>. Esta nomenclatura de desig-

*System der Kriminalistik*, 1893, pp. 1 y ss. Cfr. Rodríguez Jorge, R., «La perfilación criminal como técnica forense en la investigación del homicidio intencional con autor desconocido», *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, febrero (2011), pp. 7 y 8. Galdeano, L., «Pötzsch: al inicio de la criminalística, se recomendaba llevar un maletín con lupas, ampollas, un crucifijo y dulces», *Libertad digital*, 14 de septiembre de 2022. <https://www.libertaddigital.com/cultura/2022-09-14/oliver-potzscht-el-libro-del-sepulturero-planeta-criminalistica-6932454/>. Consultado el día 25 de diciembre de 2023.

<sup>5</sup> En 1885 sale su obra maestra, *La Criminología*, que tiene gran aceptación y que es traducida inmediatamente al francés. Garófalo, R., *La Criminología*, trad. Pedro Dorado Montero, *La España moderna*, Madrid (sin fecha). Rodríguez Manzanera, L., *Criminología*, 2<sup>a</sup> ed., México, 1981, p. 221. Cfr. Berdugo Gómez de la Torre, I., «La ciencia del Derecho penal en la actualidad», en Demetrio Crespo, E., y Rodríguez Yagüe, C., *Curso de Derecho penal. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 79. Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General I*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 63. Cita el trabajo del autor italiano en la p. 39. García-Pablos de Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., p. 304. Según este autor, el término Criminología que acuñó Garófalo, con más éxito que Lombroso y Ferri, es su filosofía del castigo, de los fines de la pena y su fundamentación, así como de las medidas de prevención y represión de la criminalidad. Cfr. Pérez del Valle, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 5<sup>a</sup> ed., Madrid, 2021, p. 38. Molina Blazquez, C., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2022, p. 74.

<sup>6</sup> Santa Cecilia García, F., «Concepto de Criminología», en Pérez Álvarez, F., (Dir.), *Introducción a la Criminología*, Salamanca, 2015, p. 19. García-Pablos Molina, A., *Tratado de Criminología*, 5<sup>a</sup> ed., cit., p. 61.

<sup>7</sup> Santa Cecilia García, F., «Concepto de Criminología», en Pérez Álvarez, F., (Dir.), *Introducción a la Criminología*, cit., p. 19. Señala este autor que esta denominación responde a un contexto histórico en el Derecho Romano por cuanto se distinguía entre crímenes y delitos. Los primeros se encontraban perseguidos por el Estado como pudieran ser los de traición a la patria, parricidio y asesinato; por su parte, los segundos, de menor gravedad, lo eran los particulares. Por tanto, «crimen» sería aquellos de mayor gravedad y por este motivo la palabra crimen comienza a asociarse a delitos contra la vida de las personas (homicidio, asesinato), estableciéndose que estos criminales eran los que servían de fundamento para el ulterior estudio de la Ciencia criminológica, desestimando de ese análisis al pequeño delincuente.

<sup>8</sup> Cfr. Rodríguez Devesa, J.M., *Derecho Penal español. Parte General*, Madrid, 1981, p. 77. El autor se refiere a esta idea en la nota 10 de su trabajo.

<sup>9</sup> Exner, F., *Biología Criminal en sus rasgos fundamentales*, Barcelona, 1946, p. 15.

<sup>10</sup> Kaiser, G., *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, Heidelberg-Karlsruhe, 1980, p.4. Rodríguez Manzanera, L., *Criminología*, cit., pp. 64 y ss.

<sup>11</sup> Ferri, E., «Prólogo», *Psicología Giudiziaria* de Enrico Altavilla, Turín, 1955, p. V. Cfr. von List, F., *Tratado de Derecho penal*, 18<sup>a</sup> ed., traducido por Quintiliano Saldaña, Madrid, 1914, pp. 424 a 425. Goppinger, H., *Criminología*, cit., pp. 10 y 11. Berdugo Gómez de la Torre, I., y Pérez Cepeda, A.I., «La ciencia del Derecho penal en la actualidad», en Berdugo Gómez de la Torre, I., (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo I. Introducción al Derecho penal*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 2015, pp. 154 y 155.

nación de la ciencia criminológica objeto de examen, se encuentra más que superada, ya que pueden responder a enfoques parciales de dicha ciencia<sup>12</sup>. No obstante, la idea expuesta era lógica pues, como establece Cerezo Mir, «la moderna Criminología era el resultado de la confluencia de los conocimientos de todas y cada una de las ciencias antedichas junto con la Psiquiatría criminal»<sup>13</sup>.

Así pues, en estos últimos tiempos se han producido muchos progresos en esta ciencia en el ámbito de la comprensión del fenómeno delincuencial<sup>14</sup>, el tratamiento del delincuente, el diseño más seguro de las ciudades o el resarcimiento de la víctima, entre otros posibles ejemplos.

En este trabajo, en el que no se puede desarrollar un estudio integral sobre la Criminología, si se va a intentar poner de manifiesto un acercamiento a cuestiones ciertamente relevantes, además de hacer mención de ésta como ciencia y su discutida situación en el entorno de la Enciclopedia de las Ciencias Penales. Asimismo, se intentará visualizar su evolución desde el presente hacia el futuro y el posicionamiento más consolidado en aras de potenciar la prevención como aspecto decisario de la Criminología.

## 2. ¿Qué contiene la Criminología? Algunas referencias sobre la definición, su objeto (delito, delincuente, víctima y control social) y su método

No resulta fácil a día de hoy poner de acuerdo a toda la doctrina científica en cuanto a la definición de lo que ha de considerarse como Criminología<sup>15</sup>, puesto que se pretende concretar en una frase un amplio campo de estudio y que a su vez tal concepto sea comprensible y

<sup>12</sup> García-Pablos Molina, A., *Tratado de Criminología*, 5<sup>a</sup> ed., cit., pág. 62. Tellez Aguilera, A., *Criminología*, Madrid, 2009, p. 22. No obstante, se llegó a indicar que la Criminología posee una esfera de acción especial, integrada por la Antropología, o Biología Criminal, la Psicología criminal y la Sociología Criminal. En este sentido, se pronuncia Ruiz Funes, M., «Criminología y Antropología criminal. Contenido y Método de una y otra», *Revista de Derecho penal*, primer trimestre, (1948), p. 20.

<sup>13</sup> Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General I*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 64. Otros autores también han sumado otras disciplinas a la ciencia criminológica como son la Criminalística, la Penología y la Victimología. Véase en Rodríguez Manzanera, L., *Criminología*, cit., pp. 287 y 288. Cfr. Montiel Sosa, J., *Manual de Criminalística*, México, 1998, p. 40.

<sup>14</sup> En un principio se consideró una ciencia causal-explicativa. Véase, Taibo, E., *Criminología*, La Habana, 1960, pp. 9 a 13. No obstante, esta consideración debe ponerse en cuarentena incluso para las denominadas «ciencias exactas» como ha señalado Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, cit., p. 38.

<sup>15</sup> Sainz Cantero, J.A., *Lecciones de Derecho penal*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 77. Señala que no existe un concepto pacífico de Criminología. Esta circunstancia no ha de sorprender teniendo en cuenta que el concepto de una ciencia se encuentra siempre condicionado por

preciso. De una primera lectura del contenido de esta ciencia, se puede establecer una definición que es clara y sencilla, pero a la que puede achacarse una falta de concreción en virtud de la amplia temática que abarca: «ciencia social que estudia el delito, el delincuente, la víctima y el control social»<sup>16</sup>.

También, a modo de interpretación auténtica, puede señalarse que la Real Academia Española de la Lengua la ha definido<sup>17</sup> como «ciencia social que estudia las causas y circunstancias de los distintos delitos, la personalidad del delincuente y el tratamiento adecuado para su representación».

Visto lo anterior, deben exponerse alguna de los más representativos conceptos que ha elaborado la doctrina:

Exner entiende a esta ciencia como aquella que estudia el delito como aparición en la vida del pueblo y en la vida particular<sup>18</sup>. Junto a él, se han pronunciado otros autores que han dejado su impronta en la definición de la Criminología: Nicéforo<sup>19</sup>, Hurwitz<sup>20</sup>, Reyes<sup>21</sup> y Göppinger<sup>22</sup>, von

---

la determinación del objeto y los límites de la misma, y es ésta una cuestión en la que los criminólogos muestran sus opiniones más diversas.

<sup>16</sup> García-Pablos Molina, A., *Tratado de Criminología*, 5<sup>a</sup> ed., cit., p.55.

<sup>17</sup> Aparece a modo de interpretación gramatical, que pretende averiguar el sentido literal de las palabras empleadas por el legislador y conforme a la significación gramatical en la que se emplean los vocablos dentro de la frase correspondiente. Cfr. Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 195. Molina Blazquez, C., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 150. Alvarez García, F. J., *El Derecho al honor y a las libertades de información y expresión*, Valencia, 1999, p. 21. Rebollo Vargas, R., *Aproximación a la jurisprudencia constitucional: libertad de expresión e información y límites penales*, Barcelona, 1992, pp. 56 y 57.

<sup>18</sup> Exner, F., *Biología Criminal en sus rasgos fundamentales*, cit., pp. 15 y ss.

<sup>19</sup> Este autor pretende que dicha ciencia trate de examinar los resultados de la Sociología y de la Antropología criminales, coordinando sus resultados en un conjunto armónico. Nicéforo, A., *Criminología*, México, 1954, p. 17.

<sup>20</sup> Hurwitz, S., *Criminología*, Barcelona, 1956, p. 23. Indica que debe estudiar los factores individuales y sociales que fundamentan la conducta criminal, mediante la investigación empírica.

<sup>21</sup> Reyes, A., *Criminología*, Bogotá, 1984, p. 46. Advierte que la Criminología tiene por objetivo el estudio de la criminalidad de las personas a ella vinculada y de la reacción social que puede suscitar.

<sup>22</sup> Göppinger, H., *Criminología*, cit., pp. 1 y 13. Argumenta que los esfuerzos del criminólogo han de centrarse en explicar el porqué de las constantes de la delincuencia como fenómeno social. Así, para este autor, la Criminología es una «Ciencia empírica e interdisciplinar» que «se ocupa de las circunstancias de la esfera humana y social relacionadas con el surgimiento, la comisión y evitación del crimen, así como del tratamiento de los violadores de la Ley». Cfr. Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, cit., pp. 34 y 39.

Hentig<sup>23</sup>, Cuello Calón<sup>24</sup>, además de Jiménez de Asúa<sup>25</sup> y Bernaldo de Quiros<sup>26</sup>. Otros<sup>27</sup> también se han pronunciado sobre esta cuestión, advirtiendo que esta ciencia puede ser definida, desde una apreciación empírica, como «una explicación práctica del fenómeno criminal». Por tanto, viene a ser un banco de pruebas de las soluciones dogmáticas y, con ello, determina un criterio especialmente importante en la dirección de las pautas del legislador<sup>28</sup>.

De Vicente Martínez, por su parte, define la Criminología como «la ciencia empírica e interdisciplinaria que se ocupa del crimen, del delincuente, de la víctima y del control social del comportamiento delictivo y que aporta una información válida, contrastada y fiable, sobre la génesis, dinámica y variables principales del crimen —contemplado éste como un problema individual y como un problema social—, así como su prevención eficaz, las formas y estrategias de prevención al mismo y las técnicas de intervención positiva en el infractor<sup>29</sup> y la víctima» como también apun-

<sup>23</sup> Von Hentig, H., *Criminología*, (Causas y condiciones del delito), traducción de la 4<sup>a</sup> ed., por Diego Abad de Santillán, Buenos Aires, 1948, p. 11. La define como «los hechos conocidos sobre el delito y la represión del delito».

<sup>24</sup> Cuello Calón, E., *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, 18<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por César Camargo Hernández, Barcelona, 1980, p. 20. Entiende a esta ciencia como «el conjunto de conocimientos relativos al delito como fenómeno individual y social».

<sup>25</sup> Jiménez de Asúa L., *Tratado de Derecho penal*, tomo I, Buenos Aires, 1950, pp. 79 y ss. La concibe como «la ciencia general de la criminalidad».

<sup>26</sup> Bernaldo de Quirós, C., *Criminología*, Puebla, 1948, p. 13.

<sup>27</sup> Diversos autores se han pronunciado sobre esta cuestión. Seelig, E., *Tratado de la Criminología*, trad. José María Rodríguez Devesa, Madrid, 1958, p. 7. La define como «una ciencia que estudia los elementos reales del delito». A su juicio, los elementos «reales» del delito son los comportamientos psicofísicos de un hombre y sus efectos en el mundo exterior. También la define como «la ciencia del delito». Stefani, G., y Levasseur, G., *Droit Pénal General et Criminologie*, Paris, 1961, nº 44. Entienden la Criminología como la ciencia que «estudia la delincuencia para investigar sus causas, su génesis, su proceso y sus consecuencias». Jambu-Merlín, R., Stefani, G., y Levasseur, G., *Criminologie et Science pénitentiaire*, Paris, 1985, pp. 2 y 3. Siegel, L., *Criminology*, Belmont, 2009, pp. 3 a 5. Dice que se trata de aquella disciplina que emplea el método científico para estudiar la naturaleza, extensión, causas y control de la conducta criminal.

<sup>28</sup> Gómez Rivero, C., (coord.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general*, 4<sup>a</sup> ed., cit., p. 32. Ponen como ejemplo el hecho de que la Criminología ofrece estadísticas acerca de si realmente las cifras de maltrato de las mujeres disminuyen cuando se castigan más severamente determinadas conductas o incluso pasan a ser delictivas determinadas formas ilícitas que antes no lo eran. Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, 11<sup>a</sup> ed., Valencia, 2022, p. 182. Indica este autor que no es fácil definir la Criminología y que antes de definirla, debe hacerse lo propio con el delito. Señalan que se hace necesario extraer de los datos que proporciona la Criminología los elementos que sirvan de soporte y guía a las decisiones político-criminales en virtud de la interrelación entre ambas ciencias. Berdugo Gómez de la Torre., I., Arroyo Zapatero, L., Ferré Olive, J.C., García Rivas, N., Serrano Piedecasas, J. R., y Terradillos Basoco, J. M., *Curso de Derecho penal. Parte general*, 2<sup>a</sup> ed., cit., p. 140.

<sup>29</sup> De Vicente Martínez, R., *Vademecum de Derecho penal*, 5<sup>a</sup> ed., Valencia, 2018, p. 114. En el sentido de considerarla como una ciencia empírica e interdisciplinaria, véase Jescheck, H. H. / Weigend, T., *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Trad. Olmedo

ta García-Pablos<sup>30</sup>. Así, en otras palabras, desarrollando una definición no tan detallada, expone de lo que trata de manera amplia esta disciplina: «ciencia que se dedica al comportamiento delictivo y de la reacción social frente al mismo»<sup>31</sup>.

De una manera muy detallada y extremadamente descriptiva esgrime su noción de Criminología Mantovani cuando la considera como «aquella ciencia multidisciplinar, sintética que tiene como ambicioso objeto de estudio el complejo fenómeno del hombre que entra en conflicto con la sociedad, en todos sus aspectos: desde los procesos de criminalización a la definición de criminalidad y a los sistemas de control de la misma»<sup>32</sup>.

Interesante es la visión de Molina Blázquez quien, en una primera aproximación, entiende a esta ciencia como «el estudio del delincuente concreto para intentar resocializarlo». No obstante, en su trabajo y con posterioridad, analizando las definiciones de Seelig, Rodríguez Devesa y García-Pablos, afirma que esta ciencia analizada es «empírica e interdisciplinar, que estudia el delito, el delincuente, la víctima y el control social, cumpliendo tres funciones: una función explicativa del delito como problema individual y social, una función de desarrollo de programas preventivos y una función de intervención sobre el delincuente enfocada a su reinserción social»<sup>33</sup>.

Muy sugestiva también es la definición que acuña Luzón Peña pues parte de la base de entender al delito o crimen como un «fenómeno empírico», esto es, de las características y cuantía con las que se presentan en la realidad de una determinada sociedad y momento histórico las diversas clases de delitos, además de las características de los delincuentes como también de las diversas causas de los ilícitos<sup>34</sup>. De esta forma,

---

Cardenete, M., 5<sup>a</sup> ed., Granada, 2002, p. 50. Inciden en que se trata de una ciencia empírica que trabaja con datos facticos y que por ello se sirve de métodos de distintas ciencias naturales y sociales, por lo que se puede caracterizar como una «rama científica interdisciplinaria».

<sup>30</sup> García de Pablos Molina, A., *Tratado de Criminología*, 5<sup>a</sup> ed., cit., pág. 55. Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 184. Morillas Fernández, D.L., «Origen y delimitación conceptual y científica de la Criminología», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 101, 2010, p. 55.

<sup>31</sup> Berdugo Gómez de la Torre., I., Arroyo Zapatero, L., Ferré Olive, J.C., García Rivas, N., Serrano Piedecasas, J. R., y Terradillos Basoco, J. M., *Curso de Derecho penal. Parte general*, 2<sup>a</sup> ed., cit., p. 139. Orts Berenguer, E., y González Cussac, J. L., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 2<sup>a</sup> ed., Valencia, 2010, p. 44. Además, entienden que se utiliza para la prevención eficaz, las formas y estrategias de reacción al crimen y las técnicas de intervención positivas en el infractor. Quintero Olivares, G., *Derecho penal. parte general*, 4<sup>a</sup> ed., Pamplona, 2010, p. 216. Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general*, Tomo I, 6<sup>a</sup> ed., cit., p. 74.

<sup>32</sup> Mantovani, F., *Il Problema della criminalità*, Padova, 1984, p. 4.

<sup>33</sup> Molina Blázquez, C., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 73.

<sup>34</sup> Luzón Peña, D.M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3<sup>a</sup> ed., Valencia, 2016, p. 35. Dice que esta ciencia dedica parte de su atención a las penas y a las medidas de

subraya que es una ciencia absolutamente empírica y, en ningún caso, jurídico-normativa.

Pese a la pléyade de definiciones expuestas, quizá la más acorde con la moderna Criminología, en virtud de sus relaciones con otras disciplinas, situación que se observará *infra*, es la que apunta Kaiser al especificar que dicha ciencia es «el conjunto ordenado de la ciencia experimental acerca del crimen, del infractor, de las normas jurídicas, del comportamiento social negativo y del control de dicho comportamiento»<sup>35</sup>.

Con el ánimo de detallar algunos aspectos de tal definición deben extraerse los siguientes planteamientos:

- a) Se trata de una ciencia experimental acerca del crimen. De este modo se considera empírica por cuanto sigue el método científico al objeto de manifestar cómo se produce el fenómeno delincuencial.
- b) Estudia el infractor de las normas jurídicas, esto es, al delincuente, que es la figura que infringe tales normas.
- c) De la conducta socialmente negativa. Kaiser, en su definición, advierte una disimilitud entre el «crimen» y el «comportamiento socialmente negativo». De modo que hay que incidir en que no todos los intitulados como comportamientos socialmente negativos son indefectiblemente ilícitos. En consecuencia, tanto en la Criminología como en otras ciencias, verbigracia la sociología, hay que conceptualizarlo como «comportamiento desviado»<sup>36</sup>.
- d) El control de dicho comportamiento. En función de esta última reflexión, ha de hacerse referencia a lo denominado «control social», o sea, la forma en el que las «organizaciones» sociales, como pudieran ser la familia, la justicia, la escuela, etc., contestan a la conducta delincuencial o a determinadas conductas y «factores de riesgo» que se encuentran coligados con la conducta infractora<sup>37</sup>.

En referencia al objeto de estudio, lejos han quedado ya aquellos tiempos en los que se ponía de manifiesto que la Criminología se encontraba falta de un objeto y un método científico<sup>38</sup>.

---

seguridad, primordialmente a las privativas de libertad y del comportamiento y reacciones en la práctica de los sometidos a las mismas. De esta forma, en este campo el trabajo criminológico aparece incluido dentro del conjunto más amplio de la ciencia penitenciaria.

<sup>35</sup> Kaiser, G., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos*, Madrid, 1983, p. 19.

<sup>36</sup> García de Pablos Molina, A., *Tratado de Criminología*, 5<sup>a</sup> ed., cit., p. 38.

<sup>37</sup> Redondo Illescas, S., y Garrido Genovés, V., *Principios de la Criminología*, 4<sup>a</sup> ed., Valencia, 2013, pp. 1 y ss.

<sup>38</sup> Soler, S., *Derecho penal argentino*, Tomo I, 1956, p. 32. Este autor negó el carácter de ciencia a la Criminología por falta de un objeto típico y un método característico y único de operar. Petrocelli, B., «Diritto Penale e Criminología», *Rivista Italiana de Diritto*

Si bien es cierto que la inmensa mayoría de la doctrina, como se ha expuesto *supra*, ha entendido a la Criminología como una ciencia de corte social que estudia el delito<sup>39</sup>, el delincuente, la víctima y los medios de control social, esto es, de carácter «multipartidista»<sup>40</sup> (García-Pablos<sup>41</sup>, Morillas Cueva<sup>42</sup>, Roldán Barbero<sup>43</sup>, Molina Blázquez<sup>44</sup> entre otros), se ha apuntado como uno de los campos de estudio tradicionales a la víctima. Sin embargo, de la definición de la que se parte es de la de Kaiser y otras que también se han expuesto, en la que no aparece dicha circunstancia obviándose la mención a la víctima como un cimiento del análisis criminológico. No obstante, esta situación hay que relacionarla con la aparición del estudio de la víctima en un parámetro mucho más amplio como es la victimología, de tal modo que, si bien se realizará un sucido análisis sobre la víctima en el objeto, posteriormente se analizará la relación entre la ciencia precitada y la criminología a la hora de establecer una interrelación entre ambas ciencias.

---

*Penale* (1957), p. 688. Cfr. Sainz Cantero, J.A., «Derecho penal y Criminología», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre (1958), p. 4.

<sup>39</sup> Hassemer, W., y Muñoz Conde, F., *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*, Valencia, 2012, p. 20. Señalan estos autores que principalmente el objeto de la Criminología es el estudio empírico de la criminalidad, entendida ésta como «el conjunto de todas las acciones u omisiones punibles dentro de un determinado espacio temporal y espacial». Consideran preferible utilizar este término que el de delito por cuanto aquel alude a una consideración global más acorde para describir el objeto de la Criminología como ciencia de carácter social, que la individual que hace patente la locución delito. Definitivamente, señalan éstos que no existe una gran diferencia entre uno y otro término, de lo que se trata de utilizar un término lo suficientemente genérico que posibilite, desde su inicio, hacerse una idea de la consideración general que de esta problemática ambiciona la Criminología.

<sup>40</sup> Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, cit., p. 39. A esta circunstancia se refiere en la nota 19 de su trabajo. Señala que se trata de un objeto «diverso» y «múltiple», pero no de una pluralidad de objetos por cuanto incide en que el objeto material de la Criminología es uno, el fenómeno criminal, pero con una dimensión poliédrica, como fenómeno humano igualmente resultante de lo individual y de lo social. Es por ello, prosigue el autor, que algunos autores ofrecen una visión «sintética» de la Criminología al señalar que esta ciencia «estudia el comportamiento delictivo y la reacción social frente al mismo». Véase, el mismo, «Etiología de la delincuencia. Visión actual conciliadora», *Ciencia Policial*, 30 (1995), pp.107 y ss. Garrido, V., Stangeland, P., y Redondo S., *Principios de Criminología*, Valencia, 1999, pp. 49 a 53. Cusson, M., *Criminologie actuelle*, Paris, 1998, pp. 1 y ss. Este autor da una conceptualización de la Criminología concisa pero muy acertada al decir que es la ciencia que «estudia las características, las razones y las causas del fenómeno criminal». Analiza más pormenorizadamente el fenómeno criminal al entender que se trata del crimen y de todo aquello de lo que se tiene necesidad de comprenderlo y explicarlo; por tanto, el fenómeno criminal es ahormado por las decisiones y acciones de los delincuentes, de las víctimas y de los agentes del control social. Estas tres categorías poseen sus razones y se influyen recíprocamente.

<sup>41</sup> García de Pablos Molina, A., *Tratado de Criminología*, 5<sup>a</sup> ed., cit., p. 37.

<sup>42</sup> Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 185.

<sup>43</sup> Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, Granada, 3<sup>a</sup> ed., 2016, p. 6.

<sup>44</sup> Molina Blázquez, C., *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 73.

No obstante, en cuanto al objeto se han proclamado tres corrientes claramente diferenciadas, en función de la tesis apuntada de Kaiser. De un lado, una corriente clásica de la Criminología, en la que se reduce su objeto de análisis al estudio del delito y del delincuente<sup>45</sup>. De otro, las corrientes mayoritarias en las que se aplica una concepción lógica del objeto, y van a estudiar, junto al delito y al delincuente, todo el mecanismo de control social referidos tanto a los procesos de criminalización primaria, esto es, los procesos de construcción legislativa de la definición de las conductas como delito, como los de criminalización secundaria, o de aplicación de las leyes a las personas que son condenadas. Por último, las corrientes críticas, que sitúan, en primer lugar, el estudio del control social ejercido por el Derecho penal, lo que lleva a un primer plano la ideología política del criminólogo. A través de ese encarnizado estudio del control social se llevarán a cabo el planteamiento de alternativas globales al modelo social<sup>46</sup>.

A la hora de hablar del concepto de delito, la Criminología toma como punto de partida la noción<sup>47</sup> que otorga el Ordenamiento Jurídico<sup>48</sup>. Es por ello que debe apuntarse que el hecho de que sea éste el centro neurálgico del que parte la ciencia criminológica no hace que sea preciso una subordinación total al mismo, en todo caso que sobre esta base se plantee tanto el estudio del proceso de criminalización como el de la aplicación que se hace de las normas penales<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Jiménez de Asúa L., *El Criminalista*, 2<sup>a</sup> serie, tomo VI, Buenos Aires 1964, p. 81. Dice que el objeto de la Criminología son las causas del delito y la naturaleza del delincuente. Ingenieros, J., *Criminología*, Madrid, 1913, p. 1. Entiende como el objeto de la Criminología «al estudio de las causas determinantes de los delitos, los actos en que se manifiestan, los caracteres psicofísicos de los delincuentes y las medidas sociales o individualizadas de profilaxia o de represión del delito».

<sup>46</sup> Véase en Berdugo Gómez de la Torre, I., «La ciencia del Derecho penal en la actualidad», en Demetrio Crespo, E., y Rodríguez Yagüe, C., *Curso de Derecho penal. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 80.

<sup>47</sup> También podría indicarse la interpretación gramatical que aparece según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua al decir que el delito es «acción u omisión voluntaria o imprudente de la ley». <https://dle.rae.es/delito>. Consultado el día 27 de diciembre de 2023.

<sup>48</sup> Sainz Cantero, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., p. 81. Peláez, J., *Introducción al estudio de la Criminología*, Buenos Aires, 1976, p. 45. Piensa que la Criminología no sería científicamente autónoma con una definición de delito que no sea jurídica, porque todas las definiciones que prescinden de la forma legal no captan el crimen en su totalidad como entidad jurídica. Molina Blázquez, C., *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 73.

<sup>49</sup> Berdugo Gómez de la Torre, I., «La ciencia del Derecho penal en la actualidad», en Demetrio Crespo, E., y Rodríguez Yagüe, C., *Curso de Derecho penal. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 80. Dice que se analiza la labor de las instancias de control (Policía, Poder Judicial) y la aplicación en la práctica, por lo que la Criminología se ocupa igualmente de los efectos de la pena, particularmente, de las penas privativas de libertad. Cfr. Luzón Peña, D.M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 36.

Pero, ante ello, no debe obviarse que parece claro que, si bien la Criminología se ocupa del delito, éste también le interesa a otras disciplinas y ciencias del saber, como pueden ser la Filosofía, la Sociología, el Derecho penal, etc., y es que debe deslindarse el concepto de delito que utiliza la Criminología, fundamentalmente por dos razones esenciales: a) porque no existe un concepto único, unívoco y específico de delito<sup>50</sup>; b) porque la autonomía científica de la Criminología debe permitir a ésta la concreción de su propio objeto, sin que tenga que allanarse a las reseñas que del delito procedan de otras instancias o ámbitos<sup>51</sup>.

En este punto, puede decirse que existe un concepto formal y otro material de delito<sup>52</sup>. Aparecen definiciones de delito en la Filosofía y en la Ética, como exponentes fundamentales de lo extrajurídico que acuden a instancias como pueden ser el orden moral, natural e incluso la razón, etc.,<sup>53</sup>. Pero como indica García-Pablos ninguno de estos conceptos de delito puede ser asumido, sin más, por la Criminología<sup>54</sup>.

Así las cosas, para completar una noción de delito de la Criminología se ha puesto en relación fundamentalmente con el Derecho penal y es que éste constituye su obligado punto de partida<sup>55</sup>. Lógicamente, en un Estado de Derecho, las leyes son las herramientas óptimas para definir los delitos que, en este caso concreto, serían tanto el Código penal como las leyes penales especiales que son los instrumentos que deben esta-

<sup>50</sup> Sobre los diversos conceptos de delito, véase, Sessar, K., «Sobre el concepto de delito», *Revista de Derecho penal y Criminología (UNED)*, I, (segunda época), nº 11 (2003), pp. 269 a 301.

<sup>51</sup> García-Pablos de Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., p. 105. Sainz Cantero, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., p. 81.

<sup>52</sup> Sobre esta noción material de delito pueden apuntarse las que han realizado: Hurwitz, S., *Criminology*, cit., p. 372. Pinatel, L., *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, Paris, 1970, pp. 500 y ss. Mannheim, H., *Vergleichende kriminologie*, Stuttgart, 1974, pp. 1 y ss. Rodríguez Manzanera, L., *Criminología*, cit., pp. 22 y ss. Eisenberg, U., *Kriminologie*, 3<sup>a</sup> ed., Köln-Berlin-Bonn-München, 1990, pp. 7 y ss. Mergen A., *Die Wissenschaft vom Verbrechen*, Hamburg, 1961, pp. 74 y ss.

<sup>53</sup> Otros autores también se han referido, en este sentido, a un concepto material del ilícito: Sellin, T., *Culture conflict and crime*, New York, 1938, pp. 25 a 46. Gottfredson, M.R., y Hirschi, T., *A general Theory of crime*, Standford, 1990, pp. 4 y ss. Exigen fuerza física o engaño y la «búsqueda de un interés propio». Fishbein, D.H., *Biobehavioral perspective in Criminology*, Belmont, 2001, pp. 86 y ss. Pretende elaborar el concepto de delito alrededor de la idea de agresión por ser un componente «real» de los comportamientos antisociales, que son apropiados para la medición y que poseen estabilidad y permanencia en las diversas culturas. Una mayor profundización sobre la cuestión puede observarse en García-Pablos de Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., p. 106.

<sup>54</sup> García-Pablos de Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., p. 106.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 107. Hall, J., *Criminología*, Buenos Aires, 1993, p. 196. Define al delito como una violación de una ley penal. Rodríguez Devesa, J.M., *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 67. Muñoz Conde, F., *Introducción al Derecho penal*, cit., p. 123.

blecer tales definiciones<sup>56</sup>. De lo anterior se desprende que tales leyes se encuentran en continuo cambio y que tal circunstancia afecta de manera clara a la seguridad jurídica<sup>57</sup>. Por ello, y por esa continuación regeneración normativa, aparece el hecho de que las normas van evolucionando, fundamentalmente empujadas por las presiones políticas o sociales para penar conductas nuevas como pudiera ser el maltrato animal o despenalizar otras como el consumo de marihuana, es más, algunas de las figuras delictivas son más que innecesarias pero incluso el tronco del clásico Derecho penal también, como apunta Roldán Barbero, «es una materia antojadiza al gusto político»<sup>58</sup>, ya que el auténtico impulso aparece en los grupos que respalden la penalización o despenalización de las conductas, por la fuerza que tenga tanto en la política, por su respaldo social, su habilidad, etc.,<sup>59</sup>.

Por tanto, se observa un panorama legislativo de carácter expansivo que coincide con una pérdida de predominio del sector académico, que era quien mayor oposición había generado frente a las propensiones criminalizadoras. En defecto de lo anterior, han aparecido en dicho escenario unos representantes con mayor influencia como pueden ser los medios de comunicación e incluso asociaciones muy representativas de intereses colectivos de actualidad como son los ecologistas, feministas, comerciantes, víctimas de distintas clases de violencia, etc., que no sólo van a reclamar la incorporación de nuevas conductas delictivas en las leyes penales sino también el endurecimiento de las penas, esto es, una significativa extensión del Derecho penal<sup>60</sup>. No obstante, puede advertirse que también en la actualidad poseen un influjo mayor en la legis-

<sup>56</sup> Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 1. Señala que por muy grave que se considere la conducta por determinados sectores sociales, en el caso de que no se encuentre aquella tipificada previamente por la ley, en ningún caso podrá considerarse como delito.

<sup>57</sup> Sessar, K., «Sobre el concepto de delito», *Revista de Derecho penal y Criminología* (UNED), I, cit., pp. 270 y ss. Este autor incide en que apostar por un concepto jurídico-penal de delito y su contenido variable y circunstancial (métodos de neocriminalización y de descriminalización) haría que se introdujese un factor de inseguridad e inestabilidad en el mundo criminológico, que no sería capaz de delimitar su propio ámbito de investigación.

<sup>58</sup> *Ibid.*, pp. 1 y 2. Ni siquiera delitos como aquellos contra las personas y el patrimonio van a ser ajenos a esta entrada de ilícitos en tropel en el ámbito del Código Penal ya que, a día de hoy, se observa un número mayor que en las últimas dos o tres décadas, conculcándose claramente el principio de intervención mínima.

<sup>59</sup> A partir de esta afirmación, los comportamientos delictivos pueden establecerse en cuatro categorías bien diferenciadas: a) Comportamientos legalizados y castigados en casi todas las sociedades modernas; b) Comportamientos penalizados y castigados en algunas sociedades; c) Comportamientos penalizados, pero sobre los que la ley se aplica con poca frecuencia; d) Comportamientos en vias de penalización.

<sup>60</sup> Silva Sánchez, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, pp. 1 y ss. Larrauri Pijoán, E., *La herencia de la Criminología crítica*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 2000, p. 1 y ss. Rivera BEIRAS, I., *El populismo punitivo*, Barcelona, 2005, p. 1 y ss.

lación los juristas prácticos como son los jueces y fiscales frente a los de corte teórico<sup>61</sup>.

Pero debe matizarse la relación entre lo jurídico-penal y la Criminología a la hora de asumir el concepto de delito ya que el hecho de que la Criminología asumiera como propia la noción jurídica de delito significaría que debería entenderse a ésta como una ciencia auxiliar de aquél<sup>62</sup>, cuestión que debe desecharse por cuanto en la actualidad la ciencia criminológica, como ya se apuntó, es independiente e interdisciplinar. Es por ello que afronta nuevos retos e incluye conductas desviadas en su repertorio que son de otros ámbitos periféricos de la criminalidad, o sea, que son diferentes a las calificadas legalmente como criminales: prostitución, drogadicción, vagancia, homosexualidad, mendicidad, etc.,<sup>63</sup>.

De esta manera, y apuntadas las inquietudes criminológicas, como escribe Morillas Cueva, debe apreciarse una doble opción: de un lado, aquella que propone sobrevalorar el componente normativo, de tal forma que el concepto de delito implique por su concreta referencia a las normas o, de otro lado, fundamentar las bases de un concepto criminológico absolutamente diferenciado del aspecto jurídico-penal, cuestión ésta que, en opinión del autor precitado, indica que el plantear la primera postura es extremadamente formal y, la segunda, es de «difícil éxito»<sup>64</sup>.

Quizá debe añadirse que tal dualidad no interesa a día de hoy por cuanto ya no parece imposible que una disciplina empírica opere en un ámbito normativo y porque a la Criminología actual le conciernen as-

<sup>61</sup> Díez Ripollés, J.L. *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, 2003, pp. 32 y 33. Cfr. Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 2.

<sup>62</sup> Serrano Maillo, A., *Introducción a la Criminología*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 2004, pp. 57 y ss. Cfr. García-Pablos de Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., p. 107. Sessar, K., «Sobre el concepto de delito», *Revista de Derecho penal y Criminología (UNED)*, I, cit., pp. 270 a 276. Dice que sería un error trasladar al ámbito criminológico el axioma *nullum crimen sine lege* que por imperativo legal rige en el ámbito legal ya que el Derecho penal constituye un sistema de expectativas normativas que sigue el código lícito-ilícito, mientras que, por su parte, la Criminología, en cuanto que disciplina científico-empírica, se ajusta, por el contrario, a un sistema de expectativas cognitivas que responde al código verdadero-falso.

<sup>63</sup> Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 186. La Criminología también le abre la puerta a otras formas de reacción social diferentes a las consecuencias jurídicas previstas para la comisión de un delito. García-Pablos de Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., p. 107. Junto a lo ya expuesto por Morillas Cueva, apunta otros hechos irrelevantes para el Derecho penal como son el intitulado «campo previo» del crimen, la «esfera social» del infractor, y la «cifra negra». Además, incluye otras facetas y perspectivas del crimen que no interesan al penalista como es la dimensión colectiva del crimen, aspectos supranacionales, etc. En este sentido, véase también Hassemer, W., y Muñoz Conde, F., *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*, cit., p. 26. Cfr. Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General*, tomo I, cit., p. 61.

<sup>64</sup> Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 186.

pectos más atractivos del crimen que su mera delimitación formal de carácter rigurosamente jurídico.

Por consiguiente, lo que auténticamente inquieta a la ciencia criminológica presente su problemática, las funciones positivas que puedan cumplir como instrumento, e indicador de control social, el volumen estructura y movimiento de la criminalidad, etc., y concluyentemente, porque hoy se reconoce la convivencia de operar diversas nociones de delito en función de los pertinentes propósitos de la investigación de este tipo<sup>65</sup>.

De otro lado, la imagen del delincuente alcanzó su máximo esplendor durante la época positivista (a finales del xix)<sup>66</sup>. De este modo, se ha indicado que el principio de «diversidad» que influyó a la Criminología tradicional, esto es, el delincuente como realidad biopsicopatológica, convertiría en aquel instante a éste en la estrella de la atención científica criminológica<sup>67</sup>. Como se sabe, en virtud de los estudios de Lombroso se creyó observar evidentes disimilitudes entre quienes eran delincuentes y quienes no lo son. Igualmente, quiso apreciar ciertos rasgos diferenciales entre los desviados<sup>68</sup> y los no desviados<sup>69</sup>.

Por tanto, la Criminología como estudio del delincuente individual se servía de los conocimientos establecidos y ofrecidos tanto de la Psicología como de la Biología y dentro de esas dos disciplinas aparecían también la Endocrinología<sup>70</sup>, la Psiquiatría, la Psicología profunda etc., y para ello se servía de métodos utilizados por las ciencias predichas de in-

<sup>65</sup> García-Pablos de Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., pág. 107. Esta idea también la recoge en su trabajo Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 186.

<sup>66</sup> García-Pablos de Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., pág. 113. Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, 3<sup>a</sup> ed., cit., pág. 5. Gamboa Trejo, A., «Criminología y Criminalística, conocimientos necesarios en los juicios orales», *Letras Jurídicas*, nº 30, 2014, p. 35.

<sup>67</sup> Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 186.

<sup>68</sup> Rodríguez Manzanera, L., *Criminología*, 2<sup>a</sup> ed., cit., p. 25. Define al criminal como el autor del crimen, como sujeto individual, o sea un actor principal del drama antisocial. Prosigue diciendo que en la actualidad el concepto de criminal o de «sujeto antisocial» son ciertamente estigmatizantes y valorativos y es por ello por lo que se propone utilizar la noción de «desviado», siendo este término más descriptivo, aunque advierte que no todo desviado es antisocial.

<sup>69</sup> Lombroso, C., (s.f), *Medicina Legal*, 2 tomos. Traducción de Pedro Dorado Montero, Madrid, (s.f), pp. 1 y ss. Dice que el hombre expresaba el delito mediante su patología intrínseca. Por su parte, la mujer, por el contrario, lo hacía a través de la prostitución, como prototipo de conducta desviada. Cfr. Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 5.

<sup>70</sup> Di Tullio, B., *Principes de la Criminología clinique*, Paris, 1967, pp. 1 y ss. Explica que las glándulas endocrinas intervienen en la criminogénesis por la constitución misma del individuo. Señala que la hipótesis de que la constitución misma de los criminales se encuentra bajo la dependencia de su endocrino. Cfr. Bergalli, R., Bustos Ramírez, J., y Miralles, T., *El pensamiento criminológico, I, Un análisis crítico*, Bogotá, 1983, p. 57.

clinación primordialmente médica como pudiera ser la exploración física del delincuente, los test psicológicos, datos biológicos, constitución, herencia, etc., generando de este forma una historia clínica de tal delincuente<sup>71</sup>.

En la Criminología moderna, como apunta García-Pablos, el estudio del hombre ha pasado a un segundo plano en virtud de la «intromisión» sociológica acaecida en aquélla, amén de la necesidad de superación del aspecto individual para favorecer la obtención de objetivos politicocriminales. Así pues, como se expuso *supra*, el foco de interés, sin perder la perspectiva del delincuente, se ha extendido, como apunta la doctrina mayoritaria, a la conducta delictiva, a la víctima y al control social<sup>72</sup>. Es por ello que al infractor criminal se examina en sus interdependencias sociales como unidad biopsicosocial<sup>73</sup>, si bien desde los años 90 ha recuperado el protagonismo a través de la incorporación de la técnica de la perfilación criminal (*profiling*)<sup>74</sup>. Actualmente, aparece un equilibrio entre el aspecto subjetivo, el delincuente, y el objetivo, el delito, que viene a conformar un concepto plural entendido como delincuencia. En tal

<sup>71</sup> Castillón de Mora, L., «Aspectos biológicos en el estudio de la delincuencia», *Revista de Estudios penitenciarios*, nº 188 (1970), pp. 211 y ss. el mismo, «Crimen, personalidad y prisión», *Estudios penales y Criminológicos*, vol. II (1978), pp. 45 y ss. Cfr. Muñoz Conde, F., *Introducción al Derecho penal*, cit., p. 128.

<sup>72</sup> García-Pablos de Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., p. 113. Cfr. Molina Blázquez, C., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 74. No obstante, también ha sido advertido por la doctrina que en la realidad actual existe aún un importante «desequilibrio» en cuanto al interés científico de la Criminología en relación a su objeto, ya que polariza éste fundamentalmente en la dualidad delincuente-victima, pese a que ciertamente protege más el estudio del primero sobre la segunda. A esta le concede un papel secundario, siendo incluso neutralizada hasta el punto en que en un proceso penal meramente puede ser testigo del proceso o de forma coadyuvante, todo lo más, plantear de forma independiente una acusación particular. Mas en profundidad puede verse esta idea en Hassemer, W., y Muñoz Conde, F., *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*, cit., p.31.

<sup>73</sup> García-Pablos de Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., pp. 113 y 114. Advierte el autor que al delincuente se le analiza desde una visión biopsicosocial en lugar de desde una biopsicopatológica como era referencia en tantas biografías clásicas dirigidas por el espíritu individualista y correccionalista de la Criminología tradicional.

<sup>74</sup> Morillas Cuevas, L., *Sistema de Derecho penal. Parte General*, cit., págs. 186 y 187. Mas en profundidad sobre esta técnica puede verse en Norza, E., Moreno, J., Vargas, N., Rodríguez-Mesa, L., Villamil, J., & Herrera, M. (2021). La técnica de perfilación criminológica: conocimiento, características y utilidad en Colombia, *Revista Criminalidad*, 63.1, (2021), pp. 155 a 171. de León Pérez, J.C., «La perfilación criminal y su método de estudio análisis desde la Psicología criminal», *Perfiles de las Ciencias Sociales*, Volumen 7, Número 13, julio-diciembre (2019), pp. 231 a 262. En este sentido, se indica que, a día de hoy, ha vuelto el interés en explorar los rasgos de la personalidad de los delincuentes, dejando en un segundo lugar las causas externas donde aparecen tales personalidades. Ese «redescubrimiento» no consta como teoría absoluta, es más, hay que decir que dicho empeño científico viene dirigido por los criminólogos procedentes de las ciencias de la conducta frente a los formados en las ciencias sociales. Véase, Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 5.

sentido, se puede definir a ésta como «la suma de acciones realizadas por autores predispuestos»<sup>75</sup>.

Pese a lo anterior, cierto sector de la doctrina científica sigue en aras de la separación entre el aspecto subjetivo y el objetivo ya que prefieren acaparar la noción de delincuencia para el primero de dichos aspectos, diferenciándolo del concepto de delito en el que se van a examinar los aspectos situacionales o de «oportunidad objetiva»<sup>76</sup>.

Igualmente, puede advertirse una circunstancia que no puede pasar ciertamente desapercibida y es a quién se le puede considerar delincuente, a quien ha realizado un acto ilegal o a quien ha sido detenido por este motivo. A la hora de evaluar la criminalidad como fenómeno común frente a lo «individual del delito»<sup>77</sup>, es muy importante afrontar dicha pregunta ya que si nos fijamos solo en los datos de los delincuentes detenidos se tenderá a minimizar la importancia del tipo de criminalidad que se esté examinando por el hecho de obviar la intitulada como «cifra negra»<sup>78</sup>. Esta fue una terminología acuñada por el fiscal japonés Shigemma Oba en 1908, que se refería a esa delincuencia, en términos numéricos que es ignorada al no quedar reflejada en las estadísticas, pudiéndose sólo ser calculada meramente por aproximación<sup>79</sup>.

A modo de incidir más en la cifra negra, puede ponerse como ejemplo que el número de agresores sexuales encarcelados en ningún caso sería de utilidad para vislumbrar la genuina trascendencia social que posee este fenómeno, pero incluso tampoco sería tal situación válida para conformar un perfil científico y válido de este tipo de delincuentes de corte sexual. Por tanto, si las cifras (estadísticas) indican que el perfil del

<sup>75</sup> Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 5. Pone mucho énfasis en el aspecto de la predisposición, entendiendo que esta circunstancia dependerá del ámbito de delitos que se considere. Pone como ejemplo al asesino en serie y al ratero indicando que no es lo mismo la predisposición de uno y otro en referencia al delito, incidiendo igualmente en el delincuente de cuello blanco.

<sup>76</sup> Gottfredson, M.R., y Hirschi, T., *A general Theory of crime*, Standford, 1990, pp. 10 y ss.

<sup>77</sup> Hassemer, W., y Muñoz Conde, F., *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*, cit., p.31.

<sup>78</sup> Citada en García-Pablos de Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., p. 107. Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 67.

<sup>79</sup> Serrat Juliá, M.A., *Liderando el «Bienestar» laboral?. Orden o caos*, 2<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2021, p. 167. Molina Blázquez, C., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 74. La autora indica que para la Criminología el campo de estudio no puede limitarse al hombre o a la mujer que ya ha cometido un delito en el sentido jurídico de la palabra y que, además, ya ha sido condenado por él, entendiéndose de esta forma como el único ciudadano propiamente delincuente ante la ley penal. De esa forma, esta ciencia dejaría fuera de su objeto a la mayoría de los delincuentes reales, puesto que, en ciertos campos de la delincuencia, el número de los condenados por un delito específico es menor al número que de los que de hecho se cometen.

agresor sexual condenado a una pena privativa de libertad posee unas características como son la de pertenecer a clase baja, quasi marginal, con nimios estudios y la mayoría de ellos reincidentes, ¿Podría entenderse que se trataría de un registro válido para consolidar un perfil para todo este tipo de delincuentes sexuales o sólo sería útil para establecer el de unos cuantos? La pregunta no deja de poner en solfa el sistema por cuanto se necesita de mayor incidencia de la Criminología al objeto de poder establecer un estudio empírico en función de la delincuencia acaecida y no meramente aquella que a la que se le ha podido aplicar la norma jurídica.

En cuanto a la víctima, con anterioridad ha quedado expuesto que la doctrina mayoritaria entendió, dentro del objeto de la ciencia examinada, y, ampliándolo, con respecto al delincuente, al delito, al control social y en este caso a la víctima, que es hoy un objeto destacado de la investigación criminológica<sup>80</sup>. No obstante, no queda absolutamente claro que se encuentre incluida como se ha puesto de manifiesto por determinado sector de la doctrina científica<sup>81</sup>, cuestión que se abordará más adelante cuanto se analice la relación de la Criminología con otras ciencias, como en este caso la Victimología. Sin embargo, debido a esa doctrina mayoritaria que la incluye, debe hacerse en este momento un sucinto análisis sobre la víctima para que el lector se puede hacer una idea sobre lo que opina la mayoría de los autores de la ciencia criminológica moderna.

A este respecto, la Academia ha vuelto su mirada hacia un posicionamiento diferente de la víctima por cuanto se ha realizado su importancia y amplitud de estudio dentro del campo del análisis criminológico<sup>82</sup>. Esta situación posee su génesis en las atrocidades pretéritas en los regímenes hitlerianos, stalinistas e incluso en la «grosera» Segunda Guerra Mundial. Fue precisamente el colectivo judío quien dispondría un mayor esfuerzo a la hora de «redescubrir» a las víctimas para la Criminología<sup>83</sup>.

Desde los años 80, tanto en Europa, como en España, el avance del interés por la víctima ha ido en una progresión constante, circunstancia por la cual en esos años se observa un empuje evidenciado en ayudas a

<sup>80</sup> Sainz Cantero, J.A., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 82. Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 6. Indica que existió un largo periodo en el que la víctima fue sometida al principio de neutralización por parte del Estado, hecho por el cual el estudio de la víctima recibió muy poca atención. Sin embargo, desde mediados del siglo XX, los perjudicados por el delito han ido logrando carta de naturaleza dentro del concepto del objeto de la Criminología.

<sup>81</sup> Vid. Por todos, Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 187.

<sup>82</sup> Sobre este particular, véase, Hassemer, W., y Muñoz Conde, F., *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*, cit., p.139.

<sup>83</sup> Beristain Ipiña, A., *Nueva Criminología desde el Derecho penal y la Victimología*, Valencia, 1994, pp. 235 y 236. Herrera Moreno, M., *La hora de la víctima. Compendio de Criminología*, Madrid, 1996, p. 91.

través de tanto fondos estatales como de las CC.AA, en las que se crearon las primeras oficinas de asistencia a víctimas, además de generarse las primeras estructuras de lo que a la postre sería el moderno movimiento asociativo de víctimas de diversos colectivos, fundamentalmente, en los años 90, el del terrorismo. Con posterioridad, también se crearía otro para las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Tales colectivos, y sus recursos, posibilitarían el hecho del probable impago de los autores por los daños y perjuicios ocasionados por estos ilícitos criminales<sup>84</sup>.

En cuanto al concepto de víctima, aparece uno más restringido y otro más amplio. El primero de ellos, nombrado también como concepto jurídico, entiende a una persona o grupo de ellas sobre las que incide, recae o perjudica la conducta penal bien sea sobre sí misma, sus bienes, sus derechos o sobre personas afines<sup>85</sup>; el segundo, corresponde a una interpretación más amplia, según la cual la víctima padece un daño por acción u omisión propia o ajena o por causa fortuita. Cabe decir que dicha amplitud se refleja más en el ámbito de la Criminología que del Derecho penal. Para este último, se trata de un sujeto pasivo del delito. Sin embargo, para la Criminología no solo merecen dicha condición los afectados por el ilícito criminal, sino igualmente los que sufren conductas que en principio no son delictivas como pudieran ser la drogodependencia o los accidentes de tráfico<sup>86</sup>. En esta línea, un sector de la doctrina científica pretende incluir en la figura de la víctima a «toda persona damnificada por accidentes o catástrofes naturales»<sup>87</sup>, aspecto éste que parece excesivo y que proviene de entender la situación de la víctima como una realidad emocional común, esto es, que la damnificada es «toda aquella persona que sufre por cualquier tipo de carencia o menoscabo (físico, social) o por cualquier acontecimiento traumático (accidente, delito e incluso un infortunio)»<sup>88</sup>.

Podría volverse la vista al concepto de víctima desde una perspectiva más bien normativa, debiéndose acotar desde la Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre del Parlamento y del Consejo Europeo, en el que dicha figura se define desde dos aspectos: a) Se trata de una persona física que

<sup>84</sup> Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, 3<sup>a</sup> ed., cit., pp. 6 y 7.

<sup>85</sup> Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 187.

<sup>86</sup> Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 7. Señala este autor que deben también ser consideradas víctimas de interés para la Criminología aquellas víctimas ocultas de los abusos de poder y, particularmente, las que lo son de Estados no europeos. Véase la negativa de ciertos Estados a reconocer abusos como pudieran ser la tortura e incluso las muertes ilícitas.

<sup>87</sup> Mendelsohn, B., «La victimologie, science actuelle», *Revue de droit Pénal et de Criminologie*, abril, n° 7 (1959), pp. 619 y ss.

<sup>88</sup> Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 7. Cfr. Molina Blázquez, C., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 76.

ha sufrido un daño o perjuicio directamente causados por una infracción criminal; b) Familiares de una persona cuya muerte ha sido directamente causada por un delito y que hayan sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de esa persona<sup>89</sup>.

En todo caso, parece demasiado estricta esta clasificación, en aras de conseguir una seguridad jurídica para con el resarcimiento de la víctima, proveniente de la Directiva antedicha ya que la Criminología, de por sí, aborda esta temática desde un carácter más abierto e inclusivo. Normalmente, en esta ciencia la clasificación por la que se ha optado en referencia a esta figura es la siguiente pese a que tal disposición no ha sido admitida pacíficamente<sup>90</sup>:

- a) Víctima directa o primaria: la persona que recibe la agresión o sufre el daño en primera persona y en un primer momento<sup>91</sup>.
- b) Víctima secundaria: entorno cercano de la víctima y que también sufre por el daño acaecido.
- c) La sociedad en su conjunto, porque un delito termina afectando a toda la comunidad<sup>92</sup>.

Sin embargo, a la hora de determinar a la víctima como posible objeto de estudio de la Criminología debe atenderse al análisis de su personalidad, a su posible condición de factor o estímulo del hecho criminal o como elemento de protección de las consecuencias delictivas que se deriven sobre ella<sup>93</sup>.

<sup>89</sup> La propia Directiva hace una interpretación exhaustiva del término familiares atendiendo a los siguientes grupos de personas: a) El cónyuge; b) La persona que convive con la víctima, manteniendo con ella una relación personal, íntima y comprometida, en un hogar común y de manera estable y continua; c) Familiares en línea recta; d) Hermano y hermanas; e) Personas a cargo de la víctima.

<sup>90</sup> Tamarit Sumalla, J.M., «La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas», en Echeburúa Odriazola, E., et.al., (coords.), *Manual de Victimología*, Valencia, 2006, pp. 32 y ss. García-Pablos Molina, A., «El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993, pp. 287 a 320.

<sup>91</sup> García-Pablos de Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., pág. 128. Para este autor, por victimización primaria suele aludirse al proceso por el que una persona sufre, de modo directo e indirecto, los efectos nocivos derivados del delito o hecho traumático sean estos materiales o psíquicos. Prosigue dicho autor señalando que los efectos nocivos inherentes o derivados del delito trascienden los consustanciales del bien jurídico u objeto ideal de cada delito. Es por ello que, junto a la lesión de la libertad sexual mediante una violación, igualmente los trastornos psicológicos que van inmanentes a ella también pertenecen a la victimización primaria.

<sup>92</sup> García-Pablos Molina, A., *Tratado de Criminología*, 5<sup>a</sup> ed., cit., p. 128. Rodríguez Manzanera, L., *Criminología*, cit., p. 73.

<sup>93</sup> Morillas Fernández, , D.L., Patro Fernández, R.M., y Aguilar Cáceres, M., *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 2015, p. 91 a 102. En el mismo sentido, Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 187. Cfr. Rodríguez Manzanera, L., *Criminología*, cit., p. 73.

Desde el punto de vista del criminólogo, éste debe reconocer a una víctima desde un principio común al dolor y al sufrimiento<sup>94</sup>, pero, a partir de ello, debe concentrarse tanto en las víctimas del delito como en la conducta desviada<sup>95</sup>.

En el ámbito del concepto del control social<sup>96</sup> se incluyen las técnicas de que dispone una sociedad establecida para intentar afirmar la adecuación de las actuaciones de sus integrantes a una serie de reglas y principios instituidos con los que ésta hace frente a quienes los vulneran<sup>97</sup>, entendiéndose como parte del objeto de la Criminología<sup>98</sup>. Este extenso concepto de control social posibilita el hecho de considerar también al Derecho penal como un mecanismo más de control social dirigido a normalizar la vida en sociedad<sup>99</sup> y al que le es inherente la utilización de medios represivos<sup>100</sup>.

<sup>94</sup> Wright, M., «Preventing harm, promoting harmony», en Davis, P., Francis, P., y Jupp, V., (eds.), *Victimisation: theory, research and policy*, London, 2003, p. 173.

<sup>95</sup> Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, 3<sup>a</sup> ed., cit., pp. 7 y 8. Advierte que el criminólogo debe prevenirse ante la tendencia de instrumentalizar el dolor de la víctima al objeto de evidenciar una mayor coerción del Estado. Comparte una visión republicana de la sociedad y de la justicia en función de que la víctima requiere atenciones y compensaciones ya que se le ha interferido de manera injusta en su vida o en su ámbito de actuación causándosele dolor, si bien señala que tal circunstancia no debe servir para cronificar el estatus de delincuente como ciudadano de segunda. En este sentido, Braithwaite, J., y Pettit, P., *Not just deserts. A republican theory of criminal justice*, Oxford, 1990, p. 91 y 92.

<sup>96</sup> Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 187. Incide en que el control social va mucho más allá del delito y de sus actores, incorporando las formas de reacción social y jurídica de la lucha contra la criminalidad.

<sup>97</sup> Cohen, S., *Visiones de Control Social*, Barcelona, 1988, p. 15. Ramonet, I., «Pensamiento único y nuevos amos del mundo», en Chomsky, N., y Ramonet, I., *Cómo nos venden la moto*, Barcelona, 1995, p. 66. Bustos Ramírez, J. J., y Hormazabal Malaree, H., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Madrid, 2006, p. 17. Muñoz Conde., F., y García Arán, M., *Derecho penal. Parte General*, 10<sup>a</sup> ed., cit., p. 26.

<sup>98</sup> Berdugo Gómez de la Torre, I., «La ciencia del Derecho penal en la actualidad», en Demetrio Crespo, E., y Rodríguez Yagüe, C., (coords.), *Curso de Derecho penal. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 81. Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, 4<sup>a</sup> ed., cit., p. 39. Hassemer, W., y Muñoz Conde, F., *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*, cit., pp. 24 y 25. García-Pablos Molina, A., *Tratado de Criminología*, 5<sup>a</sup> ed., cit., p. 228.

<sup>99</sup> Cfr. Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, 11<sup>a</sup> ed., cit., pp. 25 y ss. Muñoz Conde, F., *Derecho penal y Control Social*, Bogotá, 1999, p. 25 y 26. Señala que, dentro del control social, la norma penal, el sistema jurídico-penal, ocupa un lugar secundario, puramente confirmador y asegurador de otras instancias mucho más sútiles y eficaces. Díez Ripollés, J. L., *Derecho penal español. Parte general en esquemas*, 2<sup>a</sup> ed., Valencia, 2009, p. 17. Indica el autor que el Derecho penal constituye un subsistema del sistema de control social. Berdugo Gómez de la Torre, I., «El Derecho penal», en Demetrio Crespo, E., y Rodríguez Yagüe, C., (coords.), *Curso de Derecho penal. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., cit., pp. 1 y ss.

<sup>100</sup> Muñoz Conde, F., *Derecho penal y Control Social*, cit., p. 26. El Derecho penal no es más que la parte visible, la más tétrica y terrible quizás, del iceberg que representan los mecanismos de control del individuo en la sociedad, aunque subraya que no es el único ni el más importante, puesto que sus normas son insuficientes y demasiados débiles para mantener el sistema de valores sobre el que descansa la sociedad. Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho*

El control social se ejerce fundamentalmente a través de dispositivos informales (religión<sup>101</sup>, escuela, vecindad, ejército, familia, centro de trabajo...)<sup>102</sup> u otros más sutiles como los que poseen técnicas de sugestión, verbigracia los poderes económicos y de comunicación (televisión, cine, marketing, publicidad, etc...)<sup>103</sup>. De este modo, el control que ejercen estas instituciones se rige por un sistema informal de usos, costumbres, tradiciones y con frecuentes apelaciones a un Código ético y moral no escrito y también a la reciprocidad<sup>104</sup>. Frente a estos elementos, los de un control social de carácter formalizado, ejercido por instancias que han sido precisamente creadas con la finalidad de ejercer el control social como la policía, los tribunales, el derecho y el procedimiento penal, además de los establecimientos penitenciarios como pueden ser cárceles, instituciones socio-terapéuticas y las oficinas cuyos registros poseen la información sobre las personas objeto de una sanción penal (registrar, clasificar y archivar)<sup>105</sup>.

---

*penal. Parte general*, 11<sup>a</sup> ed., cit., p. 27. Mir Puig, S., *Fundamentos de Derecho Penal y Teoría del delito*, cit., p. 11.

<sup>101</sup> Bustos Ramírez, J. J., y Hormazabal Malaree, H., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 21. Señalan estos autores que puede caracterizarse al Estado guardián o democrático de Derecho, entendiendo que entre los mecanismos informales se encuentra la Iglesia. Cfr. Mir Puig, S., *Fundamentos de Derecho Penal y Teoría del delito*, cit., p. 11. Pérez Alonso, E., «Concepto, función y fines del Derecho penal», en Pérez Alonso, E., (coord.), *Derecho penal Parte General. Manual*, cit., p. 4.

<sup>102</sup> Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 429 y ss. Añade el autor instituciones como empresas, poderes públicos, sindicatos, ejércitos y asociaciones. Véase, Jescheck, H., y Heinrich-Weigend, T., *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Trad. Olmedo Cardenete, M., 5<sup>a</sup> ed., Granada, 2002, p. 2. Pérez Alonso, E., «Concepto, función y fines del Derecho penal», en Pérez Alonso, E., (coord.), *Derecho penal Parte General. Manual*, cit., p. 4. Habla de medios de comunicación social, las redes sociales, etc. Wikströn, P.O.H., «Por qué se delinque: una teoría de la acción situacional», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 17, 2017, p. 356. La eficacia colectiva es una medida creada porque combina el nivel de cohesión social y de control social informal de un área y se asume que mide la disposición de los residentes a intervenir en favor del bien común, como es prevenir el delito. Para este estudio, un área con pobre eficacia colectiva es definida como un área entre el 25% de áreas geográficas de estudio con los resultados más débiles en eficacia colectiva.

<sup>103</sup> Bustos Ramírez, J. J., y Hormazabal Malaree, H., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 20. Zugaldía Espinar, J.M., «El Derecho penal», en Moreno-Torres Herrera, M.R., (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 5<sup>a</sup> ed., Valencia, 2021, p. 26. Dentro de los medios de comunicación distingue: radio, prensa o televisión.

<sup>104</sup> Bustos Ramírez, J. J., y Hormazabal Malaree, H., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 20.

<sup>105</sup> Luzón Peña, D.M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3<sup>a</sup>ed., p. 37. Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, 11<sup>a</sup> ed., cit., pp. 29 y ss. Bustos Ramírez, J. J., y Hormazabal Malaree, H., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 20. Estos autores entienden que el criterio de distinción entre los mecanismos de control formales e informales reside en la naturaleza del órgano que lo ejerce y no en los niveles de formalización de los mecanismos; es más, la respuesta de este tipo de control, frente al informal, es que está regulada por el derecho escrito.

Así pues, todos los mecanismos de control (formales e informales)<sup>106</sup> se superponen e interrelacionan continuamente, brindando una copia nítida de lo que representa el «orden social»<sup>107</sup>, pero válida para un lugar y momento establecidos.

Por tanto, tales mecanismos se ven proyectados esencialmente en la eficacia del sistema de sanciones que se utilizan, como medio de reacción contra la criminalidad y en la idoneidad del mismo, para completar su función preventiva<sup>108</sup>.

De este modo, cabe señalar que el Derecho penal no es una salvedad a la naturaleza profundamente dinámica que posee el control social en todas sus disimilitudes, puesto que tanto el contenido de las normas penales como de las formas de reacción punitiva difieren esencialmente en cada sociedad y, dentro de ella, en cada coyuntura histórica.

Efectivamente, puede advertirse que éste es sólo uno de los instrumentos del mismo, indicándose que su contenido y relaciones deben ser concordantes con todo el sistema de control social. En consecuencia, el estudio del Derecho penal contemporáneo no podrá alejarse de la forma de Estado democrático y de derecho en que se organiza la sociedad española en la actualidad y, fundamentalmente, la norma primaria del ordenamiento jurídico: la Constitución de 1978<sup>109</sup>. Texto normativo que debe motivar y presidir todo el sistema social y, desde luego, el sistema de control social, incluyendo el Derecho penal<sup>110</sup>.

<sup>106</sup> Berdugo Gómez de la Torre, I., y Pérez Cepeda, A.I., «Derecho penal. Concepto y funciones», en Berdugo Gómez de la Torre, I., (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio de el Derecho penal. Introducción al Derecho penal*, Tomo I, 2<sup>a</sup> ed., cit., p. 20.

<sup>107</sup> Puede decirse que el control social formal entra en escena cuando el informal ha fracasado, esto es, a modo de ejemplo, cuando un padre qué intenta dirigir las conductas desviadas de su hijo sin suerte y, definitivamente, ha de acudir a la policía para controlarle.

<sup>108</sup> Redondo Illescas, S., y Garrido Genovés, V., *Principios de la Criminología*, 4<sup>a</sup> ed., cit., pp. 68 a 70. Morillas Fernández, D.L., «Introducción a la Criminología», *Revista de Derecho*, nº 8, 2004, p. 51.

<sup>109</sup> Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, págs. 13 y ss. Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P., «Aproximación al Derecho penal contemporáneo, veinte años después: Los fines del Derecho penal», en Robles Planas, R., y Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P., (coords.), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 2010, pp. 35 y 36. Berdugo Gómez de la Torre, I., y Pérez Cepeda, A.I., «Derecho penal. Concepto y funciones», en Berdugo Gómez de la Torre, I., (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Introducción al Derecho penal*, Tomo I, 2<sup>a</sup> ed., cit., p. 19.

<sup>110</sup> Berdugo Gómez de la Torre, I., «El Derecho penal», en Demetrio Crespo, E., y Rodríguez Yagüe, C., (coords.), *Curso de Derecho penal. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., cit., pp. 2 y 3. No obstante, a colación de entender al Derecho penal como uno de los mecanismos de control social de los ciudadanos para mantener el consabido orden social, se ha puesto de manifiesto que las normas penales son una especie de Constitución en negativo. En este sentido, Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho penal. Parte General*, cit., p. XXIX.

### 3. Elementos que conforman el método de la Criminología: estadísticas, encuestas, entrevistas, análisis documental y la observación (directa y participante)

Como se ha puesto de relieve a lo largo de páginas anteriores, la Criminología como ciencia ha pasado de entenderse como causal-explicativa<sup>111</sup> a considerarla como ciencia empírica e interdisciplinar<sup>112</sup>, de un método empírico-inductivo<sup>113</sup>.

Con todo, para que una ciencia pueda considerarse como tal debe contener un método de investigación definido, o sea, un procedimiento que posibilite recabar conocimientos del objeto de estudio que permita la formulación de hipótesis fiables, válidas y relevantes<sup>114</sup>.

El método es muy importante para la consideración de la Criminología como ciencia, pero no solo para eso, también es imprescindible pues la ausencia de éste convierte a una pretendida ciencia en un cúmulo desordenado de posiciones ante la criminalidad, fundamentada en el menor

---

<sup>111</sup> Sainz Cantero, J.A., «Derecho penal y Criminología», cit., p. 7.

<sup>112</sup> García-Pablos Molina, A., *Tratado de Criminología*, 5<sup>a</sup> ed., cit., p. 37. Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 188. Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General I*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 65. Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, cit., p. 40. Pérez del Valle, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 5<sup>a</sup> ed., cit., p. 38.

<sup>113</sup> Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 188. Seelig, E., *Tratado de la Criminología*, cit., p. 27. Señala este autor que «como quiera que los fenómenos reales solo pueden ser conocidos por medio de juicios de percepción (experiencia), la Criminología pertenece a las ciencias empíricas que se sirven del método inductivo (por oposición a las ciencias apriorísticas como la Matemática. Que extraen conclusiones deductivamente). Por ello, no se puede cultivar en un gabinete. Nunca se podría descubrir por medio de operaciones puramente mentales como son realmente los delitos y cómo reacciona la sociedad ante los delitos cometidos, sino que el investigador tiene que interrogar a la vida misma ateniéndose con todo rigor a los hechos de la experiencia. De ahí que haya que rechazar las tendencias que propugnan dentro de la Criminología métodos especulativos». García-Pablos Molina, A., *Tratado de Criminología*, 5<sup>a</sup> ed., cit., p. 38. Cfr. Goppinger, H., *Criminología*, cit., p. 38. En referencia a la exactitud de las ciencias, como la Matemática precipitada por Seelig, este autor entiende que la Criminología no debe reputarse como ciencia exacta, concluyente y definitiva, pues al considerarse mayoritariamente ciencia empírica, es una ciencia del «deber ser» y por tanto carece, como apuntaba el positivismo naturalista, de seguridad y certeza.

<sup>114</sup> Téllez Aguilera, A., *Criminología*, Madrid, cit., p. 32. Entiende el término fiabilidad como una comprobación cuya exactitud formal es tal que cada investigación posterior debe conllevar los mismos resultados. Por otro lado, la validez atiende al contenido de una comprobación, siendo válida si con ella se demuestra lo que se pretende. Por otro lado, la relevancia exige la necesaria armonía y coherencia entre el todo y la parte; dado que cada comprobación, solo puede captar un fragmento o parcela de la realidad es indispensable que no se despegue de su contexto que le da sentido. García-Pablos Molina, A., *Tratado de Criminología*, 5<sup>a</sup> ed., cit., p. 38. Cfr. Goppinger, H., *Criminología*, cit., p. 73.

de los casos en prejuicios, cuando no en meras voluntariedades extraídas de la intuición en las que prolifera la comprometida polisemía<sup>115</sup>.

Pese a lo dicho, no es necesario que la ciencia criminológica posea un método propio, sino que se trata de aplicar una metodología científica común a las ciencias sociales<sup>116</sup>, por lo que en la ciencia hoy analizada es suficiente con la utilización de uno que proceda de otras ciencias<sup>117</sup>.

Así las cosas, puede advertirse que ciencia es el conjunto sistemático de conocimientos adquiridos a través de un método científico<sup>118</sup>. Por tanto, los caminos mediante los cuales se deben adquirir los juicios de percepción con los que se conocen los fenómenos reales que configuran el objeto de la Criminología son tanto la observación y el experimento que, como ciencia de síntesis que es, aplica los métodos y técnicas de las disciplinas que la integran<sup>119</sup>.

Con motivo de poder desarrollar el estudio del objeto de esta ciencia, la Criminología sigue, como otras ciencias, el intitulado método científico<sup>120</sup> que se concreta por los siguientes pasos:

<sup>115</sup> Cfr. Téllez Aguilera, *Criminología*, cit., p. 32. Este autor indica que ya en la década de los cuarenta se expusieron los peligros derivados de que en la Criminología gobernara la polisemía, resaltando las discrepancias observadas entre los términos utilizados por los criminólogos europeos, más cercanos al Derecho, la Antropología y la Psicología y los usados por sus homónimos estadounidenses, donde se patentiza una clara influencia de corte sociológico abogando para la creación de un vocabulario específico criminológico, aunque tal propuesta no ha obtenido todavía éxito en la actualidad. Véase, Kirk, P.L., «The standarization og Criminological nomenclature», *The journal of de Criminal Law, criminology and Police Science*, vol. 38, nº 2, julio-agosto, 1947, pp. 165 y ss.

<sup>116</sup> Elbert, C., *La Criminología del siglo XXI en América Latina*, Buenos Aires, 1999, p. 229. Dice que «el tema metodológico es relevante en toda disciplina social, por ser el eje de la investigación y sus resultados. Para los científicos, el rol del método debe ser esencial en el proceso de investigación y búsqueda». Hikal, W., «La Criminología científica y el método positivo», *Revista Jurídica Derecho y Cambio Social*, nº 15, 2008, pp. 1 y ss.

<sup>117</sup> Miralles, T., *Métodos y técnicas de la Criminología*, México, 1982, pp. 53 y ss. Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, cit., p. 12.

<sup>118</sup> Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, cit., p. 40.

<sup>119</sup> Morillas Cuevas, L., *Sistema de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 188. Serrano Maillo, A., *Introducción a la Criminología*, 2<sup>a</sup> ed., cit., pp. 40 a 42. Habla de la importancia de la observación cuando se trata de una ciencia que aspira a describir y explicar la realidad. Seeling, E., *Tratado de Criminología*, Trad. José María Rodríguez Devesa, Madrid, 1956, pp. 27 y ss. Un amplio desarrollo sobre la cuestión puede observarse en Redondo Illescas, S., y Garrido Genovés, V., *Principios de la Criminología*, 4<sup>a</sup> ed., cit., pp. 27 y ss. Orellana Viarco, O.A., *Manual de Criminología*, México, 2016, p. 40.

<sup>120</sup> No obstante, pese a que se aplique la metodología científica como modalidad metodológica de aplicación a un objeto concreto de conocimiento, posee, en lo que se refiere a científica, rasgos comunes en cualquiera de sus modalidades, no es indiferente aplicar la misma metodología a objetos de conocimientos distintos. Así, se apunta a que cada espacio del conocer requiere «propiedad de método». En este sentido, Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, cit., p. 41. Lambert, J., *Psicología social*, 3<sup>a</sup> ed., Madrid, 1989, pp. 70 y ss. Para este autor existe la idea de una relación entre la posición teórica de un investigador y la metodología que adopta. No existe, continúa, una metodología que nos permita medir todas las cosas al mismo tiempo, por

- a) Observación de la realidad. Puede decirse de esta fase que es el punto de partida. Toda investigación parte de la curiosidad del investigador por algo que sucede a su alrededor o dentro de sí que no sabe explicar especialmente, pero de lo que posee interés para saber más y averiguar el por qué y el cómo se produce de esa manera<sup>121</sup>.
- b) Definición del problema. Este apartado consiste en delimitar aquello que se quiere investigar. Se dice que las realidades del día a día se encuentran interrelacionadas, por ello es muy importante saber perfilar muy bien el espacio de estudio en el que se va a interactuar, esto es, la pregunta concreta e individual que se quiere contestar<sup>122</sup>.
- c) Formulación de hipótesis inicial. En este sentido, usualmente, hay que referirse a la realización de una cuita que se intenta responder con los datos que se conocen. Puede ocurrir que esa pregunta en algunas ocasiones se responda correctamente y otras no. A esta circunstancia se le denomina hipótesis inicial, o sea, ese germinal intento de respuesta a la interrogación que se ha planteado y que, en virtud de la investigación posterior, se sabrá si era la correcta o no<sup>123</sup>.
- d) **El método investigador.** Toda investigación que se precie ha de encontrarse presidida por un diseño apropiado a lo que se pretende

---

lo que es conveniente aplicar a la metodología el principio de que aprenderemos más y se alcanzarán con más celeridad los objetivos de predecir la conducta social humana en tanto en cuanto si determinadas posiciones teóricas se dedican «a lo suyo», por cuanto las teorías y los métodos se encuentran indefectiblemente ligados.

<sup>121</sup> Cienfuegos Velasco, M. A., «Reflexiones en torno al método científico y sus etapas», *Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y Humanísticas*, vol. 8, nº 15, 2019, p. 9. Morles, V., «Sobre la metodología como ciencia y el método científico: un espacio polémico», *Revista de Pedagogía*, vol. 23, nº 66, 2002, pp. 1 y ss. Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 13. Dice que se trata, frente a la observación participante, de una en la que el observador no se implica tanto, esto es, observa, examina, pero sin mantener un especial contacto humano con el grupo o colectivo investigado. Prosigue, advirtiendo que a día de hoy, la observación directa se ha incluido prácticamente en la prevención situacional. Rodríguez Devesa, J.M., *Derecho Penal español. Parte General*, Madrid, 1981, p. 73. Rodríguez Manzanera, L., *Criminología*, 2<sup>a</sup> ed., p. 43 y 44. Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, cit., p. 41. Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 188.

<sup>122</sup> Asensi Artigas, V., y Parra Pujante, A., «El método científico y la nueva filosofía de la ciencia», *Anales de Documentación*, nº 5, 2002, p. 13.

<sup>123</sup> Chinche Duicela, J., Ramón Pozo, J., López Aguirre, J.F., «El método científico: análisis de la literatura», *Revista Imaginario Social*, vol. 3-2, 2020, p. 58. Bunge, M.A., «El planteamiento científico», *Revista Cubana de Salud Pública*, 43, 2017, p. 2. Otsen, T., Manterola, C., Rodríguez Núñez, I., & García Domínguez, M., «La necesidad de aplicar el método científico en investigación clínica. Problemas, beneficios y factibilidad del desarrollo de productos de investigación», *Inst. J. Morphol.*, 35, 2017, p. 1033. Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, cit., p. 41.

investigar. Es por ello que no es únicamente el tema de elegir sus herramientas para conformar la investigación, sino que también se han de usar los tiempos y los recursos correctos. En consecuencia, la investigación, junto a ello, deberá someterse a un catálogo de requerimientos éticos desde el inicio de su programación<sup>124</sup>.

- e) **Recogida de datos.** Se trata de la investigación propiamente dicha, que se desarrolla a través de las herramientas que se han elegido en la etapa en la que aparece el método investigador. En esta fase se recogerán una serie de datos satisfactorios para proporcionar respuestas a la pregunta de inicio. Fundamentalmente, en la medida en que se alcancen más datos, más rigurosa será la investigación<sup>125</sup>.
- f) **Ánalisis de datos.** En este sentido, una vez culminada la fase anterior, bajo las directrices instauradas en la fase dedicada al método investigador, tales reseñas deben analizarse. Dicha exploración se desarrolla con la utilización de otros instrumentos que pueden ser, <sup>126</sup>entre otros, estadísticas, documentales, etc.,<sup>127</sup> pero han de depender de si se va a acoger una investigación cuantitativa, cualitativa o ambas<sup>128</sup>.

<sup>124</sup> Asensi Artigas, V., y Parra Pujante, A., «El método científico y la nueva filosofía de la ciencia», cit. p. 13 y ss. Chinche Duicela, J., Ramón Pozo, J., López Aguirre, J.F., «El método científico: análisis de la literatura», cit., p. 57.

<sup>125</sup> Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 67. Asensi Artigas, V., y Parra Pujante, A., «El método científico y la nueva filosofía de la ciencia», cit. p. 13. Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 15.

<sup>126</sup> Asensi Artigas, V., y Parra Pujante, A., «El método científico y la nueva filosofía de la ciencia», cit. p. 14.

<sup>127</sup> Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, Tomo I, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 66. Cienfuegos Velasco, M<sup>a</sup>. A., «Reflexiones en torno al método científico y sus etapas», cit., p. 6.

<sup>128</sup> La investigación cuantitativa viene a significar aquella en la que se intenta medir las circunstancias de corte cuantificable a través de la utilización de números, como el aumento o el decrecimiento del número de crímenes, porcentaje de la población que piensa de una manera, demografía, etc. Por otro lado, la investigación cualitativa es la parte de aquella que se centra en obtener datos no numéricos, como la percepción de la inseguridad, las características personales de un agresor, etc. Mas en profundidad en García-Pablos Molina, A., *Tratado de Criminología*, 5<sup>a</sup> ed., cit., p. 45. Dice que las estadísticas son el método cuantitativo por excelencia, aunque también pueden incluirse en esta línea al cuestionario y los métodos de medición, entre otras. Por contra, tanto la observación participante como la entrevista en profundidad son medios cualitativos. Así, los cuantitativos (que reducen sus datos a números como por ejemplo la estadística policial) son aquellos que explican la etiología, la génesis o el desarrollo de un fenómeno, mientras que los cualitativos (que no admiten la expresión numérica como puede ser la experiencia vital que narra un entrevistado en una entrevista abierta) permiten entender las claves profundas de un problema. Con la evolución de la Criminología se puede atesorar que, a día de hoy, existe una insuficiencia de los métodos cuantitativos, sus limitaciones y la obligación de completar las investigaciones con técnicas cualitativas. Cfr. Laub, J.H., Sampson, R.J., Allen, L.C., «The life-course: toward a theory of age-graded informal social

g) **Conclusiones y resultados. Los datos recogidos son los que definitivamente dirán la verdad que se busca.** De su cumplido examen se extraerán las conclusiones y respuestas a la pregunta que se formula al inicio de este proceso, esto es, la pregunta concreta e individual que se pretende responder. En el caso de que se posea la percepción de que los resultados no son irrefutables, será imprescindible cuestionarse que más se requiere para obtener que sí lo sean, generándose una obligación de redefinir, en algún caso, cualquiera de los puntos anteriores<sup>129</sup>.

Pero, la cuestión es que ¿cuándo se sabe en qué momento se ha obtenido la respuesta correcta a la pregunta que se expone al iniciar la investigación?. El método científico responde a dicha pregunta, siempre que acaezcan dos premisas o condiciones: de un lado, la refutabilidad, entendida ésta como «la capacidad de una teoría a ser sometida a otras pruebas o teorías para demostrar si mantienen su validez»<sup>130</sup>. De otro, la «repetibilidad» que viene a determinar que el experimento realizado tiene que poder ser reproducido o replicado por otro en las mismas condiciones que el original y alcanzar los mismos resultados.

Con todo, la aplicación del método científico impide emplear intuiciones o especulaciones al limitarse a unos pasos bien reglados y definidos que deben acatarse siempre.

Puede observarse que existen ciencias, como las propias «sociales» en las que un resultado no siempre suele ser el mismo, puesto que en este ámbito no se utilizan las matemáticas, ni leyes físicas o químicas, susceptibles de reproducibilidad y repetibilidad. A todo ello se llega porque

---

control», en Paternoster, R., y Bachman, R., (eds.), *Explaining criminals and crime. Essays in contemporary criminological theory*, Los Ángeles, 2001, pp. 98 y ss. Estos autores apuntan a que las metodologías cualitativas son imprescindibles ya que el delito no es meramente una magnitud, ni un fenómeno, se trata de un problema.

<sup>129</sup> Asensi Artigas, V., y Parra Pujante, A., «El método científico y la nueva filosofía de la ciencia», cit. p. 13. Bunge, M.A., «El planteamiento científico», cit., p. 5. Chinche Duicela, J., Ramón Pozo, J., López Aguirre, J.F., «El método científico: análisis de la literatura», cit., p. 54.

<sup>130</sup> Chinche Duicela, J., Ramón Pozo, J., López Aguirre, J.F., «El método científico: análisis de la literatura», cit., p. 55. Presenta al postulado como sujeto de cambio. En referencia a la «refutabilidad» debe traerse a colación la tesis de Popper cuando establece, en su método científico, que las ideas creativas hay que someterlas a la más eficaz «refutación» que, a su vez, se compone de tres elementos: a) la autocritica y la crítica más intensa; b) la más dura crítica externa; c) intentar, con el máximo esfuerzo su «falsación»; consiste ésta en constatar la hipótesis con la realidad mediante la búsqueda de las mejores pruebas materiales (con contenido empírico) que pueda rechazarla. Por tanto, no se trata de verificarla, porque además de proporcionar más errores, se considera conceptualmente imposible. Así las cosas, si no se supera la hipótesis, se rechaza. A mayor abundamiento, véase, Popper, K.R., *Conocimiento objetivo*, Madrid, 1974, p. 15. Cfr. Molini Fernández, F., «Proactividad: el método científico de Karl Popper aplicado al futuro», *Encuentros multidisciplinar*, nº 3, 1999, pp. 1 y 2.

en la Criminología se examinan comportamientos humanos, cambiantes y complejos por su naturaleza. Aparecen comportamientos no marcados por el determinismo ni por leyes universales.

Con cierta relevancia puede advertirse que el problema fundamental del método científico aplicado a la Criminología radica en el objeto como puede ser el fenómeno criminal y sus características sociales y dinámicas, que en muchas ocasiones incluyen procesos complejos inter e intrapersonales que se encuentran desprovistos de cierto determinismo o causalidad.

Pese a lo dicho con anterioridad, la investigación criminológica sí es eficaz y no se encuentra fuera de la órbita del método científico, de lo que se trata es que este método no debe utilizarse de manera absoluta en la Criminología. Sin embargo, ésta dispone de diversos instrumentos para desarrollar la investigación. A continuación se establece una relación de las mismos.

Se ha apuntado que la Criminología inició su camino por el ámbito científico a través de las estadísticas<sup>131</sup>, o sea, cuando la Criminología intentó apoyarse para conocer el fenómeno delincuencial, en hipótesis explicadas mediante su cuantificación<sup>132</sup>.

Así, la estadística es una actividad generalizada en la sociedad actual que sirve para medir hechos, resultados y productos<sup>133</sup>.

En consecuencia, puede observarse una definición más concreta sobre las estadísticas al decir que «son herramientas de estudio que poseen como fin el agrupamiento sistemático, por un periodo determinado de hechos con carácter social, con la pretensión de valorarlos numéricamente»<sup>134</sup>.

<sup>131</sup> Señalaba Gibbons que «los números son buenos servidores pero malos maestros». Véase, Gibbons, T.C. N., *Tendencias actuales de la delincuencia juvenil*, Ginebra, 1962, p. 12. Se dice que hay que tener cuidado ya que a veces se puede mentir con esta herramienta, pues la precisión de éstas depende en mucho de la terminología utilizada, de la tipificación legal, de los cambios de edad legal, de criterios políticos, etc.,. En este sentido, Rodríguez Manzanera, L., *Criminología*, cit., p. 53.

<sup>132</sup> Sobre la importancia de la Estadística, véase, Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español, Parte general I*, cit., p. 66. Este autor distingue entre estadística de masas, que se utiliza para el conocimiento de la criminalidad como fenómeno colectivo y las elaboradas con base en el estudio de casos análogos (método de los casos). Rodríguez Devesa, J.M., *Derecho penal español, Parte general*, cit., p. 74. Kaiser, G., *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, Heidelberg-Karlsruhe, cit., pp. 207 y ss. Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, cit., p. 43. García-Pablos Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., pág. 60.

<sup>133</sup> Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, cit., p. 43.

<sup>134</sup> Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, cit., p. 236. Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 188. Señala que en la estructura metodología es muy importante los sistemas estadísticos entendiéndolos como la capacitación de la criminalidad en cuanto al fenómeno delictivo. Cfr. Goppinger,

Normalmente, dicha herramienta puede servirse de la recogida de todos los datos posibles, esto es, población o universo<sup>135</sup>. Este agrupamiento sistemático habitualmente se realiza en base a una pequeña porción del grupo, que se designa como «muestra», con el ánimo de llevar a cabo determinadas deducciones con respecto al grupo total, tomando como fundamento el «cálculo de probabilidades»<sup>136</sup>.

De esta forma, aunque existen estadísticas generadas desde el ámbito privado, puede considerarse que las de orden más representativo son las oficiales, puesto que al criminólogo la modalidad que más le interesa es la estadística criminal<sup>137</sup>. Por ésta se comprende a la producida por las nombradas como instituciones de control formal, en función de sus fuentes<sup>138</sup>, como pueden ser la policía, la justicia y la cárcel<sup>139</sup>. Por tanto, como apunta Roldán Barbero, la estadística criminal representa el género del que son especies, la estadística policial, la judicial, de la Fiscalía y la penitenciaria<sup>140</sup>.

A continuación, se realizará una sucinta explicación de las características de cada una de ellas:

- a) Estadística policial: recoge todos los delitos que se denuncian o que llegan a conocimiento de la policía. Son emitidas por las direcciones generales de policía tanto de la Policía Nacional como

---

H., *Criminología*, cit., pp. 102 a 108. Morillas Fernández, D.L., «Introducción a la Criminología», cit., pp. 29 y 30.

<sup>135</sup> Bettini, R., y Ponti, G., *Criminología. Compendio de Criminología*, Sapienza, 2011, p. 21. Cfr. Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, cit., p. 237.

<sup>136</sup> Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, cit., p. 237. A tales inferencias o conclusiones, dice que poseen el carácter aproximado a la realidad, en suma, son una estimación y, en ningún caso, se trata de una verdad absoluta. En este sentido, Hassemer, W., y Muñoz Conde, F., *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*, cit., p.111. Señalan que no solamente a las estadísticas no se les puede apreciar un valor absoluto, sino que incluso tampoco se les puede dar uno parcial, ya que algunas veces se encuentran mal hechas y otras simplemente se manipulan. Con todo, prosiguen, se trata de una fuente que permite proyectarse una idea del volumen real de la criminalidad en un periodo de tiempo concreto.

<sup>137</sup> Esta representa la versión autorizada sobre el delito y los delincuentes. Cfr. Coleman, C., Moynihan, J., *Understanding crime data*, Buckingham, 1996, p. 25. Cfr. Molina Blázquez, C., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 83. Señala que esta tiene su comienzo poco tiempo después de que Quételet en 1835 publicara su obra *Physique Sociale*, además de constituir el arranque de la Sociología criminal de Ferri. Sobre los postulados de Quételet pueden verse en Hikal, W., «Los postulados de Quételet en el entendimiento de la criminalidad y como base de una política criminal», *Revista Jurídica Derecho y Cambio Social*, 2 de octubre, 2017, p. 8.

<sup>138</sup> García-Pablos Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., p. 80.

<sup>139</sup> Miralles, T., *Métodos y técnicas de la Criminología*, cit., pp. 307 y 308.

<sup>140</sup> Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, cit., p. 43. Molina Blázquez, C., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 83.

de la Guardia Civil, conteniendo ciertos datos como las intervenciones policiales, distribución geográfica de las mismas, etc.,<sup>141</sup>.

- b) Estadísticas judiciales: la *notitia criminis*, habitualmente, llega al juzgado mediante las denuncias a la policía. Sin embargo, también cabe la posibilidad de que se denuncie directamente ante el propio juzgado, bien por la víctima o por los hospitales en caso de que se produzcan lesiones<sup>142</sup>.

Recoge los delitos que lleguen a juzgarse o, al menos, sobre los que se abre un procedimiento judicial. Las elabora el Consejo General del Poder Judicial cogiendo como base los informes enviados por los diferentes juzgados<sup>143</sup>. Se incluye en ellos cifras sobre el número de delitos juzgados y el número de diligencias judiciales emitidas<sup>144</sup>.

- c) Estadísticas de la Fiscalía: este tipo se encuentra elaborado por la Fiscalía General del Estado en su Memoria Anual<sup>145</sup> que consta de las siguientes secciones: 1. Orden cuantitativo de los procedimientos iniciados; 2. Orden cualitativo o de la naturaleza de los delitos cometidos; 3. Cifra de alguno de los delitos en particular; 4. Evolución de la delincuencia en las Comunidades Autónomas.

<sup>141</sup> Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, cit., p. 238. Dice sobre este tipo de estadísticas que sus datos se recogen sobre la base del «Plan Estadístico de Seguridad, en las estadísticas elaboradas por la Secretaría de Estado de Interior, del Ministerio de Interior. Molina Blázquez, C., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 83. García-Pablos Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., pp. 81 y ss. Habla en este aspecto de «Balance de Criminalidad». Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, cit., p. 51. Este autor advierte que la estadística policial no es «unívoca», puesto que en España no existe una policía ni unitaria ni centralizada. Es por este motivo que debe hablarse de «estadísticas policiales».

<sup>142</sup> Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, cit., p. 43.

<sup>143</sup> El informe se encuentra constituido por un solo folio en el que se refleja el número de diligencias abiertas y conclusas durante un trimestre. La fuente informativa, por su parte, es el Registro General del Juzgado donde se inscribe cada diligencia con su número y fecha. La suma de diligencias de cada trimestre contabiliza el cómputo anual. Sobre esta cuestión, Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, cit., p. 238.

<sup>144</sup> Molina Blázquez, C., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 84. García-Pablos Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., pp. 89 y ss. Cita a la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo, el Discurso de apertura de tribunales del Presidente del Tribunal Supremo, las Memorias del Consejo General del Poder Judicial y las estadísticas judiciales de España, que publica el Instituto Nacional de Estadística. En sus propias palabras, incide en que se tratan de cuatro fuentes de información, de muy distinto valor y utilidad, sobre la actividad de los tribunales penales en el espacio temporal del año judicial. Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, cit., p. 53.

<sup>145</sup> Se elaboran y presentan por el Fiscal General del Estado con la apertura de los tribunales. Cfr. García-Pablos Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., p. 89. Rodríguez Devesa, J.M., *Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 73.

Esta se cuantificará por provincias<sup>146</sup>. Hay que poner de manifiesto que la denuncia ante la Fiscalía es prácticamente insignificante, aunque en ciertas manifestaciones delictivas como son los delitos de corrupción y contra la Hacienda Pública, resulta más normal dicho procedimiento<sup>147</sup>

- d) Estadísticas de Instituciones Penitenciarias: la información estadística esencial relativa a la realidad penitenciaria española aparece en dos fuentes: el Informe General de Instituciones Penitenciarias y las estadísticas judiciales que publica el Instituto Nacional de Estadística<sup>148</sup>. Por parte de Instituciones Penitenciarias, la publicación de dichas estadísticas la realiza la Secretaría General<sup>149</sup> y se refieren a los datos relacionados con la población interna de los diferentes establecimientos penitenciarios españoles<sup>150</sup>, gestión regimental, tratamiento, asistencia social y sanidad<sup>151</sup>.

No obstante, se ha llegado a poner de manifiesto que el método estadístico, poseía sus limitaciones, en tanto en cuanto, si no se utiliza con cuidado se podría caer simplemente en grandes errores. Por tanto, la es-

<sup>146</sup> Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, cit., p. 238.

<sup>147</sup> Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, cit., p. 52. Ha señalado que en esta misma línea también han emergido los ilícitos contra el medio ambiente. Cfr. Vercher Noguera, A., «Ministerio Fiscal y Medio Ambiente. Nuevas perspectivas de actuación», *La Ley*, tomo 4, 1993, pp. 944 y ss. Pérez de Gregorio, J.J., «La prueba en el proceso penal por delitos contra el medio ambiente», *La Ley*, tomo 3, 1994, pp. 937 y ss.

<sup>148</sup> García-Pablos Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., p. 94.

<sup>149</sup> Martínez Fernández, R., «La Administración penitenciaria», en de Vicente Matínez, R., (dir.), *Derecho penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Valencia, 2015, p. 406.

<sup>150</sup> Dentro de este contenido referido a la población reclusa se hace patente la inclusión de los datos por sexos y centros, la población reclusa, según situación procesal (preventivos, penados, internos judiciales), distribución de la población reclusa penada por grados de tratamiento según sexo; tipología delictiva de la población reclusa, esto es, según el delito cometido y distribuido según sexo, reincidencia, movimiento de población reclusa y evolución de los liberados condicionales. Un segundo apartado dedicado a la gestión regimental recoge los contenidos de los internos FIES (Ficheros de Especial Seguimiento) e internos con características especiales; con control de drogas (lanzamiento desde el exterior, en paquetes, cacheos, etc.,) con traslados de internos (razones judiciales, regimentales, tratamiento, médicas y seguridad personal, entre otras. El tercer apartado se dedica al tratamiento y en éste se ofrecen cifras sobre clasificación de penados, sobre permisos y salidas programadas, sobre tratamientos de drogodependientes y unidades dependientes. Por último, un cuarto apartado, «asistencia social», en el que se contabilizan las actividades llevadas a cabo con relación a informes emitidos sobre: clasificaciones, revisiones de grado, permisos, seguimiento laboral en sección abierta, aceptación tutelada en libertad condicional, ofertas de trabajo, etc. Por último, también se ofrece un apartado, el quinto, dedicado a la sanidad, donde se ofrecen datos sobre los programas de salud (de prevención, de información, de higiene y salud medioambiental). Cfr. García-Pablos Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., pp. 94 y ss. Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, cit., p. 239.

<sup>151</sup> Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, cit., p. 239.

tadística posibilita únicamente desarrollar correlaciones o hipótesis que necesiten de una comprobación posterior por medio de otras técnicas<sup>152</sup>.

Por su parte, el cometido de la encuesta es el de examinar un fenómeno concreto mediante el uso de un cuestionario<sup>153</sup>. De modo que las respuestas normalmente suelen estar cifradas mediante un proceso de codificación previo y ulterior a la realización de las diversas preguntas.

En este caso concreto, suele partirse de una pequeña muestra<sup>154</sup>. De la que se realizará una deducción a partir de los datos obtenidos por la utilización de las herramientas estadísticas.

Por otro lado, los cuestionarios pueden medir una realidad cuantitativa<sup>155</sup> y cualitativa, es por ello que las preguntas formuladas en tal instrumento deben ser claras, cuantificables, deben significar lo mismo y han de ser entendibles por todos los destinatarios en cualquier parte donde se efectúen<sup>156</sup>. No obstante, frente a la herramienta de la entrevista, aquella limita al máximo las posibilidades de respuesta y la ponderación de sus matices<sup>157</sup>.

En el ámbito de la Criminología se utilizan dos clases de encuestas: a) encuestas de victimización<sup>158</sup>. En este modelo se pregunta a los sujetos

<sup>152</sup> Göppinger, H., *Criminología*, cit., pp. 129 y 130. Mergen A., *Die Wissenschaft vom Verbrechen*, cit., pp. 43 y ss. Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General I*, 3<sup>a</sup> ed., cit., pág. 67.

<sup>153</sup> El cuestionario es un instrumento de medición «cuantitativa», «cualitativa», «normalizado», «calibrado» y de «doble aspecto». Cuantitativa por cuanto describe la influencia de la variable independiente sobre las dependientes; está muy indicada para las investigaciones de «verificación». Como instrumento «normalizado» solicita una total homogeneidad y uniformidad de las preguntas, con el ánimo de hacer posible el ulterior análisis comparativo de las respuestas con técnicas estadísticas. Se habla, asimismo, de instrumento «calibrado» cuando lo que se requiere ensayos previos con personas de características similares a las que integran la muestra, al objeto de perfilar y corregir posibles errores en la hipótesis, conceptualización, formulación de preguntas, etc. En referencia a la temática del «doble aspecto», si bien se orienta al estudio de «grandes muestras», puede también cuantificar unidades de observación simples. Cfr. Miralles, T., *Métodos y técnicas de la Criminología*, cit., p. 363. Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, cit., p. 242.

<sup>154</sup> Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, cit., p. 67.

<sup>155</sup> Miralles, T., *Métodos y técnicas de la Criminología*, cit., p. 242. Dice que el cuestionario es un instrumento de medida, esencialmente cuantitativo, por lo que se usa en investigación fundamental de verificación.

<sup>156</sup> Hay que señalar que el cuestionario generalmente puede ser escrito. Pese a ello, en la actualidad, la presentación del cuestionario a los destinatarios puede hacerse, y normalmente se hace, a través de los medios telecomunicativos, como puede ser el teléfono, y telemáticos como pudiera ser internet. En este sentido, Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, cit., p. 242.

<sup>157</sup> Miralles, T., *Métodos y técnicas de la Criminología*, cit., p. 387. García-Pablos Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., p. 49.

<sup>158</sup> Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, cit., pp. 72 y ss. van Dijk, J., «On the uses of local, national and international crime surveys», en Kaiser, G., Kury, H., y Albrecht, H.J., (ed.) *Victims and criminal justice*, 52/2, Freiburg, 1991,

de la muestra por la posibilidad de haber sido víctimas de algún delito. De esta forma, se obtienen los datos de victimización más allá de las posibles denuncias interpuestas por las víctimas de delitos; b) encuestas de autodenuncia. En este tipo se pregunta a los sujetos de la muestra si han participado o han cometido algún delito. Por su parte, se logra la posibilidad de obtener datos de la criminalidad más allá de las posibles cifras delincuenciales que parten de denuncias y juicios realizados<sup>159</sup>.

Otra de las herramientas utilizadas es la entrevista. Frente al cuestionario, en el que el sujeto debe unirse al texto enunciado en la encuesta y a sus probables contestaciones, en lo que se refiere a la entrevista, el entrevistado goza de una mayor libertad para establecer una respuesta a la cuita enunciada.

Más técnicamente, puede definirse este instrumento, en palabras de Grawitz, como «el método de investigación científica, que utiliza un proceso de comunicación verbal para recoger unas informaciones, en relación con una determinada finalidad»<sup>160</sup>.

Al objeto de que se tache de eficaz, a la entrevista se le debe exigir que se elimine en ella las cuestiones embaucadoras, sugerentes e incluso las valorativas por parte del entrevistador<sup>161</sup>, quien debe ceñirse a comportarse como tal y, en ningún caso, ser protagonista de dicha conversación. Igualmente, éste tampoco debe generar ningún tipo de preponderancia por sus comentarios o por su conducta con el entrevistado.

En consecuencia, al entrevistador se le va a exigir una serie de requisitos que ha de cumplir para el correcto funcionamiento y validez de este mecanismo metodológico:

- a) Conocimiento fundado del fenómeno sometido a análisis y dimensiones del mismo que se trata de esclarecer.
- b) Conocimiento de las dificultades e inconvenientes de esta clase de comunicación humana.
- c) Encontrarse al tanto de los avances científicos en torno a tal fenómeno si se pretende alguna progresión.

---

pp. 235 y ss. Díez Ripollés, J.L., *et.al.*, *Delincuencia y víctimas*, Valencia, 1996, pp. 1 y ss. García-Pablos Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., pp. 71 y ss. Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, cit., pp. 243 y ss.

<sup>159</sup> García-Pablos Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., pp. 66 y ss. el mismo, *Tratado de Criminología*, 5<sup>a</sup> ed., cit., p. 278.

<sup>160</sup> Grawitz, M., *Métodos y Técnicas de las Ciencias Sociales*, Barcelona, 1975, p. 188.

<sup>161</sup> Miralles, T., *Métodos y técnicas de la Criminología*, cit., p.347. Dice que el entrevistador no tiene porqué tener una cualificación especial, tan solo es necesario que posee una formación específica en la técnica de la entrevista. Cfr. Göppinger, H., *Criminología*, cit., pp. 107 y ss.

- d) Debe conocerse a sí mismo, sus reacciones y otras cuestiones que afecten a su personalidad al objeto de eludir autosugerencias como conocimiento aportado a la entrevista. En suma, que no haya injerencias al entrevistado que, por ende, debe situarse en una posición aséptica frente al entrevistado para que finalmente se observe un mensaje, claro, objetivo y subjetivo del sujeto a quien se le entrevista<sup>162</sup>.

Existen numerosos tipos y clases de entrevistas, en función del grado de estandarización de las preguntas, de libertad de comunicación entre el entrevistador y entrevistado y la profundidad de ésta, de estructuración, número de participantes, destinatario etc.,<sup>163</sup>.

Otro elemento que debe tomarse en consideración es el análisis documental, éste se define como la consulta de documentos que tengan relevancia criminológica<sup>164</sup> como pueden ser las leyes, fuentes bibliográficas (se entiende por ella la producción realizada por autores y recogida por libros o revistas. El resultado de esta actividad, en algunas disciplinas, recibe el nombre de doctrina), sentencias judiciales y otros expedientes oficiales, datos en archivos<sup>165</sup>, la prensa, etc.,<sup>166</sup>.

En cuanto a la observación, ésta puede ser directa y participante. Según Göppinger a través de la observación se pretende obtener conocimientos sobre el ámbito psíquico y social del examinado, o verificar ciertas formas de conducta. Es por ello, continúa, que la observación posibilita unos conocimientos psiquiátricos o psicológicos especializados<sup>167</sup>.

La observación puede realizarse de dos formas: la primera, aparece como un método de investigación en el marco de una exploración en la que al observador le interesa prácticamente todo lo que el observado muestra (modalidad amplia de observación); la segunda, es la observación controlada. En este sentido, a ésta solo le interesa campos muy determinados.

<sup>162</sup> Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, cit., p. 245.

<sup>163</sup> A mayor abundamiento sobre la cuestión y su clasificación, véase, García-Pablos Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., pp.47 a 49.

<sup>164</sup> Garrido Antón, M<sup>a</sup>.J., *Ánalisis de datos criminológicos*, Madrid, 2018, pp. 1 y ss.

<sup>165</sup> Göppinger, H., *Criminología*, cit., pp. 66 y ss.

<sup>166</sup> Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, cit., pp. 75 y ss.

<sup>167</sup> Göppinger, H., *Criminología*, cit., p. 110. Apunta que esta herramienta es un gran complemento de la exploración, entendida ésta como el intento de captar de manera íntegra la personalidad o algún campo de la personalidad del sujeto, al objeto de estudiar en profundidad el aspecto psicopatológico de la persona examinada que integra un diagnóstico psiquiátrico. En este sentido, García-Pablos Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., pp. 46 y 47.

Hay que decir que, al contrario de la entrevista, donde normalmente se exhorta al interrogado a contestar, en el desarrollo de la observación el investigador ostenta la posibilidad y la tarea de comportarse de forma receptiva<sup>168</sup>.

El investigador debe realizar su observación en modo abierto o encubierto, desde fuera, o lo que puede denominarse «observación participante».

En consecuencia, la observación, en sus diversas formas, es de gran beneficio para la Criminología en el momento en el que se usa como uno de los diversos métodos de investigación, y el aumento de conocimientos generados a través de aquella cuando se integra en el conjunto del resultado final de dicha investigación<sup>169</sup>.

Por su parte, la observación participante ha sido muy utilizada en disciplinas como la Antropología. Consiste en la inclusión de un investigador en aquel grupo de personas que deseé investigar para interactuar con ellos a través de la observación, las conversaciones, experiencias compartidas, etc. Ello permite poseer una pericia muy cercana de la realidad de ese grupo, de su día a día, de sus inquietudes, de su manera de vivir, de sus problemas, etc.,<sup>170</sup>.

A modo de ejemplo, puede ponerse la situación de Criminólogos reputados como es el caso de Constancio Bernaldo de Quirós quien utilizará esta herramienta para introducirse en los ambientes, entre otros, de la delincuencia subversiva de la Baja Andalucía en el siglo xix<sup>171</sup>.

Muy parecida a la observación precitada, la «directa» desecha la introducción en el grupo de estudio y, por su parte, el investigador solo se

<sup>168</sup> Göppinger, H., *Criminología*, cit., p. 110.

<sup>169</sup> *Loc.cit.*

<sup>170</sup> Montes Rodríguez, G., «La observación participante como metodología de análisis de una obra videoescénica», *Comunication&Methods*, vol. 3, nº 1, 2021, pp. 9 y ss. Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, cit., pp. 109 y ss.

<sup>171</sup> Como escribiera el prestigioso penalista Jiménez de Asúa, Bernaldo de Quirós fue más criminólogo que escueto Jurista. Véase, Jiménez de Asúa, L., «La larga y ejemplar vida de Constancio Bernaldo de Quirós», *El Criminalista*, 2<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, 1961, pp. 1 y ss. Cfr. Sainz Cantero, J.A., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 206. Sobre Bernaldo de Quirós indica que en su tarea investigadora realizó una interesante exploración de nuestra delincuencia, poniendo de manifiesto la importancia de la acumulación de los factores antropológicos y sociológicos para la criminalidad. Sus estudios empíricos sobre los bajos fondos de las grandes ciudades, la delincuencia de sangre y «el bandolero» andaluz, merecen un lugar relevante en el desarrollo de la Criminología española. Téllez Aguilera, A., *Criminología*, cit., pp. 232 a 242. Sobre la visualización de la observación participante de Bernaldo Quirós, Bernaldo Quirós, C., y Ardila L., *El bandolerismo andaluz*, Madrid, 1988, pp. 1 y ss. Bernaldo Quirós, C., *Colonización y subversión en la Andalucía de los s. xvii-xix*, Sevilla, 1986, pp. 1 y ss. Más ampliamente en Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, cit., p. 126.

dedica a recoger datos, fotografiar, filmar, etc., siempre desde una cierta distancia, la conducta de sus integrantes<sup>172</sup>.

La Criminología ha mostrado desde sus orígenes una marcada vocación por la observación directa. De esta puede ponerse como ejemplo uno de los trabajos más influyentes en política carcelaria, el *State of the Prisons* de John Howard, fue resultado de una minuciosa investigación que realizó este filántropo inglés en su país y varios lugares de Europa. Visitando prisiones, hablando con los detenidos y registrando en detalle las condiciones de vida en estos centros, Howard describió el estado general de las prisiones. Su influencia no se debe tanto a haber señalado la injusticia, la insalubridad y las condiciones deplorables, que ya habían sido denunciadas, sino a su descripción detallada y sistemática<sup>173</sup>.

Como colofón a este epígrafe hay que señalar que existen otras técnicas para completar las herramientas de las que se conforma el método empírico-criminológico pero que por la extensión de este trabajo tan solo van a ser citadas y no desarrolladas. Así, puede implementar tales situaciones técnicas como los reconocimientos médicos, la exploración, la discusión en grupo, test psicológicos, métodos de medición, métodos sociométricos<sup>174</sup>, métodos longitudinales (*follow-up studies*)<sup>175</sup>, estudios paralelos e investigaciones con grupos de control<sup>176</sup> e, incluso, biografías de delincuentes<sup>177</sup>.

## 4. La interconexión del modelo criminológico con otras disciplinas

### 4.1. Correspondencia entre la Criminología y el Derecho penal

Como ya se expuso *supra*, la Criminología puede ser definida, desde una apreciación empírica, como «una explicación práctica del fenómeno criminal». Por tanto, viene a ser un banco de pruebas de las soluciones dogmáticas y, con ello, determina un criterio especialmente importan-

<sup>172</sup> Göppinger, H., *Criminología*, cit., p. 110. Granados Muñoz, R., «Revisión teórica de herramientas metodológicas aplicadas a la investigación criminológica», *Derecho y Cambio Social*, nº 59, 2020, p.8.

<sup>173</sup> Rubio, M., «Evaluación de las leyes: lecciones de Criminología», *Revista de Economía Institucional*, vol.10, nº 19, 2008, p. 134. En su trabajo señala que Elyzabeth Fry continuaría el trabajo de Howard, concentrándose en las condiciones de los centros de reclusión de mujeres.

<sup>174</sup> Göppinger, H., *Criminología*, cit., p. 117.

<sup>175</sup> Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, cit., pp. 250 y 251.

<sup>176</sup> García-Pablos Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., pp.46 y ss. Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 188 y 189.

<sup>177</sup> Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, cit., pp. 249 y 250.

te en la dirección de las pautas del legislador<sup>178</sup>. En otras palabras «la ciencia que se dedica al comportamiento delictivo y de la reacción social frente al mismo»<sup>179</sup>.

Si bien es cierta la importancia que posee esta ciencia examinada en nuestros días<sup>180</sup>, tampoco es menos cierto que la relación con el Derecho penal se inició muy deteriorada; así, éstas comenzaron con «mal pie» por cuanto los estudiosos<sup>181</sup>, tanto del Derecho penal, por un lado, como los de la Criminología, por otro, se encasillaron en actitudes inflexibles y despectivas hacia los «contrarios»: pese a ello, hoy día mantienen una convivencia pacífica pero no apasionada, tanto mejor cuanto menos sectarios y menos preocupados por acreditar sus pequeños espacios de poder<sup>182</sup>.

Pueden establecerse las diferencias en cuanto al objeto como al método de investigación utilizado tanto por el Derecho penal como por la Criminología<sup>183</sup>. El dogmático no se va a ocupar, en ningún caso, por

<sup>178</sup> Gómez Rivero, C., (coord.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general*, 4<sup>a</sup> ed., cit., p. 32. Ponen como ejemplo el hecho de que la Criminología ofrece estadísticas acerca de si realmente las cifras de maltrato de las mujeres disminuyen cuando se castigan más severamente determinadas conductas o incluso pasan a ser delictivas determinadas formas ilícitas que antes no lo eran. Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, 11<sup>a</sup> ed., p. 182. Indican estos autores que no es fácil definir la criminología y que antes de definirla, debe hacerse lo propio con el delito. Señalan que se hace necesario extraer de los datos que proporciona la Criminología los elementos que sirvan de soporte y guía a las decisiones político—criminales en virtud de la interrelación entre ambas ciencias.

<sup>179</sup> Orts Berenguer, E., y González Cussac, J. L., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 44. Además, entienden que se utiliza para la prevención eficaz, las formas y estrategias de reacción al crimen y las técnicas de intervención positivas en el infractor. Quintero Olivares, G., *Derecho penal. parte general*, 4<sup>a</sup> ed., cit., p. 216. Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general*, Tomo I, 6<sup>a</sup> ed., cit., p. 74.

<sup>180</sup> Se ha expresado que es tal la influencia de la Criminología en la Ciencia del Derecho penal que se dice que no existe un problema dogmático que no requiera un conocimiento de sus bases criminológicas. En este sentido, Peláez, M., *Introducción a la ciencia de la Criminología*, cit., p. 188. Sainz Cantero, J.A., *La ciencia del Derecho penal y su evolución*, cit., p. 35. Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 189 y 190.

<sup>181</sup> Vid. Por todos, Rodríguez Manzanera, L., *Criminología*, cit., pp. 89 y 90. Entre otras, distingue varias posiciones: a) los criminólogos deben atenerse a lo que dicen los juristas (de Greef, R., *Raport General de Criminogenese, II Congrèse International de Criminologie*, Paris, 1950, pp. 1 y ss.); b) aquellos que simplemente le niegan a la Criminología su condición de ciencia (Petrocelli, «Diritto penale e Criminologia», cit., p. 685; c) subordinación del Derecho penal a la Criminología (Olivera Díaz, G., *Proceso político peruano y criminología*, Lima, 1975, pp. 1 y ss.; d) soluciones eclécticas: se dice que la Criminología es una ciencia auxiliar del Derecho penal, en cuanto que lo auxilia, por el contrario, en cuanto a la investigación de las causas y fundamentos del crimen, se trata de una ciencia independiente (Seelig, E., *Tratado de la Criminología*, cit., pp. 1 y ss.).

<sup>182</sup> Orts Berenguer, E., y González Cussac, J. L., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 2<sup>a</sup> ed., cit., p.44.

<sup>183</sup> Rodríguez Manzanera, L., *Criminología*, cit., p. 92 Incide en cuanto al objeto que la Criminología es dinámica frente al Derecho que es estático. La estaticidad o dinamicidad de las ciencias depende en gran parte del objeto de estudio.

dejación de funciones, del estudio de ciertos fenómenos por su falta de interés en estas cuestiones, si bien, estos pueden interesar muy mucho a los expertos en la Criminología, en la medida en que van a constituir factores criminógenos o «victimógenos» constatados como pudieran ser el consumo de drogas ilegales, el libre ejercicio de la prostitución o incluso de alguna que otra opción sexual<sup>184</sup>, de tal manera que, mientras ésta utiliza el método inductivo que se basa en la observación de datos fácticos y en el posterior establecimientos de las hipótesis<sup>185</sup>, el dogmático empleará un carácter eminentemente deductivo por cuanto realiza una previa formulación de las directrices generales para interpretar los concretos enunciados normativos<sup>186</sup>.

Por ende, hay que tomar postura por el hecho de señalar que no debe optarse por un Derecho penal que le dé la espalda a los resultados empíricos obtenidos<sup>187</sup>, pues ello sería tanto como la supeditación de la tutela penal a criterios carentes de fundamentos científicos, si bien es cierto que tampoco puede la Criminología obviar al Derecho penal en cuanto que en él se encuentran los datos que sirven de punto de partida de su estudio y que le confiere una repercusión práctica<sup>188</sup>.

Es por tales circunstancias por las que se debe apuntar que en la actualidad parece observarse una reconocida necesidad de colaboración entre el Derecho penal y la Ciencia Criminológica<sup>189</sup>.

En suma, como apunta Morillas Cueva, tesis que se suscribe en este trabajo, el concepto clave entre ambas ciencias es la autonomía, pero con un «entendimiento totalizador» del fenómeno de la delincuencia ya que las dos disciplinas poseen brazos fuerte y vigorosos que al unísono han

<sup>184</sup> Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general*, Tomo I, 6<sup>a</sup> ed., cit., p. 75. Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, 11<sup>a</sup> ed., cit., p. 184. Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 186.

<sup>185</sup> Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 188.

<sup>186</sup> Schonfeld, L.A., «El método en la Filosofía del Derecho y en la Dogmática penal», *Prudentia Iuris*, nº 93, 2022, p. 91. Sainz Cantero, J.A., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 85. Rodríguez Manzanera, L., *Criminología*, cit., p. 91.

<sup>187</sup> Sainz Cantero, J.A., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 87. Advierte que no existe problema dogmático que no requiera un conocimiento de sus bases criminológicas.

<sup>188</sup> Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, 11<sup>a</sup> ed., cit., p. 179. Según estos autores no se trata de volver a un confusionismo conceptual entre Criminología y Dogmática, del que parece ya se salió, ni de absorber una ciencia por otra, de lo que se trata es de integrar ambas, conservando cada una su autonomía, en una visión totalizadora de la realidad penal. Cfr. Roxin, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Barcelona, 1972, p. 77. De la misma idea, García-Pablos Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., p. 250. Bustos Ramírez, J., y Hormazabal Malarée, H., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 36. Dicen que la moderna visión criminológica ha permitido visualizar el Derecho penal como integrado en un sistema, llegando a conformar entre todas las disciplinas un control social formal.

<sup>189</sup> Téllez Aguilera, A., *Criminología*, cit., pp. 44 a 47.

de trabajar para buscar soluciones y ofrecer un conocimiento claro de la realidad jurídico-penal como parte esencial de la estabilidad del sistema democrático<sup>190</sup>.

#### 4.2. Criminología y Política Criminal

Al objeto de establecer las relaciones<sup>191</sup> entre estas dos ciencias es necesario señalar que a la Política Criminal le corresponde fijar las premisas axiológicas del Derecho penal en base a la contemplación de las conclusiones obtenidas por la Criminología acerca de la realidad del delito o de la pena<sup>192</sup>. No obstante, en la actualidad, se plantea una relación pacífica, por parte de la doctrina, entre el Derecho Penal, la Criminología y la Política Criminal, pues se asienta la idea de que la Política Criminal constituye una especie de puente entre el Derecho penal y la Criminología<sup>193</sup>. A la Criminología le correspondería el estudio empírico del fenómeno criminal, a la Política Criminal le ocuparía establecer, a partir del conocimiento aportado por aquella, las técnicas y estrategias más adecuadas para prevenirlo y combatirlo; finalmente, el Derecho penal se encargaría

<sup>190</sup> Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 190. Este autor, para reforzar su tesis, utiliza la máxima de Jescheck-Weigend, cuando dicen que «El Derecho penal sin la Criminología está ciego, la Criminología sin el Derecho penal es estéril». Jescheck, H. H. y Weigend, T., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 51.

<sup>191</sup> Botero Bernal, J.F., «Lineamientos generales de una Política Criminal de los Derechos humanos. Desde una postura personalista realista», *Opinión Jurídica*, vol. 4, nº 7, p. 68. Dice que la mera presentación en los manuales de la relación de la Política Criminal con otras disciplinas le resta funcionalidad. Sobre estas relaciones, véase, González Guarda, C., «La Política Criminal Aplicada (PCA): la deriva de la Política Criminal hacia la Política Pública», *Nuevo Foro Penal*, nº 88, 2017, pp. 25 y ss.

<sup>192</sup> Mir Puig, S., *Fundamentos de Derecho penal y de la teoría del delito*, cit., pp. 57 y 58. Este autor advierte de la existencia de una estructura tridimensional según la cual cabría decir que la Dogmática jurídico-penal se ocupa del Derecho penal como norma, la Criminología como hecho y la Política criminal como valor. Berdugo Gómez de la Torre, I., y Gómez Cepeda, A.I., «La ciencia del Derecho penal en la actualidad», en Berdugo Gómez de la Torre, I., (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, 2<sup>a</sup> ed., cit., pp. 149 y 150. Zugaldía Espinar, J. M., (dir.), *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, 4<sup>a</sup> ed., cit., p. 75. Señala que de la mano de la Criminología nació también la posibilidad de establecer científica y razonablemente programas para la prevención del delito, esto es, la Política Criminal o aspecto de la política general del Estado que se ocupa de la prevención de la criminalidad a través de recursos, entre otros, extrapenales, siendo estos los que representan a la Política Criminal en sentido estricto.

<sup>193</sup> Borja Jiménez, E., «Sobre el concepto de la política criminal. Una aproximación al significado desde la obra de Claus Roxin», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVI, 2003, p. 140. Pues a la Criminología le correspondería el estudio empírico del fenómeno criminal, a la Política Criminal le ocuparía establecer, a partir del conocimiento aportado por aquella, las técnicas y estrategias más adecuadas para prevenirlo y combatirlo; finalmente, el Derecho penal se encargaría de cristalizar estos métodos y teorías en preceptos y principios jurídicos que les otorgaría obligatoriedad y vigencia.

de cristalizar estos métodos y teorías en preceptos y principios jurídicos que les otorgaría obligatoriedad y vigencia.

Dicho lo cual, sería conveniente plantear el hecho de que la colaboración entre la Criminología y la Política Criminal puede venir de la mano de que ésta última se encuentre determinada por una fuente o base criminológica, situación que hace que no sea suficiente la circunstancia de que el legislador establezca complicados e inútiles programas de prevención de la delincuencia, sino que lo que se pretende y requiere es la investigación anticipada, lo más escrupulosa posible, de lo que se ofrece en la realidad delictiva con el ánimo de elegir las conductas más propias al objeto de que se produzca la repulsión del Ordenamiento Jurídico y, como no puede ser de otra forma, que se emitan por parte de éste las respuestas más idóneas para fortalecer los efectos preventivos de dichas situaciones<sup>194</sup>.

Hay también que tener en cuenta que las investigaciones criminológicas de carácter estadístico pueden ser muy efectivas a la hora de valorar instrumentos punitivos (observación de la cifra negra de criminalidad, eficacia de los mecanismos policiales y judiciales de persecución del delito), así como el reconocimiento de las disfunciones que se producen tanto en los protagonistas inmediatos (victimización secundaria y algún aspecto ya señalado en este trabajo como puede ser la prisionización) como los mediatos (entendidos estos como victimización indirecta); de esta forma, se podrán incorporar ciertas medidas más acordes con dichos resultados como pudieran ser los procesos de descriminalización, alternativas a las penas de prisión, etc.,<sup>195</sup>.

Llegados a este punto, debe confirmarse que lo que se necesita por parte del ordenamiento es la existencia de decisiones político-criminales que se fundamenten en datos criminológicos contrastados y fiables, al objeto de poder luchar contra el delito, de manera que será muy importante entender que para que la ciencia penal determine el contenido actual de los preceptos penales debe llevar a cabo el cometido irrenunciable de tener en cuenta los resultados de la investigación criminológica, pues sólo con ellos podrán referirse debidamente el análisis de los preceptos penales a la realidad social que pretende regular<sup>196</sup>.

<sup>194</sup> A día de hoy, la Política Criminal y la Criminología ayudan no sólo a la sociedad como tal, sino al Estado en sus funciones de prevención del delito ante todo aquel que comete una conducta antisocial. Cfr. Rangel Romero, X.G., *Reseña sobre Bases generales de Criminología y Política Criminal, Dike: Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, nº 22, 2017, p. 264.

<sup>195</sup> Cfr. Valeije Álvarez, I., «La víctima en los delitos contra la libertad sexual», *Estudios de Política Criminal*, t. XXII (1999-2000), pp. 322 y ss.

<sup>196</sup> Berdugo Gómez de la Torre, I., y Gómez Cepeda, A.I., «La ciencia del Derecho penal en la actualidad», en Berdugo Gómez de la Torre, I., (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, 2<sup>a</sup> ed., cit., pp. 160 y 161. Orts Berenguer, E., y González Cussac, J. L., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 45.

#### 4.3. Criminología vs. Criminalística

En referencia a la relación entre estas disciplinas científicas debe hablarse de diferencias estructurales y funcionales. Tradicionalmente, se ha entendido a la Criminología como una ciencia causal-explicativa<sup>197</sup>. Así pues, se comprende no como una ciencia fundamental, sino como una combinación de varias que cuenta con el auxilio de ciencias afines<sup>198</sup>. Aunque otra parte de la doctrina la ubica como ciencia empírica independiente<sup>199</sup> al contrario de las ciencias meramente experimentales, ya que intenta comprender al hombre como criminal en su realidad social. Además, a esta disciplina examinada se le ha planteado si es ciencia del espíritu o no, respondiendo como señala Coppinger, más a una relevancia metodológica que científica<sup>200</sup>. Por su parte, la Criminalística fue colocada en las ciencias afines, en una «zona fronteriza» con la Criminología, aunque en ningún caso se integra en ella<sup>201</sup>. Desde hace mucho tiempo a ésta la doctrina la ubicó como ciencia penal auxiliar<sup>202</sup>. No obstante, también se ha emplazado entre las ciencias fácticas (estudio de los hechos, la búsqueda del porqué de los mismos) y propiamente dentro de las naturales, porque esencialmente echa mano de la física, la química y la biología<sup>203</sup>. En función del sujeto de estudio, habitualmente se concebía a la Criminología como el estudio de la etiología del delito y de la

<sup>197</sup> Tabio, E., *Criminología*, La Habana, 1960, pp. 9 a 13.

<sup>198</sup> Hikal, W., «El papel de la Criminología en la prevención del delito», *Criminología y Ciencias Forenses*, nº 10, 2010, p. 43. Se compone de la Sociología, la Estadística, la Biología, la Antropología, la Psiquiatría y del Derecho Penal.

<sup>199</sup> Coppinger, H., *Criminología*, Madrid, 1975, p. 2. Téllez Aguilera, A., *Criminología*, cit., p. 43.

<sup>200</sup> Göppinger, H., *Criminología*, cit., pág. 14. Langón, M., «La Criminalística», *Revista del Instituto Uruguayo de Derecho Penal*, nº 5 (1982), pág. 40.

<sup>201</sup> Göppinger, H., *Criminología*, cit., p.14. En contra de esta idea, Peters, K., *Grundprobleme der Kriminalpädagogik*, Berlin, 1960, p. 35. Este autor señalaba que la Criminalística se incluía dentro de la Criminología. En la misma línea del anterior, Ceccaldi, P., *La Criminalistique*, Paris, 1962, pp. 6 y 7. También Rodríguez Manzanera, L., *Criminología*, cit., p. 71. Hikal, W., «El papel de la Criminología en la prevención del delito», *Criminología y Ciencias Forenses*, cit., p. 42. Dice el autor que habitualmente se les tiene como sinónimos y no se haya un punto de diferencia.

<sup>202</sup> Montiel, J., *Criminalística*, cit., p. 29. Véase en Jiménez de Asúa, L., *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, cit., p. 75. Si bien a lo largo de muchas páginas del texto advierte que esta ciencia, junto con otras, poseen carácter independiente dentro de las ciencias penales, logran batallar contra el delito; en una clasificación que el autor expone en cuanto a la «Enciclopedia de las Ciencias Penales» la ubica dentro de las ciencias de la «pesquisa» junto con la policía judicial científica. Cuello Calón, E., *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 10<sup>a</sup> ed., cit., p. 38. Más en profundidad, véase, Luzón Peña, D.M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., p. 38.

<sup>203</sup> Moreno, R., *Manual de Introducción a la Criminalística*, México, 1979, p. 28. Hikal, W., «El papel de la Criminología en la prevención del delito», *Criminología y Ciencias Forenses*, cit., p. 43. Este autor incluye la Medicina, la Ingeniería, la Balística, la Grafoscopia, la Contabilidad y la Dactiloscopia entre muchas otras.

persona delincuente<sup>204</sup>. Sin embargo, a día de hoy, se reconoce la necesidad de agregar otras instituciones: ley, tribunales e incluso el Estado. A esa conclusión se llega por cuanto hace falta observar cómo contribuyen a esta profunda desigualdad<sup>205</sup>. En consecuencia, Peláez<sup>206</sup> indica que la Criminalística se ocupa de observar de qué manera se cometió el delito (cuándo, cómo, dónde, etc.) y quien fue el autor<sup>207</sup>.

Del mismo modo, se han observado igualmente diferencias funcionales en razón del especialista y la finalidad. Así las cosas, quien realiza la labor criminológica es el criminólogo, debiendo éste poseer una preparación sustancial en referencia a las ciencias sociales: antropología, sociología y psicología criminal<sup>208</sup>. Por su parte, la Criminalística posee como sujeto actuante al perito o técnico en Criminalística intitulado como «criminalístico» o «criminalista»<sup>209</sup>.

En cuanto a la Criminología también se ha argumentado que ésta da la clave de la etiología del delito, con el ánimo de poder aplicar una justicia mejor al delincuente, que se trata de un ser muy complejo, por su misma naturaleza, advirtiéndose que se trata de un actor del delito «muy difícil de calibrar»<sup>210</sup>. Conjuntamente, tanto la vetusta como la moderna Criminología apuntan a una consolidación de la prevención del delito que depende más de la planificación socioeconómica y política, que de la formulación de planteamientos de cierta especificidad preventiva dentro de los sistemas políticos y socioeconómicos injustos<sup>211</sup>.

<sup>204</sup> Miralles, T., *Métodos y técnicas de la Criminología*, cit., p. 107.

<sup>205</sup> Burgos Mata, A., «Criminalística y Criminología», *Medicina Legal*, cit., p. 45. Advierte que existe un afán práctico que es el hecho de construir otro sistema cuyo conjunto institucional lleve a la armonía entre los seres humanos.

<sup>206</sup> Peláez, M., *Introducción al estudio de la Criminología*, cit., p. 203.

<sup>207</sup> Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho Penal español, Parte General I*, cit., p. 73. Indica que también la Criminalística posee una función preventiva al intentar impedir la comisión de futuros delitos. En el mismo sentido, Göppinger, H., *Criminología*, cit., p.13. En cuanto al aspecto preventivo de la Criminalística, este autor indica que lo obtendrá mediante la elaboración de medidas, técnica o tácticamente adecuadas, de aseguramiento contra las formas de comisión de delitos ya conocidos o previsibles. Rodríguez Manzanares, L., *Criminología*, cit., p. 71. Téllez Aguilera, A., *Criminología*, cit., p. 68. Ríos Corbacho, J.M., «Odolorología Criminalística y perros funcionales: el proyecto Baldo», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 134, 2021, pp. 234 y ss.

<sup>208</sup> Miralles, T., *Métodos y técnicas de la Criminología*, cit., p. 111. Indica que se debe intentar que en ningún momento la investigación subordine ni masacre aún más el objeto de estudio, al contrario, debe apostar porque el objetivo de la actuación crítica vaya dirigido al crecimiento del objeto.

<sup>209</sup> Burgos Mata, A., «Criminalística y Criminología», *Medicina Legal*, cit., p. 46. Afirma que las tareas de la Criminalística se haya en buenas manos dentro de la policía o de las «brigadas de investigación criminal» ya que generalmente en estas instituciones se encuentra el equipo técnico necesario para la formación profesional. Cfr. Coppinger, H., *Criminología*, cit., p. 14.

<sup>210</sup> Tabio, E., *Criminología*, cit., p. 9.

<sup>211</sup> Reyes, A., *Criminología*, cit., p. 48.

En consecuencia, si bien es cierto que el ilícito criminal no podrá ser abolido definitivamente, éste se puede reducir ampliamente en cuanto a que se aplique sobre sus efectos dañinos factores condicionantes que desarrollarán una reducción a un mínimo razonable<sup>212</sup>.

En cuanto a la Criminalística, su tarea básica es la «lucha directa» contra el delito. En dicha contienda contra el crimen se incluirá el esclarecimiento de los ilícitos criminales, la convicción y entrega del autor, además de la consecución y aseguramiento de medios de prueba o, al menos, de indicios de las mismas, al objeto de beneficiar con un mayor número de argumentos para la sostener la rigurosidad del proceso penal<sup>213</sup>. Por otro lado, desde un punto de vista preventivo, la Criminología elabora medidas de carácter técnico o táctico que sean adecuadas para asegurar el hecho de que no se cometan delitos de forma conocida o previsible<sup>214</sup>.

Por tanto, el fin último de la Criminalística es proporcionar datos científicos y de carácter técnico para el ejercicio de la acción penal<sup>215</sup>.

Subsiguientemente, es cierto que pueden observarse ciertos puntos coincidentes entre estas dos ciencias penales, pero en ningún caso son semejantes, ni tampoco una comprende a la otra, todo lo más son «limítrofes». Así, las diferencias aparecen entre su ubicación y sujeto pasivo (objeto), estructuralmente hablando y entre el sujeto activo al unísono que, en su fin, desde el punto de vista funcional. Pero, debe aportarse, como apunta Burgos Mata, que, al existir la posibilidad de aplicar el método científico a la investigación criminalística de los hechos antisociales, ésta disciplina debe elevarse al rango de ciencia e incorporarse al «núcleo duro» de las ciencias criminales como son la Dogmática, la Criminología y la Política Criminal, para alejarse de la sempiterna ubicación en el escenario de las disciplinas auxiliares<sup>216</sup>.

<sup>212</sup> Burgos Mata, A., «Criminalística y Criminología», *Medicina Legal*, cit., p. 47.

<sup>213</sup> Villanueva Cañas, E., y Lorente Acosta, J.A., «Indicios en medicina legal: manchas, líquido espermático y pelos», en Villanueva Cañas, E., (edit.), *Medicina legal y toxicología*, 7<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2018, p. 1341. Señalan que la Criminalística es la ciencia que estudia los indicios dejados en el lugar del delito, gracias a los cuales puede establecerse, en los casos más favorables, la identidad del criminal y las circunstancias que concurrieron en el hecho delictivo. Así, por medio de ella, los indicios se elevan al rango de pruebas.

<sup>214</sup> Coppinger, H., *Criminología*, cit., p. 13.

<sup>215</sup> Moreno, R., *Manual de Introducción a la Criminalística*, cit., p. 37. Burgos Mata, A., «Criminalística y Criminología», *Medicina Legal*, cit., p. 47.

<sup>216</sup> Burgos Mata, A., «Criminalística y Criminología», *Medicina Legal*, cit., p. 47. Advierte que la Criminalística ha vivido tan solo una época científica, llevando la equivocación y el empirismo de la investigación tradicional, de manera paulatina como segura, a un margen de error extremadamente mínimo. En la misma línea de considerar que la Criminalística no se encuentra incluida en la Criminología, García-Pablos Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., p. 256.

Definitivamente, hay que observar el hecho de la aspiración de que la labor criminalística se desarrolle cada día más y de una manera mejor en la tarea de suministrar evidencias materiales del hecho y de su autor. Si bien, para ello debe partirse de un alto grado de objetividad y de profesionalismo, para la defensa de la sociedad, el esquivo de la injusticia<sup>217</sup>, y el mantenimiento de lo que puede intitularse como niveles aceptables de delincuencia, con el ánimo de que se permita obtener un desarrollo de la vida civilizado y digno.

## 5. Posición de la Criminología en el repertorio de la Enciclopedia de las Ciencias Penales

Sin ánimo de desarrollar un exhaustivo análisis de la intitulada Enciclopedia de las Ciencias penales, baste en este lugar explicitar algunas cuestiones de interés que posibilitarán el hecho de enmarcar, a nuestro juicio, a la Criminología y que permitirá expresar, con claridad, la síntesis criminológica, cuestión harto debatida en las últimas décadas, con la voluntad de poder reseñar qué ciencias comprende y cuáles no, de tal modo que reconozca, como se intentará *infra*, componer un moderno esquema basado en el teoría sistemática de Fritjol Capra. Hasta ese momento y como génesis de la cuestión, se iniciará tal razonamiento con la evolución de la estructura de la «Enciclopedia», entendida ésta para designar cuantas disciplinas se ocupan del delincuente, del delito, y de la pena, incluso del Derecho penal<sup>218</sup>.

Si bien se puede considera que el iniciador de tal título fue Jiménez de Asúa, él mismo reconoce que la prioridad de dicha denominación pertenece a otros, además de que se han propuesto y usado en el devenir de los tiempos otras designaciones. Rovira Carrero, por su parte, en 1915 hablaba de «Enciclopedia penal»<sup>219</sup>, Molinario habla de «Enciclopedia Criminológica»<sup>220</sup>, pero es cierto que a ésta última denominación se le ha criticado que lo criminológico no puede abarcar ni el Derecho penitenciario, y, aun menos, el Derecho penal<sup>221</sup>; en la misma línea que el anterior, Soler la nombra como «Cuadro de las Disciplinas Criminológicas». En

<sup>217</sup> Burgos Mata, A., «Criminalística y Criminología», *Medicina Legal*, cit., p. 47.

<sup>218</sup> Cfr. Muñoz Conde, F., *Introducción al Derecho penal*, cit., p. 120. Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho Penal español, Parte General I*, cit., p. 58.

<sup>219</sup> Rovira Carrero, P.I., *Curso de Derecho penal*, Santiago de Compostela, 1912, pp. 1 y ss. El epígrafe *Enciclopedia Penal* los subdivide en dos: Enciclopedia de las Ciencias concernientes a la lucha contra el delito, y Enciclopedia jurídico-penal (Cap. II, Tomo I), con lo que se invalida la utilidad de un nombre común, por fraccionarle en dos aspectos.

<sup>220</sup> Molinario, A.J., «La Sociología criminal; su posición dentro de la enciclopedia criminológica», *Revista de Psiquiatría y Criminología*, Nov-Dic., 1946, pp. 378 a 380.

<sup>221</sup> Esta crítica viene de la mano de Jiménez de Asúa L., *Tratado de Derecho penal*, tomo I, cit., p. 71.

ella incluye a la Dogmática penal junto a la Antropología, la Psicología y la Sociología criminales<sup>222</sup>. Además, Sabatini la llama «Ciencia general de la criminalidad»<sup>223</sup>, incluso con el término «Criminología» la ha denominado Fentanes con el objetivo de que comprendiera a todas las ciencias del crimen, definiendo a aquella como «ciencia integral del delito»<sup>224</sup>. Otro sector de penalistas intentó que el denominador común de la «Encyclopedia» fuera la expresión Derecho penal para doblegar las «vozes criminológicas». Así, en Alemania lo hizo von List, en Italia Falchi, en las que fundamentalmente se hablaba de «Ciencia del Derecho Penal»<sup>225</sup>, «Ciencia de Conjunto de Derecho penal», el primero, e incluso de «Ciencia General del Derecho Penal» o «Ciencia Penal General», el segundo<sup>226</sup>.

Como puede observarse la discusión sobre el contenido y clasificación en la Encyclopedia ha dado mucho de sí, tanto que incluso en la década de los cuarenta del siglo pasado aparece de la mano del Segundo Congreso Latino-American de Criminología celebrado en 1941 donde se presenta una dualidad de soluciones frente a esta problemática: de un lado, se dice que el Derecho penal constituye la expresión más alta y completa de las ciencias penales, esto es, representa, desde una visión amplia, las Ciencias penales y, por consiguiente, comprende a la Criminología, la Sociología y la Política criminales, la Criminogénia, la Antropología, la Mesología y la Psicología criminales, la Criminalística, la Penología, la Policía técnica y las Ciencias Penitenciarias; la segunda opción, propone aceptar el título de Ciencias penales para comprender todas las disciplinas que se refieran a: el delito, el delincuente, las situaciones predelictuales que conlleven peligro y las medidas preventivas, de seguridad, represivas, reparatorias y eliminatorias que le sean aplicables en defensa y satisfacción sociales<sup>227</sup>.

Ante la falta de claridad en las ideas y discusiones sobre la cuestión, Jiménez de Asúa coge el timón de la problemática expuesta y elabora, quizá la más famosa y más seguida, una clasificación propia dentro de la Encyclopedia de las Ciencias Penales<sup>228</sup>: a) en la ubicación de la Filosofía

<sup>222</sup> Soler, S., *Derecho penal argentino*, cit., p. 34. Esta intitulación ya la utilizó Grispini en 1928. Grispini, F., *Introduzione alla Sociologia Criminale*, Turin, 1928, p. 64.

<sup>223</sup> Sabatini, G., *Principii di Scienza del Diritto penale*, vol. I, Cantazaro, 1918, p. 17.

<sup>224</sup> Fentanes, E., «Orientación sociológica y política de las investigaciones criminológicas», *Revista de Psiquiatría y Criminología*, Nov-Dic., 1942, pp. 517.

<sup>225</sup> Von List, F., *Tratado de Derecho penal*, 18<sup>a</sup> ed., cit., p. 2.

<sup>226</sup> Falchi, G.F., *Filosofía del Diritto penale*, Padua, 1936, p. 169 y ss.

<sup>227</sup> Toda esta diversidad de opiniones y más profundidad en las posibles soluciones puede verse en Jiménez de Asúa L., *Tratado de Derecho penal*, tomo I, cit., p. 72.

<sup>228</sup> Esta clasificación es una segunda revisada de una anterior que publicó en su *Manual de Derecho penal* de 1934 en su p. 26 y en otras publicaciones. Cfr. Torino, F., «Luis Jiménez de Asúa y su obra La Ley y el Delito», *Revista de Derecho penal*, 1º trimestre, 1946, p. 88. De esta clasificación parte también Muñoz Conde en su trabajo, señalando que «no cabe duda de que se agotan prácticamente todas las posibilidades de estudiar los fenómenos relacionados con la delincuencia». Muñoz Conde, F., *Introducción al*

e Historia, aparecen incluidas, la Filosofía del Derecho penal, la Historia del Derecho penal, y Legislación penal comparada; b) En las Ciencias causal-explicativa (o Criminología) aparecen la Antropología y Biología criminales, Psicología criminal (incluido el psicoanálisis criminal), la Sociología criminal y la Penología<sup>229</sup>; c) Ciencias jurídico, represivas: Derecho penal (o Dogmática Penal), Derecho procesal penal, Derecho penitenciario y Política Criminal; d) Ciencias de la pesquisa: Criminística y Policía Judicial Científica; e) Las ciencias auxiliares: Estadística Criminal, Medicina legal y Psiquiatría Forense<sup>230</sup>.

No obstante, se han materializado tantas clasificaciones de la «Encyclopedia» como autores se han dedicado a este tema. Quiroz Cuarón<sup>231</sup>, tesis asumida por Rodríguez Manzanera<sup>232</sup>, la plantea de la siguiente manera: a) Ciencias Criminológicas: Antropología Criminológica, Psicología Criminológica, Biología Criminológica, Sociología Criminológica, Criminalística, Victimología y Penología; b) Ciencias Históricas y Filosóficas: historia de las Ciencias penales, Ciencias Penales Comparadas y Filosofía de las Ciencias Penales; c) Ciencias Jurídico-Penales: Derecho Penal-Dogmática Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Ejecutivo Penal y Derecho de Policía; d) Ciencias Médicas: Medicina Forense y Psiquiatría Forense; e) Ciencias básicas, esenciales o fundamentales: Metodología y Política Criminológica. En suma, en esta clasificación se establece que las Ciencias Penales se dividen en cinco: Criminología, Historia y Filosofía, Ciencias Jurídicas, Ciencias Médicas y las Ciencias fundamentales, esenciales o indispensables<sup>233</sup>.

De esta forma, la modificación más importante de ésta última frente a la clasificación auspiciada por Jiménez de Asúa es que en las Ciencias Criminológicas junto con las que atribuía el autor precitado, incluye a la Criminalística<sup>234</sup> y la Victimología, cuestión que no es baladí y que se

*Derecho penal*, cit., p. 121. Empero, se ha dicho por otro sector doctrinal que «resulta excesivamente prolífica, pecando de considerar como disciplina independiente las que no constituyen más que ramas de otras ciencias», Sainz Cantero, J.A., *La Ciencia del Derecho Penal y su evolución*, cit., p. 29. A esto se refiere en la nota 3 de su trabajo.

<sup>229</sup> La integración de estas ciencias en la Criminología también es postulada por Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho Penal español, Parte General I*, cit., p. 58.

<sup>230</sup> Molina Blázquez, C., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 83. Señala que las ciencias auxiliares se componen de la Medicina y la Psiquiatría Legal, la Psicología Judicial, la Policía Científica y la Estadística Criminal.

<sup>231</sup> Quiroz Cuarón, A., *Conferencia de la Facultad de Derecho*, UNAM, 12 de mayo de 1972, México.

<sup>232</sup> Rodríguez Manzanera, L., *Criminología*, cit., p. 82.

<sup>233</sup> Cita estas clasificaciones y las comenta, Montiel Sosa, J., *Manual de Criminalística*, pp. 39 y 40.

<sup>234</sup> Algunos autores la han considerado ciencia auxiliar, véase, del Rosal, J., *Derecho Penal. Lecciones*, Volumen 10, Valladolid, 1953, p. 19. Este autor incluía en las ciencias auxiliares a las siguientes: Medicina legal, Psiquiatría forense, Psicopatología y Neuropatología, Psicología judicial o jurídica, la Estadística criminal, la Policía Científica, e incluso la Grafología.

analizará *infra*. Tampoco en esta nueva estructura se habla de ciencias auxiliares, si no que se abre un espacio autónomo de Ciencias Médicas que, en principio, no se van a considerar auxiliares con posterioridad.

Hay que estar de acuerdo con Moreno González en que, en el clásico cuadro de las ciencias penales, la Medicina Forense, la Criminalística, la Psiquiatría Forense y la Criminología son consideradas como ciencias auxiliares. Sin embargo, también se puso de manifiesto que, en épocas pretéritas, la Criminología, se ubicaba dentro del marco de conocimientos de la Medicina Forense. Pese a ello, el acelerado proceso científico de estas ciencias provocó que se aumentara el contenido de sus conocimientos y amplió su campo de actuación generando que se separaran como ramas vigorosas del frondoso árbol que constituía la Medicina Forense<sup>235</sup>.

Por ende, actualmente todas estas ciencias deben considerarse independientes, aplicándose en la investigación de los delitos, en el tratamiento del delincuente, además de en el estudio del delito y de la delincuencia, puesto que posee sus propios métodos, técnicas y conocimientos, eso sí, en ningún caso se propone que abandonen la pertenencia al perímetro de las ciencias penales<sup>236</sup>.

En referencia especialmente a la Criminalística, debe conceptuarse fuera del orden criminológico<sup>237</sup>, por cuanto genera un halo de independencia pues se reafirma como una «ciencia de investigación criminal» ya que el contenido de sus estudio y objeto material viene determinado por el análisis de los indicios y evidencias materiales que se producen en la comisión de hechos previsiblemente delictivos. Se trata de una ciencia del «pequeño detalle», absolutamente esencial para conformar ese «núcleo duro» de lucha contra el delito conformado por el Derecho Penal, el Derecho Procesal, la Criminología y la Política Criminal.

Definitivamente, debe señalarse que la Criminología, a día de hoy, debe aparecer como una ciencia independiente e interdisciplinar dentro de la nombrada como Enciclopedia de las Ciencias Penales.

## 6. La síntesis criminológica: la aplicación del modelo sistemático de Fritjof Capra

Muy importante a la hora de acotar a las ciencias criminológicas, a modo de tensión no resuelta, es dar un contenido claro y evidente qué ciencias integran la síntesis criminológica.

<sup>235</sup> Moreno González, R., *Manual de introducción a la Criminalística*, cit., p. 241.

<sup>236</sup> Cfr. Montiel Sosa, J., *Manual de Criminalística*, p. 41.

<sup>237</sup> Göppinger, H., *Criminología*, cit., p. 14. Cfr. García-Pablos Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., p. 256.

Con el ánimo de poder llegar a una solución clara en este sentido, Rodríguez Manzanera, apunta que es necesario exponer las diferencias existentes entre las denominadas ciencias criminológicas y las criminologías especializadas (o analíticas) al objeto de conformar lo intitulado como Criminología general o sintética<sup>238</sup>.

Por su parte, las analíticas son tentativas de explicación del fenómeno criminal tomando como punto de inicio una ciencia específica. Con ello se podría hablar de Criminología Antropológica (Lombroso), Criminología biológica (Exner)<sup>239</sup>, Criminología sociológica (Ferri) o la Criminología Psicológica (Gemelli)<sup>240</sup>. En este tipo de ciencias específicas los autores desarrollarán una efectiva Criminología, eso sí, dándole una dirección específica y, pese a que prevalece un método, no se desestiman los demás. De otro lado, las ciencias criminológicas son normalmente en su origen ramas, divisiones o aplicaciones de otras ciencias; así, sus ramas se encuentran perfectamente establecidas y su método posee una gran pureza, como pudiera ser el supuesto de la Psicología Criminal, que sería una rama de la Psicología General, o incluso la Sociología Criminal que formaría parte de la Sociología General<sup>241</sup>.

De esta manera, cuando las ramas precitadas buscan integrarse a un «todo» como es la Criminología se establecen como «ciencias criminológicas», pasando a incluirse en la Criminología General o Sintética.

En referencia al *iter acaecido* para que se vaya conformando el concepto «sintético» de Criminología, se partió del interés de algunas ciencias (Biología, Psicología, Sociología y Antropología) por el fenómeno criminal creando ramas para su observación. A continuación, para avanzar en sus conocimientos, pero sin perder de vista su identidad, se ayudarán de otras ciencias para mejorar sus explicaciones, dando nacimiento a las criminologías analíticas o especializadas. A su vez, éstas se caracterizarán por establecer una explicación equilibrada conformada por los resultados que cada una de ellas va a obtener, además de que se precisarán nuevos campos, se distinguen sus metodologías y, en consecuencia, se establece un estado fundamentalmente criminológico, lográndose una síntesis integral.

De otras ciencias, de las que también se ha dicho que son componentes de la Criminología, han seguido un camino diferente ya que nacen con gran independencia, como pudieran ser la Victimología y la Penología. Por motivos de extensión no puede abordarse la problemática sobre

<sup>238</sup> Rodríguez Manzanera, L., *Criminología*, cit., p. 59.

<sup>239</sup> Exner, F., *Biología Criminal en sus rasgos fundamentales*, cit., pp. 15 y ss.

<sup>240</sup> Una visión más amplia sobre la cuestión puede verse en Téllez Aguilera, A., *Criminología*, cit., pp. 97 y ss. García-Pablos Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., pp. 339 y ss.

<sup>241</sup> Rodríguez Manzanera, L., *Criminología*, cit., p. 59.

si estas dos ciencias son o no parte de las incluidas en la Criminología, pero deben apuntarse algunas ideas.

Dice Ellenberger que la Victimología es «la rama de la Criminología que se ocupa de la víctima directa del crimen y que designa el conjunto de conocimientos biológicos, sociológicos, psicológicos y criminológicos concernientes a la víctima»<sup>242</sup>. Junto a este autor otros han señalado la inclusión de la Victimología en la Criminología<sup>243</sup>. Un sector doctrinal, muy crítico, en el devenir del tiempo, ha apostado por su inexistencia, entre otros, Jiménez de Asúa y López-Rey<sup>244</sup>. Por su parte, algunos entienden que la Victimología es independiente de la Criminología, como es el caso de Mendelsohn<sup>245</sup> y de Separovic<sup>246</sup>, entre otros.

Para tomar partido por una de estas posiciones expuestas, es necesario acudir a la definición de Criminología que apunta Kaiser y que señala que se trata de «el conjunto ordenado de la ciencia experimental acerca del crimen, del infractor de las normas jurídicas, del comportamiento socialmente negativo y del control de dicho comportamiento». Dicho esto, hay que hacer hincapié en su autonomía, por la amplitud de contenido que ha tomado la Victimología en los últimos tiempos y, por tanto, debe tener independencia propia.

La Victimología puede entenderse como una «complejísima empresa» que incluso llega a extenderse más de los alcances de una estricta

<sup>242</sup> Ellenberger, H., «Psychologische Beziehungen zwischen Verbrecher und Opfer», *Zeitschrift für Psychotherapie und Medizinische Psychologie*, 4, 1954, pp. 261 y ss.

<sup>243</sup> Fattah, E.E., «Víctima y Victimología: los hechos y la retórica», en Marchiori, H., *Serie Victimológica* 2, Córdoba, 2006, pp. 99 a 103. Para este autor la victimología es la rama de la criminología que se ocupa de la víctima directa del crimen y que designa el conjunto de conocimientos bio-psico-sociológicos y criminológicos concernientes a la víctima. Göppinger, H., *Criminología*, cit., p. 362. Rodríguez Manzanera, L., *Criminología*, cit., p. 72. Vid. Por todos, Herrera Moreno, M., *Victimología. Nociones Básicas*, Sevilla, 2017, p. 11.

<sup>244</sup> Jiménez de Asúa, L., «La llamada Victimología», en *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires. 1961, p. 1921. Considera que el asunto no consiste en crear una nueva ciencia sino en que las ciencias existentes colaboren entre ellas y establezcan el papel de la víctima en los delitos. López-Rey y Arrojo, M., *Compendio de Criminología y Política-Criminal*, Madrid, 1985, p. 131.

<sup>245</sup> Mendelsohn, B., *La victimologie. Revue Française de Psychalyse*, 1958, pp. 96 y ss. Para él la Victimología es, sin más, una «ciencia sobre las víctimas».

<sup>246</sup> Separovic, Z.P., *Victimology. Studies of victims*, Zagreb, 1985, p. 155. Este autor la define como «el conocimiento científico de la víctima», integrando en ellas campos tan amplios como la Seguridad, la Medicina o el Trabajo social. Cfr. Herrera Moreno, M., *Victimología. Nociones Básicas*, cit., p. 10. Serrano Maillo, A., «Etiología, prevención, y atención a la Victimología a través del ejemplo de la precipitación en los delitos contra la libertad sexual», *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 12, 1997, p. 454. Luzón Peña, D.M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 38.

perspectiva criminológica, al acoger y desarrollar en plenitud la mayúscula aspiración de consiliencia o integración de saberes<sup>247</sup>.

Estoy de acuerdo con Herrera Moreno cuando se pronuncia sobre la cuestión al decir que la Victimología es compatible con una «autonomía relativa» respecto de la Criminología, y a ello llega por diversas razones: la primera es la de la especificidad de los objetivos e interés: si existe un interés preventivo común, en lo referente a necesidades específicas de tratamiento y reinserción, éstas se identifican con un campo de interés delimitado, pudiéndose desarrollar este último con total independencia en lo referente a las necesidades de prevención especial (intervención terapéutica, compensación y asistencia a víctimas, su culpabilización o necesidades de reinserción social); la segunda, por su pobreza teórica producto de ser una disciplina relativamente joven y por las necesidades prácticas del trabajo con víctimas que han forzado una perspectiva activista y aplicada de esta ciencia en cuestión, menoscabando tal circunstancia su actividad generadora de conocimientos; la tercera, porque el interés de la Victimología rebasa con creces el fenómeno delictivo y su control, advirtiendo que su objeto de estudio va más allá de la victimización criminal, de modo que puede existir daño victimal sin que haya un delito en un sentido completo (estado de necesidad justificante)<sup>248</sup>. Esta me parece una solución salomónica muy correcta en su apreciación, si bien pienso que ese efecto expansionista que se ha vislumbrado en los últimos años, en cuanto al estudio de la víctima y su ciencia promotora, hace que se pueda observar que posee identidad propia y, por consiguiente, autonomía, sin desdeñar, en ningún caso, su interrelación con la Criminología.

Sin embargo, se trata de una diferenciación más teórica que práctica pues en cualquier caso esté incluida o no, deben interrelacionarse ambas ciencias para obtener un estudio integral del objeto de la Criminología<sup>249</sup>.

En el caso de la Penología, también se ha puesto de manifiesto si se encuentra incluida en la Criminología<sup>250</sup>. En un principio, tanto la Escue-

<sup>247</sup> Wilson, E., *Consilience*, Nueva York, 1998, pp. 1 y ss. Cfr. Herrera Moreno, M., «Criminología española en evolución. Recensión al libro de Santiago Redondo Illescas, El origen de los delitos», *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 17 r2, 2015, p. 6.

<sup>248</sup> Herrera Moreno, M., *Victimología. Nociones Básicas*, cit., p. 19. La autora apunta igualmente una victimización socio-estructural de índole criminal (desahucios, marginación social, impacto de la globalización), e incluso una victimización imputable a epidemias, catástrofes naturales o accidentes humanos. Observa en la Victimología una dimensión social sensible y poliédrica que adquieren las figuras victimales que se justifica en el hecho de que se le reconozca a la ciencia examinada su singular naturaleza *sui generis* como disciplina, integrada, eso sí, en el conjunto de ciencias criminológicas.

<sup>249</sup> Landrove Díaz, G., *Victimología*, Valencia, 1990, p. 36. Cfr. Téllez Aguilera, A., *Criminología*, cit., p. 64.

<sup>250</sup> En este sentido, Rodríguez Manzanera, L., *Criminología*, cit., p. 75.

la austriaca como después la moderna Criminología alemana asumieron el hecho de que dicha ciencia debería incluirse en la Criminología argumentando que ésta es una ciencia empírica que trata del por qué y de la forma de aparición del delito, teniendo que emitir al unísono una opinión sobre la prognosis y posibilidades de rehabilitación del delincuente, por lo que sería lógico que se ocupara de aquel durante la ejecución de la pena<sup>251</sup>.

Sin embargo, también existía la tesis de considerar a la Penología ciencia autónoma<sup>252</sup>, que en parte era perteneciente a la Criminología y en parte al Derecho Penitenciario, por lo que no podía incluirse en ninguna de las dos; Muñoz Conde señala que el argumento le parece falso de consistencia ya que no hay nada que impida que los aspectos jurídicos de la Penología, el llamado Derecho Penitenciario, se estudien por la Ciencia del Derecho penal, y los aspectos psicológicos, sociales, etc., que implica la ejecución de la pena, sean objeto de la Criminología.

El razonamiento, a mi parecer, es el mismo que sobre la Victimología, ya que es una ciencia suficientemente extensa para tener independencia<sup>253</sup> y quizás pueda servir al igual que la anterior para interrelacionarse y auxiliar a la ciencia criminológica, por lo que queda excluida de la Criminología General fundamentalmente porque si es cierto que la Penología toma datos e informes de la ciencia criminológica, no es menos cierto que ambas ciencias son de muy diferente contenido: la Criminología apunta sus investigaciones hacia la etiología del delito, sus formas de aparición como fenómeno social y natural; por su parte, la Penología se ocupa del estudio de los diversos medios de represión (pena y medidas de seguridad) de sus métodos de aplicación y de la actuación postpenitenciaria<sup>254</sup>.

No obstante, gran parte de la doctrina ha entendido que las ciencias que componen la Criminología, son estas dos últimas reseñadas junto con la Antropología Criminológica, la Biología Criminológica, la Psicología, la Sociología Criminológica y la Criminalística<sup>255</sup>.

<sup>251</sup> Cfr. Muñoz Conde, F., *Introducción al Derecho penal*, cit., p. 126.

<sup>252</sup> Luzón Peña, D.M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 35.

<sup>253</sup> Cuello Calón, E., *La moderna Penología (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución)*. Tomo I., Barcelona, 1958, p. 700. Cfr. Sainz Cantero, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., cit., pp. 88 y ss.

<sup>254</sup> Cfr. Cuello Calón, E., *La moderna Penología*, cit., p.1958. Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho Penal Español, Parte general I*, cit., p. 58. Tampoco la considera parte del Enciclopedia de las Ciencias Penales.

<sup>255</sup> Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho Penal Español, Parte general I*, cit., p. 60. Cfr. Pérez del Valle, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., cit., pp. 38 y 39. Habla de que la Criminología la componen: Sociología, Economía, Psiquiatría, Psicología y la Victimología. A la Criminalística y a la Medicina Legal las entiende como ayuda a la Criminología. García-Pablos Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., p. 44. Molina Blázquez, C., *Derecho penal. Parte*

Como señala Göppinger lo que el investigador no debe hacer es interpretar solo una parte de las supuestas ciencias, que aunque posean independencia y autonomía por separado, al entrar en el ámbito de la Criminología debe esta interrelacionadas en el objeto de la investigación. Por tanto, ésta debe poseer un enfoque multidimensional que se encamine, desde todos los métodos de todas y cada una de las ciencias que la conformen el hecho de comprender y clasificar correctamente, según la importancia respectiva para el acontecer criminal, una multitud de hechos procedentes de campos diversos con el fin de alcanzar síntomas y contextos criminales relevantes<sup>256</sup>.

Lejos quedan ya los sometimientos de unas a otras ciencias que conforman la Criminología, «aquellas viejas disputas de escuela y trasnochadas rivalidades pseudocientíficas que polemizan sobre las cotas de participación y lugar jerárquico de las respectivas disciplinas (Biología, Psicología, Sociología, etc.,) en su tronco común»<sup>257</sup>.

De lo que se trata es de aplicar el principio de interdisciplinariedad dentro de la ciencia examinada, ya que el análisis científico reclama una instancia superior que integre y coordine las informaciones sectoriales procedentes de las diversas disciplinas interesadas por el fenómeno delictivo. Con lo dicho, se eliminan posibles contradicciones internas e instrumente un auténtico «sistema de retroalimentación»<sup>258</sup>.

A la hora de conceptualizar el principio de interdisciplinariedad debe comprenderse como «una exigencia estructural del saber científico, impuesto por la naturaleza totalizadora de éste, y no admite monopolios, prioridades ni exclusiones entre las partes o sectores de un tronco común»<sup>259</sup>.

---

*General*, cit., p. 81. Incluye a la Antropología normal (en sus dos vertientes Antropología y Sociología) y la patológica (Psiquiatría y Psicopatología), sin olvidar la Medicina ni la Pedagogía. Señala esta autora que el avance de la Criminología depende en gran parte del avance de las ciencias citadas. Ya con anterioridad, puede verse un intento de establecer una relación de las ciencias que conforman la Criminología, véase, del Rosal, J., *Derecho penal. Lecciones*, vol. 10, cit., pp. 18 y 19. Incluye a la Antropología Criminal (Somatología Criminal y la Psicología Criminal), la Psicología Criminal y la Sociología Criminal. La Criminalística y la Medicina Legal también serían para él, ciencias auxiliares.

<sup>256</sup> Coppinger, H., *Criminología*, cit., p. 13.

<sup>257</sup> García-Pablos Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., p. 44. Santa Cecilia García, F., «Funciones de la Criminología», en Pérez Álvarez, F., (Dir.), *Introducción a la Criminología*, Salamanca, 2015, pp.118 y ss.

<sup>258</sup> Rodríguez Manzanera, L., *Criminología*, cit., p. 42.

<sup>259</sup> Coppinger, H., *Criminología*, cit., pp. 136 y ss. Eisenberg, U., *Kriminologie*, 3<sup>a</sup> ed., cit., pp. 8 y ss. Cfr. García-Pablos Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., cit., p. 44.

Así pues, debe traerse a colación la teoría sistémica de Fritjof Capra<sup>260</sup> para intentar conformar una explicación de la interdisciplinariedad y buen funcionamiento del «organismo» criminológico.

El investigador y físico austriaco pretendió, desde el principio de su pensamiento, cambiar la situación actual, pues pretende pasar de un modelo científico basado en «lo lineal», de lo mecanicista y lo fragmentario de la ciencia clásica (la visión mecanicista de la ciencia del siglo xvii de la física newtoniana y el método cartesiano) a lo «circular»<sup>261</sup> estableciendo un paradigma holístico y ecológico<sup>262</sup>, representado por la teoría sistémica. La física con Capra ha evolucionado hasta el punto de entender la resolución de problemas, pero no solo en las ciencias naturales, sino también en las sociales y humanas, para fundamentar la explicación de los sistemas mediante la «interrelación de las partes», no como anteriormente cuando se consideraba a las ciencias como compartimentos estancos o fragmentarizados, sino como que tales ciencias son partes interrelacionadas entre sí para conformar un todo.

Por consiguiente, ésta es la única manera en la que se puede llegar a solucionar verdaderamente los más urgentes problemas de índole económico<sup>263</sup>. Capra parte de la idea de que todo está conectado y pretende visualizar una comprensión científica de la vida que debe darse en todos los sistemas vivientes, organismos, sistemas sociales y ecosistemas que posibilitarán una mirada sistémica en la comprensión del todo universal en el que nos encontramos adheridos como parte fundamental<sup>264</sup>.

<sup>260</sup> Fritjof Capra es un reconocido y prestigioso físico austriaco, nacido el 1 de febrero de 1939 en Viena. A los 27 años Capra culminó un Doctorado en Física teórica, en la Universidad de Viena. Luego fue profesor en la Universidad de San Francisco, en Berkeley y en la Universidad de California (U.C.), en Santa Cruz. También realizó investigaciones en física subatómica en el Laboratorio Lawrence Berkeley de la U.C., en el Acelerador Lineal de Londres y en la Universidad de París. Se trata de un consagrado experto en la nueva teoría de sistemas, rama de investigación en la que incursionó después en la década de los 80, ulteriormente de haber dedicado más de 20 años a la física de partículas. Cfr. Ortiz Ocaña, A., «Fritjof Capra y la teoría social», *Revista Logos Ciencia & Tecnología*, vol. 9, nº 1, 2017, p. 36.

<sup>261</sup> Giraldo Hendo, L.A., «El pensamiento sistémico y sus relaciones con el ámbito educativo: del paradigma lineal a la trama circular», *Revista Filosófica IUS*, vol. 15, nº 1, 2016, pp. 282 y ss.

<sup>262</sup> Morales, G., «Capra, contestación posmoderna y paradigma ecológico», *Revista de Ciencias Ambientales*, vol. 29, 1, 2005, p. 42. Para la formulación de esta síntesis ha incursionado en el espectro de las disciplinas, desde la física, su campo original, pasando por la química, la biología, la psicología, la economía, las ciencias sociales y, últimamente, las teorías cognitivas.

<sup>263</sup> Capra, F., *Sabiduría insólita. Conversaciones con personajes notables*, Barcelona, 2009, p. 255.

<sup>264</sup> Véase este ejemplo como muestra del modelo holístico al entenderse que no existen problemas aislados: el hecho de que el ser humano produzca un determinado tipo de coche hace que se haga un uso concreto de la energía y ello significa que aparecerán más emisiones de efecto invernadero. Esas emisiones provocarán un calentamiento del planeta. Si, a su vez, tal calentamiento hace que se deshiele un glacial en Asia que provoca

Efectivamente, plantea que para conseguir las finalidades humanas en todas las disciplinas y áreas de conocimiento debe establecerse la interconexión de las partes. Por ello, debe subrayarse el modelo holístico o sistémico<sup>265</sup> y explicativo para subsanar territorios fragmentados por el tiempo, el orgullo, el fanatismo, el poder a ultranza o, una cuestión que interesa en sobremanera en este trabajo como es la taxonomía disciplinar. Así pues, la desatención del «todo» en la trama de la vida como consecuencia de la especialidad y la especificidad orgánica hace, a modo de abstracción, que se deseche el modelo actual de la Criminología, ya que las ciencias que la componen a la hora de intentar resolver un problema criminológico no pueden ser independientes con respecto al «todo» criminológico.

Ahondando en esta problemática de las interrelaciones de las partes para llegar a un todo es necesario volver también la vista, en el ámbito científico, a la mecánica cuántica al objeto de asentar nuestra tesis interdisciplinar. A principios del siglo xx la teoría cuántica tomo relevancia al incidir en que los objetos materiales sólidos de la física clásica se disuelven al nivel subatómico en pautas de probabilidades en forma de ondas; estas pautas o patrones no representan probabilidades de cosas, sino más bien interconexiones. Por tanto, las partículas subatómicas carecen de significado como entidades aisladas y solo pueden ser entendidas como interconexiones o correlaciones entre varios procesos de observación y medición, o sea, que las partículas subatómicas no son «cosas» sino interconexiones entre cosas y éstas, a su vez, son interconexiones entre otras cosas y así sucesivamente. Por tanto, de lo anterior se desprende que la física cuántica pone en evidencia que no puede descomponerse el mundo en unidades elementales e independientes. Esto puede observarse más gráficamente al señalarse que cuando se desplaza la atención de objetos macroscópicos a átomos y partículas subatómicas, la naturaleza no muestra una situación de componentes aislados, sino que más bien aparece como una compleja trama de relaciones entre las diversas partes de un todo unificado. Como apuntaría Heisenberg «El mundo aparece entonces como un complicado tejido de acontecimientos, en el que conexiones de distinta índole alternan o se superponen o se combinan, determinando así la textura en su conjunto<sup>266</sup>.

Explicitado todo lo anterior cabe hacer una abstracción de tales teorías físicas con el ánimo de visualizar, como ciencia social empírica a la Criminología. Es más, este modelo se ha llegado a aplicar a la Psicología

---

que los grandes ríos que proceden del Himalaya, junto con el río Amarillo o el Ganges, se quede sin agua, esto conllevará una hambruna. En consecuencia, nuestras propias opciones individuales, poseen implicaciones globales.

<sup>265</sup> Capra, F., *La trama de la vida*, 2<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1999, p. 25.

<sup>266</sup> Heisenberg, W., *Physics and beyond*, London, 1971, pp. 1 y ss. Cfr. Capra, F., *El tao de la física*, Nueva York, 1975, p. 264.

que, a su vez, es una de las disciplinas propias y admitida en la Criminología desde antaño. Por ello, y superada, como no puede ser de otra manera, la taxonomía disciplinar que existe desde antiguo en la Criminología Sintética, independientemente de si son todas las que están o están todas las que son disciplinas en la Criminología General debe entenderse que todas éstas deben corresponder a parte de un todo; sí, son independientes por separado, pero en ningún caso cuando interconecten para resolver un problema criminológico. De esta forma, en función de entender la Criminología como un análisis de los factores que producen el delito y la personalidad de su autor, como de la descripción del fenómeno criminal, cada una de estas facetas podrá ser propia de un estudio por separado y con una denominación distinta (Sociología Criminal, Antropología Criminal, Etiología Criminal, etc.,) pero ninguna de ellas puede sustituir a la Criminología como un todo<sup>267</sup>, sino que serán partes de un todo.

## 7. Coda

A modo de conclusión, debe señalarse que la Criminología puede definirse como el «conjunto ordenado de la ciencia experimental acerca del crimen, del infractor de las normas jurídicas, del comportamiento socialmente negativo y del control de dicho comportamiento».

Hay que apuntar que los grandes campos de estudio de la Criminología, son el delito, el delincuente, el control social y se puede, en cuestión de la inclusión o no de la víctima, en función de que se considere la independencia de la Victimología, que la referencia hacia la víctima desde la Criminología Sintética sería, todo lo más, una ayuda o auxilio ante la interrelación necesaria entre dichas ciencias independientes.

La Criminología debe considerarse una ciencia, incluida en la Encyclopedie de Ciencias Penales, fundamentalmente en su «núcleo duro» negando cualquier ubicación en la misma como ciencia auxiliar, ya que, para realizar su investigación, utiliza el método científico basado en la recogida de muestras, su posterior análisis y la redacción de conclusiones a partir de las mismas. Precisamente, puede decirse que nos encontramos ante una ciencia perfectamente definida como empírica e interdisciplinar.

También debe apuntarse que el método científico debe flexibilizarse para poder adaptarse al objeto de estudio de la Criminología que, finalmente, es el comportamiento humano.

<sup>267</sup> Muñoz Conde, F., *Introducción al Derecho penal*, cit., p. 126.

Al objeto de desarrollar sus investigaciones, la ciencia criminológica tiene una serie de instrumentos, muy utilizados en otras ciencias sociales: la entrevista, las encuestas, las estadísticas, el análisis documental, la observación directa o la observación participante.

En referencia a las relaciones entre la Dogmática Penal, la Criminología y la Política Criminal, debe añadirse que a ésta última le corresponde fijar las premisas axiológicas del Derecho penal en base a la contemplación de las conclusiones obtenidas por la Criminología acerca de la realidad del delito o de la pena.

En suma, que para una correcta concreción del Ordenamiento jurídico-penal es necesaria la existencia de decisiones político-criminales que se fundamenten en datos criminológicos contrastados y fiables, para poder luchar contra el delito, de forma que será imprescindible comprender que para que la ciencia penal observe el contenido actual de los preceptos penales, ésta debe llevar a cabo el cometido irrenunciable de tener en cuenta los resultados de la investigación criminológica, pues sólo con ellos podrán referirse debidamente el análisis de los preceptos penales a la realidad social que acomete sistematizar.

Otra disciplina que se relaciona con la Criminología es la Criminalística. Ambas ciencias coinciden en el estudio del crimen, el criminal y la criminalidad, si bien es cierto que se basan en disciplinas que las auxilian que son diferentes al componerse cada una de ellas de ciencias diversas que se parcelan en campos de estudio individuales. La Criminología estudia el porqué de la infracción criminal y los medios para prevenirla. La Criminalística por su parte, trata del cómo, quién, cuando, dónde, etc. En ningún caso pueden equiparse, ni son sinónimas una de otra, pero están interrelacionadas pues son absolutamente complementarias. Tanto es así, que de los resultados obtenidos por ambas ciencias puede llevarse a cabo, entre otras circunstancias, la de un correcto funcionamiento de la administración de justicia, también del tratamiento penitenciario, e incluso de la Política Criminológica, esto es, la referencia a las causas y factores criminógenos y a la aplicación de soluciones a base de la identificación de éstos.

En referencia a la ubicación de la Criminología en la estructura de la Enciclopedia de las Ciencias penales hay que decir que su ubicación ha tenido cierta evolución desde los principios de esta clasificación y se ha posicionado en unos lugares y otros en función del autor que la proponía. No obstante, ha sido considerada como independiente, en su época causal-explicativa, incluso llegó a ser considerada como ciencia auxiliar. Asimismo, se propuso como un todo y a dicho conjunto de ciencias penales se le intituló: Criminología (Fentanes).

Sin embargo, en la actualidad posee independencia propia debido a que se considera una síntesis de otras ciencias y aporta individualidad en

el estudio del delito, del delincuente y del control social, básicamente, el porqué del fenómeno criminal.

En definitiva, la Criminología, debe aparecer como una ciencia independiente e interdisciplinar dentro de la nombrada como Encyclopedia de las Ciencias Penales.

Por lo que se refiere a la síntesis criminológica, desde el principio se creó un catálogo de ciencias criminológicas, entre las que se encontraban: la Antropología criminal, la Biología criminal, la Psicología criminal y la Sociología Criminal, a las que se le añadieron la Victimología, la Penología y la Criminalística (en la clasificación de Rodríguez Manzanera).

En este trabajo se ha concretado la independencia de la Criminología sintética que haría quedar fuera, por motivos como los de el «expansionismo» de esas ciencias y un concreto estudio sobre su objeto, fundamentalmente a las precitadas Victimología, Penología y Criminalística. No obstante, si bien se participa de su independencia o, al menos, de una «independencia relativa», es necesario que se interrelacionen para el estudio del objeto de la Criminología.

Es imprescindible tener en consideración, en la síntesis criminológica, el principio de interdisciplinariedad, o sea, que la Criminología se entienda como una «instancia superior» que integre y coordine las informaciones sectoriales procedentes de las diversas disciplinas interesadas en el fenómeno delictivo.

Al reconocerse como una ciencia empírica e interdisciplinar, he acudido para su entendimiento, como ciencia de interrelación, a la tesis de Fritjof Capra, al objeto de que se observe un buen funcionamiento del «organismo» criminológico. Este autor pasa de lo lineal y lo mecanicista, o sea, de lo fragmentario en la ciencia clásica a lo circular, estableciendo un paradigma holístico y ecológico que representa a la teoría sistémica, basándose ésta en la explicación de los sistemas a través de la «interrelación de las partes». No se entiende a las disciplinas científicas como comportamientos estancos o fragmentados. En su tesis todo se encuentra conectado, observándose sus ideas en los sistemas de seres viviente, organismos y también en los sistemas sociales y en los ecosistemas. Por ello, pretende comprender un todo universal.

Nuestra idea era extraer la tesis sistémica al funcionamiento de la interrelación de las disciplinas que integran la Criminología y su funcionamiento como ciencia social, un «todo» ya que su desatención de forma global generaría que hubiese que desecharla como estudio sintético y, por ende, las ciencias que la conforman deban interrelacionarse como un «todo criminológico».

En consecuencia, las ciencias incluidas en la Criminología no podrán sustituir a una Criminología como síntesis, esto es, que aquellas son parte de un todo.

## 8. Bibliografía

- Álvarez García, F.J., *El Derecho al honor y a las libertades de información y expresión*, Valencia, 1999.
- Asensi Artigas, V., y Parra Pujante, A., «El método científico y la nueva filosofía de la ciencia», *Anales de Documentación*, nº 5, 2002, pp. 9-19.
- Berdugo Gómez de la Torre, I., «La ciencia del Derecho penal en la actualidad», en Demetrio Crespo, E., y Rodríguez Yagüe, C., *Curso de Derecho penal. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2016, pp. 67-84.
- Berdugo Gómez de la Torre, I., «El Derecho penal», en Demetrio Crespo, E., y Rodríguez Yagüe, C., (coords.), *Curso de Derecho penal. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2016, pp. 1-21.
- Berdugo Gómez de la Torre, I., y Pérez Cepeda, A.I., «La ciencia del Derecho penal en la actualidad», en Berdugo Gómez de la Torre, I., (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, Tomo I, Introducción al Derecho penal*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 2015, pp. 149-179.
- Berdugo Gómez de la Torre., I., Arroyo Zapatero, L., Ferré Olive, J. C., García Rivas, N., Serrano Piedecasas, J. R., y Terradillos Basoco, J. M., *Curso de Derecho penal. Parte general*, 2<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2010.
- Bergalli, R., Bustos Ramírez, J., y Miralles, T., *El pensamiento criminológico, I, Un análisis crítico*, Bogotá, 1983.
- Beristain Ipiña, A., *Nueva Criminología desde el Derecho penal y la Victimología*, Valencia, 1994.
- Bernaldo de Quirós, C., *Criminología*, Puebla, 1948.
- Bernaldo Quirós, C., *Colonización y subversión en la Andalucía de los s. xvii-xix*, Sevilla, 1986.
- Bernaldo Quirós, C., y Ardila L., *El bandolerismo andaluz*, Madrid, 1988.
- Bettini, R., y Ponti, G., *Criminología. Compendio de Criminología*, Sapienza, 2011.
- Borja Jiménez, E., «Sobre el concepto de la política criminal. Una aproximación al significado desde la obra de Claus Roxin», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVI, 2003, pp. 113-150.
- Botero Bernal, J.F., «Lineamientos generales de una Política Criminal de los Derechos humanos. Desde una postura personalista realista», *Opinión Jurídica*, vol. 4, nº 7, pp. 67-88.
- Braithwaite, J., y Pettit, P., *Not just deserts. A republican theory of criminal justice*, Oxford, 1990.

- Bunge, M.A., «El planteamiento científico», *Revista Cubana de Salud Pública*, 43, 2017, pp. 1-29.
- Burgos Mata, A., «Criminalística y Criminología», *Medicina legal*, Diciembre 1993/Mayo 1994, pp. 45-47.
- Bustos Ramírez, J. J., y Hormazabal Malaree, H., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Madrid, 2006.
- Capra, F., *El tao de la física*, Nueva York, 1975.
- *La trama de la vida*, 2<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1999.
- *Sabiduría insólita. Conversaciones con personajes notables*, Barcelona, 2009.
- Castillón de Mora, L., «Aspectos biológicos en el estudio de la delincuencia», *Revista de Estudios penitenciarios*, nº 188, 1970, pp. 205-230.
- «Crimen, personalidad y prisión», *Estudios penales y Criminológicos*, vol. II (1978), pp. 45-89.
- Ceccaldi, P., *La Criminalistique*, Paris, 1962.
- Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General I*, 3<sup>a</sup> ed., Madrid, 1987.
- Chinche Duicela, J., Ramón Pozo, J., López Aguirre, J.F., «El método científico: análisis de la literatura», *Revista Imaginario Social*, vol. 3-2, 2020, pp. 52-63.
- Cienfuegos Velasco, M<sup>a</sup>. A., «Reflexiones en torno al método científico y sus etapas», *Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y Humanísticas*, vol. 8, nº 15, 2019, pp. 1-17.
- Cohen, S., *Visiones de Control Social*, Barcelona, 1988.
- Coleman, C., Moynihan, J., *Understanding crime data*, Buckingham, 1996.
- Cuello Calón, E., *Derecho penal. Conforme al texto refundido de 1944. Tomo I. Parte general*, 10<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1951.
- *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, 18<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por César Camargo Hernández, Barcelona, 1980.
- *La moderna Penología (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución)*. Tomo I., Barcelona, 1958.
- Cusson, M., *Criminologie actuelle*, Paris, 1998.
- De Greef, R., *Raport General de Criminogenese, II Congrèse International de Criminologie*, Paris, 1950.
- De Vicente Martínez, R., *Vademecum de Derecho penal*, 5<sup>a</sup> ed., Valencia, 2018.
- Del Rosal, J., *Derecho Penal. Lecciones*, Volumen 10, Valladolid, 1953.

- Díez Ripollés, J.L. *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, 2003.
- *Derecho penal español. Parte general en esquemas*, 2<sup>a</sup> ed., Valencia, 2009.
- Díez Ripollés, J.L., et.al., *Delincuencia y víctimas*, Valencia, 1996.
- De León Pérez, J.C., «La perfilación criminal y su método de estudio análisis desde la psicología criminal», *Perfiles de las Ciencias Sociales*, Volumen 7, Número 13, julio-diciembre, 2019, pp. 231-262.
- Di Tullio, B., *Principes de la Criminología clinique*, Paris, 1967.
- Eisenberg, U., *Kriminologie*, 3<sup>a</sup> ed., Köln-Berlin-Bonn-München, 1990.
- Elbert, C., *La Criminología del siglo xxi en América Latina*, Buenos Aires, 1999.
- Ellenberger, H., «Psychologische Beziehungen zwischen Verbrecher und Opfer», *Zeitschrift für Psychotherapie und Medizinische Psychologie*, 4, 1954, pp. 260-285.
- Exner, F., *Biología Criminal en sus rasgos fundamentales*, Barcelona, 1946.
- Falchi, G.F., *Filosofía del Diritto penale*, Padua, 1936.
- Fattah, E.E., «Víctima y Victimología: los hechos y la retórica», en Marchiori, H., *Serie Victimológica* 2, Córdoba, 2006, pp. 99-103.
- Fentanes, E., «Orientación sociológica y política de las investigaciones criminológicas», *Revista de Psiquiatría y Criminología*, Nov-Dic., 1942, pp. 515-540.
- Ferri, E., «Prólogo», *Psicología Giudiziaria* de Enrico Altavilla, Turín, 1955.
- Fishbein, D.H., *Biobehavioral perspective in Criminology*, Belmont, 2001.
- Galdeano, L., «Pötzsch: al inicio de la criminalística, se recomendaba llevar un maletín con lupas, ampollas, un crucifijo y dulces», *Libertad digital*, 14 de septiembre de 2022. <https://www.libertaddigital.com/cultura/2022-09-14/oliver-potzscht-el-libro-del-sepulturero-planeta-criminalistica-6932454/>. Consultado el día 20 de enero de 2023.
- Gamboa Trejo, A., «Criminología y Criminalística, conocimientos necesarios en los juicios orales», *Letras Jurídicas*, nº 30, 2014, pp. 26-38.
- García-Pablos Molina, A., «El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria», *Cuadernos de Derecho Judicial* (1993), pp. 287-320.
- García-Pablos Molina, A., *Tratado de Criminología*, 5<sup>a</sup> ed., Valencia, 2014.
- *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8<sup>a</sup> ed., Valencia, 2016.

- Garrido Antón, M.ª J., *Análisis de datos criminológicos*, Madrid, 2018.
- Garrido, V., Stangeland, P., y Redondo S., *Principios de Criminología*, Valencia, 1999.
- Gibbens, T.C.N., *Tendencias actuales de la delincuencia juvenil*, Ginebra, 1962.
- Giraldo Henao, L.A., «El pensamiento sistémico y sus relaciones con el ámbito educativo: del paradigma lineal a la trama circular», *Revista Filosófica IUS*, vol. 15, nº 1, 2016, pp. 279-312.
- Gómez Rivero, C., (coord.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general*, 4<sup>a</sup> ed., Madrid, 2019.
- González Guarda, C., «La Política Criminal Aplicada (PCA): la deriva de la Política Criminal hacia la Política Pública», *Nuevo Foro Penal*, nº 88, 2017, pp. 185-216.
- Goppinger, H., *Criminología*, Madrid, 1975.
- Gottfredson, M.R., y Hirschi, T., *A general Theory of crime*, Standford, 1990.
- Granados Muñoz, R., «Revisión teórica de herramientas metodológicas aplicadas a la investigación criminológica», *Derecho y Cambio Social*, nº 59, 2020, pp.1-11.
- Grawitz, M., *Métodos y Técnicas de las Ciencias Sociales*, Barcelona, 1975.
- Grispini, F., *Introduzione alla Sociologia Criminale*, Turin, 1928.
- Gross, H., *Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik*, 1893.
- Hall, J., *Criminología*, Buenos Aires, 1993.
- Hassemer, W., y Muñoz Conde, F., *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*, Valencia, 2012.
- Heiseberg, W., *Physics and beyond*, London, 1971.
- Herrera Moreno, M., *La hora de la víctima. Compendio de Criminología*, Madrid, 1996.
- *Victimología. Nociones Básicas*, Sevilla, 2017.
- Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, 4<sup>a</sup> ed., Madrid, 2017.
- «Etiología de la delincuencia. Visión actual conciliadora», *Ciencia Policial*, 30 (1995), pp.107-121.
- Hikal, W., «Los postulados de Quételet en el entendimiento de la criminalidad y como base de una política criminal», *Revista Jurídica Derecho y Cambio Social*, 2 de octubre, 2017, pp. 1-15.
- «La Criminología científica y el método positivo», *Revista Jurídica Derecho y Cambio Social*, nº 15, 2008, pp. 1-4.

- Hikal, W., «El papel de la Criminología en la prevención del delito», *Criminología y Ciencias Forenses*, nº 10, 2010, pp. 42-44.
- Hurwitz, S., *Criminología*, Barcelona, 1956.
- Ingenieros, J., *Criminología*, Madrid, 1913.
- Jambu-Merlín, R., Stefani, G., y Levasseur, G., *Criminologie et Science pénitentiaire*, Paris, 1985.
- Jescheck, H. H. / Weigend, T., *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Trad. Olmedo Cardenete, M., 5<sup>a</sup> ed., Granada, 2002.
- Jiménez de Asúa L., *Tratado de Derecho penal*, tomo I, Buenos Aires, 1950.
- «La larga y ejemplar vida de Constancio Bernaldo de Quirós», *El Criminalista*, 2<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, 1961.
- *El Criminalista*, 2<sup>a</sup> serie, tomo VI, Buenos Aires 1964.
- «La llamada Victimología», en *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires. 1961.
- Kaiser, G., *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, Heidelberg-Karlsruhe, 1980.
- *Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos*, Madrid, 1983.
- Kirk, P.L., «The standarización of Criminological nomenclature», *The journal of de Criminal Law, criminology and Police Science*, vol. 38, nº 2, julio-agosto, 1947, pp. 165-185.
- Lambert, J., *Psicología social*, 3<sup>a</sup> ed., Madrid, 1989.
- Landrove Díaz, G., *Victimología*, Valencia, 1990.
- Langón, M., «La Criminalística», *Revista del Instituto Uruguayo de Derecho Penal*, nº 5, 1982, pp. 20-45.
- Larrauri Pijoán, E., *La herencia de la Criminología crítica*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 2000.
- Laub, J.H., Sampson, R.J., Allen, L.C., «The life-course: towar a theory of age-graded informal social control», en Paternoster, R., y Bachman, R., (eds.), *Explaining criminals and crime. Essays in contemporary criminological theory*, Los Ángeles, 2001, pp. 98-120.
- Lombroso, C., (s.f), *Medicina Legal*, 2 tomos. Traducción de Pedro Dora- do Montero, Madrid, (s.f).
- López-Rey y Arrojo, M., *Compendio de Criminología y Política-Criminal*, Madrid, 1985.
- Luzón Peña, D.M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3<sup>a</sup> ed., Valencia, 2016.
- Mannheim, H., *Verglichende kriminologie*, Sttutgard, 1974.
- Mantovani, F., *Il Problema della criminalità*, Padova, 1984.

- Martínez Fernández, R., «La Administración penitenciaria», en de Vicente Martínez, R., (dir.), *Derecho penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Valencia, 2015, pp. 401-420.
- Mendelsohn, B., «La victimologie, science actuelle», *Revue de droit Pénal et de Criminologie*, abril, nº 7, 1959, pp.1-28.
- *La victimologie. Revue Française de Psychalyse*, 1958, pp. 96-120.
- Mergen A., *Die Wissenschaft vom Verbrechen*, Hamburg, 1961.
- Mezguer, E., *Criminología*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 1950.
- Mir Puig, S., *Fundamentos de Derecho Penal y Teoría del delito*, Barcelona, 2020.
- Miralles, T., *Métodos y técnicas de la Criminología*, México, 1982.
- Molina Blázquez, C., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2022.
- Molinario, A.J., «La Sociología criminal; su posición dentro de la encyclopedie criminológica», *Revista de Psiquiatría y Criminología*, Nov-Dic., 1946, pp. 370 a 385.
- Molini Fernández, F., «Proactividad: el método científico de Karl Popper aplicado al futuro», *Encuentros multidisciplinar*, nº 3, 1999, pp. 1-12.
- Montes Rodríguez, G., «La observación participante como metodología de análisis de una obra videoescénica», *Comunication&Methods*, vol. 3, nº 1, 2021, pp. 9-24.
- Montiel Sosa, J., *Manual de Criminalística*, México, 1998.
- Moreno González, R., *Manual de Introducción a la Criminalística*, México, 1979.
- Morillas Cuevas, L., *Sistema de Derecho penal. Parte General*, Madrid, 2018.
- Morillas Fernández, D.L., «Introducción a la Criminología», *Revista de Derecho*, nº 8 (2004), pp. 29-59.
- «Origen y delimitación conceptual y científica de la Criminología», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 101, 2010, pp. 43-72.
- Morillas Fernández, D.L., Patro Fernández, R.M., y Aguilar Cáceres, M., *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 2015.
- Morales, G., «Capra, contestación posmoderna y paradigma ecológico», *Revista de Ciencias Ambientales*, vol. 29, 1, 2005, pp. 32-43.
- Morles, V., Sobre la metodología como ciencia y el método científico: un espacio polémico», *Revista de Pedagogía*, vol. 23, nº 66, 2002, pp. 1-15.
- Muñoz Conde, F., *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975.
- *Derecho penal y Control Social*, Bogotá, 1999.

- Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, 11<sup>a</sup> ed., Valencia, 2022.
- Nicéforo, A., *Criminología*, México, 1954.
- Norza, E., Moreno, J., Vargas, N., Rodríguez-Mesa, L., Villamil, J., & Herrera, M. «La técnica de perfilación criminológica: conocimiento, características y utilidad en Colombia», *Revista Criminalidad*, 63.1, 2021, pp. 155-171.
- Olivera Díaz, G., *Proceso político peruano y criminología*, Lima, 1975.
- Orts Berenguer, E., y González Cussac, J. L., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 2<sup>a</sup> ed., Valencia, 2010.
- Orellana Viarco, O.A., *Manual de Criminología*, México, 2016, pp. 31-62.
- Ortiz Ocaña, A., «Fritjoj Capra y la teoría social», *Revista Logos Ciencia & Tecnología*, vol. 9, nº 1, 2017, pp. 35-42.
- Ostiz Gutierrez, P., (coord.), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 2010.
- Otsen T., Manterola C., Rodríguez Núñez, I., & García Domínguez, M., «La necesidad de aplicar el método científico en investigación clínica. Problemas, beneficios y factibilidad del desarrollo de productos de investigación», *Inst. J. Morphol*, 35 (2017), pp. 1031-1036.
- Peláez, J., *Introducción al estudio de la Criminología*, Buenos Aires, 1976.
- Pérez Alonso, E., «Concepto, función y fines del Derecho penal», en Pérez Alonso, E., (coord.), *Derecho penal Parte General. Manual*. Buenos Aires, 2022.
- Pérez de Gregorio, J.J., «La prueba en el proceso penal por delitos contra el medio ambiente», *La Ley*, tomo 3, 1994, pp. 937-943.
- Pérez del Valle, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 5<sup>a</sup> ed., Madrid, 2021.
- Peters, K., *Grundprobleme der Kriminalpädagogik*, Berlin, 1960.
- Petrocelli, B., «Diritto Penale e Criminología», *Rivista Italiana de Diritto Penale* (1957), pp. 680-728.
- Pinatel, L., *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, Paris, 1970.
- Polaino Navarrete, M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 5<sup>a</sup> ed., Madrid, 2021.
- Popper, K.R., *Conocimiento objetivo*, Madrid, 1974.
- Quintero Olivares, G., *Derecho penal. parte general*, 4<sup>a</sup> ed., Pamplona, 2010.
- Quiroz Cuaron, A., *Conferencia de la Facultad de Derecho*, UNAM, 12 de mayo de 1972, México.

- Ramonet, I., «Pensamiento único y nuevos amos del mundo», en Chomsky, N., y Ramonet, I., *Cómo nos venden la moto*, Barcelona, 1995.
- Rangel Romero, X.G., Reseña sobre *Bases generales de Criminología y Política Criminal*, *Diké: Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, nº 22, 2017, pp. 261-266.
- Rebollo Vargas, R., *Aproximación a la jurisprudencia constitucional: libertad de expresión e información y límites penales*, Barcelona, 1992, pp. 56 y 57.
- Redondo Illescas, S., y Garrido Genovés, V., *Principios de la Criminología*, 4<sup>a</sup> ed., Valencia, 2013.
- Reyes, A., *Criminología*, Bogotá, 1984.
- Ríos Corbacho, J.M., «Odolorogía Criminalística y perros funcionales: el proyecto Baldo», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 134, 2021, pp. 231-272.
- Rivera Beiras, I., *El populismo punitivo*, Barcelona, 2005.
- Rodríguez Devesa, J.M., *Derecho Penal español. Parte General*, Madrid, 1981.
- *Derecho Penal español. Parte General*, Madrid, 1970.
- Rodríguez Jorge, R., «La perfilación criminal como técnica forense en la investigación del homicidio intencional con autor desconocido», *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, febrero (2011), pp. 1-13.
- Rodríguez Manzanera, L., *Criminología*, 2<sup>a</sup> ed., México, 1981.
- Roldán Barbero, H., *Introducción a la investigación criminológica*, 3<sup>a</sup> ed., Granada, 2016.
- Rovira Carrero, P.I., *Curso de Derecho penal*, Santiago de Compostela, 1912.
- Roxin, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Barcelona, 1972.
- Rubio, M., «Evaluación de las leyes: lecciones de Criminología», *Revista de Economía Institucional*, vol.10, nº 19, 2008, pp. 131-160.
- Ruiz Funes, M., «Criminología y Antropología criminal. Contenido y Método de una y otra», *Revista de Derecho penal*, primer trimestre, 1948.
- Sabatini, G., *Principii di Scienza del Diritto penale*, vol. I, Cantazaro, 1918.
- Sainz Cantero, J.A., «Derecho penal y Criminología», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre, 1958, pp. 1-22.
- *Lecciones de Derecho penal*, 3<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1990.
- *La ciencia del Derecho penal y su evolución*. Barcelona, 1975.
- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P., «Aproximación al Derecho penal contemporáneo, veinte años después: Los fines del Derecho penal», en Robles Planas, R., y Sánchez-

- Santa Cecilia García, F., «Concepto de Criminología», en Pérez Álvarez, F., (Dir.), *Introducción a la Criminología*, Salamanca, 2015.
- «Funciones de la Criminología», en Pérez Álvarez, F., (Dir.), *Introducción a la Criminología*, Salamanca, 2015, pp.115-125.
- Schonfeld, L.A., «El método en la Filosofía del Derecho y en la Dogmática pena», *Prudentia Iuris*, nº 93, 2022, pp. 77-104.
- Seelig, E., *Tratado de la Criminología*, trad. José María Rodríguez Devesa, Madrid, 1958.
- Sellin, T., *Culture conflict and crime*, New York, 1938.
- Seeling, E., *Tratado de Criminología*, Trad. José María Rodríguez Devesa, Madrid, 1956.
- Separovic, Z.P., *Victimology. Studies of victims*, Zagreb, 1985.
- Serrano Maillo, A., «Etiología, prevención, y atención a la Victimología a través del ejemplo de la precipitación en los delitos contra la libertad sexual», *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 12, 1997, pp. 445-458.
- *Introducción a la Criminología*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 2004.
- Serrat Juliá, M.A., *Liderando el ¿Bienestar? laboral?. Orden o caos*, 2<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2021.
- Sessar, K., «Sobre el concepto de delito», *Revista de Derecho penal y Criminología (UNED)*, I, (segunda época), nº 11, 2003, pp. 269-301.
- Siegel, L., *Criminology*, Belmont, 2009.
- Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999.
- Soler, S., *Derecho penal argentino*, Tomo I, 1956.
- Stefani, G., y Levasseur, G., *Droit Pénal General et Criminologie*, Paris, 1961.
- Tabio, E., *Criminología*, La Habana, 1960.
- Tamarit Sumalla, J.M., «La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas», en Echeburúa Odriazola, E., *et.al.*, (coords.), *Manual de Victimología*, Valencia, 2006, pp. 17-50.
- *La Criminología*, Barcelona, 2014.
- Taibo, E., *Criminología*, La Habana, 1960.
- Torino, F., «Luis Jiménez de Asúa y su obra La Ley y el Delito», *Revista de Derecho penal*, 1º trimestre, 1946, pp. 80-112.

- Van Dijk, J., «On the uses of local, national and international crime surveys», en Kaiser, G., Kury, H., y Albrecht, H.J., (eds.) *Victims and criminal justice*, 52/2, Freiburg, 1991, pp. 235-264.
- Valeije Álvarez, I., «La víctima en los delitos contra la libertad sexual», *Estudios de Política Criminal*, t. XXII, 1999-2000, pp. 310-333.
- Vercher Noguera, A., «Ministerio Fiscal y Medio Ambiente. Nuevas perspectivas de actuación», *La Ley*, tomo 4, pp. 944-954.
- Villanueva Cañadas, E., y Lorente Acosta, J.A., «Indicios en medicina legal: manchas, líquido espermático y pelos», en Villanueva Cañadas, E., (edit.), *Medicina legal y toxicología*, 7<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2018.
- Von List, F., *Tratado de Derecho penal*, 18<sup>a</sup> ed., traducido por Quintiliano Saldaña, Madrid, 1914.
- Wikströn, P.O.H., «Por qué se delinque: una teoría de la acción situacional», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, , nº 17, 2017, pp. 337-367.
- Wilson, E., *Consilience*, Nueva York, 1998.
- Wright, M., «Preventing harm, promoting harmony», en Davis, P., Francis, P., y Jupp, V., (eds.), *Victimisation: theory, research and policy*, London, 2003, pp. 172-186.
- Zugaldía Espinar, J.M., «El Derecho penal», en Moreno-Torres Herrera, M.R., (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 5<sup>a</sup> ed., Valencia, 2021.



## **RECENSIÓN DE LIBRO**



## **RECENSIÓN A ALONSO RIMO, Alberto (2023).**

***El tipo subjetivo de los actos preparatorios del delito. Un estudio de las figuras preparatorias de la Parte General y Especial del Derecho penal.***

**Valencia, Tirant lo Blanch, 343 páginas**

Alicia Gil Gil

Catedrática de Derecho penal (UNED)

Tras numerosos trabajos dedicados a los actos preparatorios y su difícil acomodo a los principios de un Derecho penal propio del Estado democrático de Derecho, se adentra Alberto Alonso Rimo en esta obra, como cierre a una amplia investigación sobre el tema, en el complejo análisis de los elementos subjetivos de esta clase de delitos, y, en particular, en la cuestión de la intensidad que requieren los mismos, tanto en caso de autor único, como en aquellos otros en que la conducta es preparatoria del acto delictivo ulterior de un tercero. Esta última vertiente le obliga, además, a revisar y aplicar las normas de la participación delictiva.

Parte Alonso Rimo para realizar su estudio del análisis del tipo subjetivo y la función de los elementos subjetivos trascendentales, incluyendo no solo los actos formalmente preparatorios, sino también aquellos que lo son materialmente, aunque estén tipificados como delitos autónomos en la Parte especial del Código.

Concibe el autor los actos preparatorios como delitos de peligro abstracto, en los que, además del dolo, se exige un elemento subjetivo trascendente, referido a la ejecución de actos posteriores por el mismo sujeto o por un tercero, constituyendo, por tanto, tipos de consumación anticipada, opinión que comparto. Más dudas me genera su ulterior exigencia de la peligrosidad *ex ante* de dichos actos preparatorios, a modo de delitos de peligro abstracto-concreto<sup>1</sup>, en el entendimiento de que esta supone el fundamento «objetivo» de la punición excepcional.

---

<sup>1</sup> En el sentido en que los define Rodríguez Montañés, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, pp. 293 y ss.

La tesis sustentada por Alberto Alonso parte de una concepción mixta (basada tanto en elementos objetivos como subjetivos) de la antijuridicidad. Sobre tal concepción, que no me ofrece ningún reparo, construye la idea de que el fundamento del castigo de los actos preparatorios debe basarse tanto en la intención delictiva manifestada por el autor como en el peligro objetivo para el bien jurídico, en términos de incremento relevante de las probabilidades de comisión del delito fin. Rechaza, con ello, acertadamente, un posible fundamento en la «conmoción social», y también las teorías que fundamentan la anticipación del castigo en el quebranto de la vigencia de la norma, la prevención general positiva y las normas de flanqueo —criticando con acierto los ejemplos propuestos por Jakobs<sup>2</sup>, que personalmente también considero equivocadas. Y añade, siendo esta la idea principal sobre la que argumentará con posterioridad el grado de intensidad del elemento subjetivo trascendente en cada caso, que la lejanía a la lesión el bien jurídico, es decir, ese déficit en la fundamentación objetiva (que en todo caso debe existir) exige una compensación mediante un refuerzo del elemento subjetivo.

La propuesta de Alonso Rimo es sugerente, resulta atractiva y en principio parece coherente. Sin embargo, no deja de suscitarme algunas dudas y reflexiones que a continuación pasará a exponer: En mi opinión, como ya señalé en otro lugar, no es de la parte «objetiva» del hecho realizado de la que habría que analizar la peligrosidad *ex ante*, sino del plan de autor cuando da comienzo al mismo mediante aquellos actos todavía preparatorios<sup>3</sup>. Pero el análisis de la idoneidad del plan no nos dirá nada acerca de en qué momento de realización del mismo situar la tipicidad. En cambio, analizar la peligrosidad del acto en sí, sin tener en cuenta los planes del autor, en el sentido propuesto, por ejemplo, en cierto momento, por Jakobs<sup>4</sup>, según el cual solo se podrían castigar actos que favorecieran en abstracto el aprovechamiento o la imprudencia de cualquiera, no justificaría exigir un tipo subjetivo intensificado en quien realiza dicho acto. Examinar la peligrosidad del plan, por el contrario, ya tiene necesariamente en cuenta el tipo subjetivo. Así lo reconoce el autor cuando afirma que «en gran parte de los comportamientos preparatorios cabe entender que esa peligrosidad objetiva mínima vendrá determinada igualmente por los elementos subjetivos del tipo»<sup>5</sup>. Y rechaza, con razón

<sup>2</sup> Jakobs, G., «Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico» en *Fundamentos de Derecho penal*, Trad. Cancio Meliá y Peñaranda Ramos, AD-HOC, Buenos Aires, 1996, pp. 208 y ss., 224.

<sup>3</sup> No me refiero, por supuesto a la introducción en el juicio de peligrosidad de los datos de la realidad conocidos por el autor, sino a que la peligrosidad *ex ante* de un acto preparatorio o de una tentativa inacabada solo puede determinarse atendiendo a la voluntad de actuar del sujeto -Gil Gil, A., «Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto», en Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 15, 2005, pp. 100 y ss.

<sup>4</sup> Jakobs, en «Criminalización en el estado previo... op. cit., pp. 208 y ss.

<sup>5</sup> P. 96, nota 173.

que tal proceder suponga una intromisión en el fuero interno o el castigo por la mera intención<sup>6</sup>. Pero, en mi opinión, debe repararse en que, más allá de la necesaria voluntad incondicionada de actuar que delimita la conducta a enjuiciar, el grado o intensidad del elemento subjetivo transcendente nada aporta a la idoneidad *ex ante* del mismo<sup>7</sup>. Por ello, lo que no me parece ya tan convincente es su afirmación de que «la concurrencia de elementos subjetivos más estrictos comportará (...) un incremento del desvalor objetivo de la acción»<sup>8</sup>. Así, concluye que en «en los casos

<sup>6</sup> En el mismo sentido me pronuncié en Gil Gil, A., «Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva», en *Estudios penales y criminológicos*, nº. 24, 2002-2003, pp. 378 y ss.

<sup>7</sup> Con detalle sobre los distintos elementos que podemos distinguir en la parte subjetiva de un tipo de resultado cortado o mutilado de varios actos Gil Gil, A., «El concepto de intención en los delitos de resultado cortado: Especial consideración del elemento volitivo de la intención» en 2000, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 6, 2005, pp. 116 y ss.

<sup>8</sup> *Idem*. Contra la idea de que el dolo aumenta la peligrosidad de la conducta Rueda Martín, M. A., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Bosch, Barcelona, 2001. pp. 169 y ss.; Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 40 y ss.; Jakobs, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Cuello Contreras/ Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995p. 312, marg. 5, Laurenzo Copello, *Dolo y conocimiento*, pp. 244 y ss. Molina Fernández, F., «El razonable «regreso» del dolo a la culpabilidad» en VV AA, *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017, pp. 735-751 ha intentado excluir todos los elementos subjetivos paralelos al dolo de la antijuridicidad (lesividad) y trasladarlos a la culpabilidad, contestando al *argumento de la tentativa*, que califica como «absurdo». Para ello pretende que el elemento «voluntad de actuar» presente en toda clase de dolo, no sea tratado como un elemento subjetivo a la hora de predecir la peligrosidad de la conducta sino como «programa mental» que nos da igual si el sujeto conoce o no (solo esta última parte sería dolo), como si el ser humano estuviera programado previamente para realizar una conducta y hubiera que conocer a la hora de poner en marcha el mecanismo cual es el código que va a ejecutar. Concluye así que el dolo en ningún caso es preciso para el pronóstico de peligrosidad. Confunde en mi opinión Molina el concepto de dolo, y además no resuelve el problema cambiándole el nombre y la naturaleza a una parte del mismo. Afirma que quien se imagina un curso casual no peligroso (tentativa irreal) actúa con dolo, pero sin peligrosidad. Este es el primer error, imaginar un curso casual atípico no es dolo. Por otro lado, ¿de dónde sale ese «programa», «conjunto de instrucciones objetivas que van a dar lugar a los movimientos corporales», sino de la mente del sujeto? Conocer qué va a hacer el cuerpo de ese sujeto guiado por su mente no es otra cosa que conocer su voluntad de actuar. Y la voluntad de actuar, hasta donde llegan nuestros conocimientos, no puede conocerse analizando la «programación» de un ser humano como si fuera un robot. No podemos acceder objetivamente a un código preescrito que el sujeto ni siquiera tiene por qué conocer. La voluntad de actuar del ser humano no es, por tanto, una característica «objetiva», como pueda serlo en un sistema programado. Pretender que quien apunta a otro con una pistola, con el dedo puesto en el gatillo, cometerá una tentativa de asesinato, de lesiones, o un simple delito de amenazas, según el «dato objetivo» de su «programa» incluya o no las «instrucciones objetivas» de disparar y hacia dónde, no hace sino tergiversar la realidad, pues las «instrucciones» no existen todavía en el mundo exterior -como sucede en los datos objetivos seleccionados en el juicio de peligrosidad objetiva, o en la programación de un robot no autónomo (Gil Gil, 2005, 98 y ss.-), sino solo en la mente del sujeto. El ser humano no es un robot preprogramado; al menos mientras sigamos funcionando basados en el libre albedrío esta explicación no es convincente. Sobre el elemento del dolo «voluntad de actuar» Gil

en que el comportamiento prohibido sea neutro desde el punto de vista objetivo, el elemento subjetivo trascendente del agente resultara siempre clave en la fundamentación del castigo»<sup>9</sup>. En cambio, cuando la «acción neutral típica no aporte en sí misma, y aunque valorada juntamente con el elemento subjetivo que la acompaña, un incremento relevante del riesgo de comisión del delito fin (...) deba concluirse que aquella no es más que una cortada para castigar la mera intención». Y lo mismo podrá decirse, en su opinión, si la conducta no es neutra, pero carece de lesividad suficiente o su castigo es desproporcionado.

Al entrar en el contenido del elemento subjetivo específico de los actos preparatorios, categorizados, como estimo correcto, como delitos mutilados de varios actos, Alonso Rimo matiza sus afirmaciones anteriores, reconociendo que los elementos subjetivos no aumentan necesariamente la peligrosidad objetiva de la acción, a pesar de lo cual constituirán siempre un mayor desvalor *subjetivo* de la conducta.

Coincido también con Alonso Rimo en la idea de que la resolución incondicionada de realizar el delito-fin es un elemento esencial de todos los «tipos de preparación», y en la distinción del elemento «voluntad de llevar a cabo la acción capaz de integrar el tipo» (voluntad de actuar), por un lado y la referida a que este produzca el resultado, por otro. La primera debe ser en todo caso incondicionada. Las discrepancias entre el autor recensionado y mi postura, o la de autores como Jakobs<sup>10</sup>, surgen, en cambio, cuando nos enfrentamos a actos preparatorios de la conducta posterior de un tercero, es decir, a conductas que son simultáneamente de participación. En estos casos Alonso exige también que el primero quiera firmemente la comisión de la segunda acción por el siguiente su-

---

Gil, «El concepto de intención en los delitos de resultado cortado: Especial consideración del elemento volitivo de la intención», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 6, 2000, pp. 125 y ss., 133y ss. Queda pendiente, además, en la concepción de Molina, solucionar los supuestos de «voluntad de actuar eventual» (cuando el sujeto aún duda sobre lo que hará, previendo como una posibilidad realizar la segunda conducta), y como compatibilizar su exigencia de firmeza de la resolución delictiva -en «Formas imperfectas de ejecución del delito», VVAA, *Memento práctico Francis Lefebvre: Penal 2021*, p. 342-, con la idea de un programa de instrucciones objetivas. Sobre este problema en la dogmática tradicional Gehrig, K., *Der Absichtsbegriff in Straftatbeständen des Besonderen Teil des StGB*, Dunker & Humblot, Berlin, 1986.

<sup>9</sup> Entiendo que se aparta así de las concepciones que defienden que un riesgo muy bajo realizado con intención de lesionar no puede ser calificado como delito doloso. En este sentido Molina Fernández, «Intentos de extraer dinero de un cajero sin tener la clave: el problema del dolo directo con baja probabilidad y su trascendencia para la dogmática del dolo y la imprudencia» en VVAA, *Un modelo integral de Derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirenxtu Corcoy Bidasolo* Vol. 1, 2022, pp. 737 y ss., Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, pp. 108 y ss., o desde una concepción que no se basa meramente en el grado de peligro Puppe, *Vorsatz...* p. 45, NK, § 15, margs. 91 y 111, entre otros muchos. Personalmente discrepo también de estas posiciones, pero con argumentos distintos a los del autor recensionado, véase Gil Gil, 2005, pp. 112 y ss.

<sup>10</sup> Jakobs, *Strafrecht*, pp. 280 y ss.

jeto. En mi opinión, en cambio, siendo cierto que no basta con que el primero fabrique y ponga a disposición del segundo un medio delictivo con las sospechas de que el segundo lo utilizará con tal fin, no se exige tampoco (ninguna relevancia tendría) que lo quiera con un grado de voluntad directa, o representándose como seguro.

El equivalente a la voluntad de actuar incondicionada en los casos de división del trabajo es el acuerdo de voluntades. Mediante tal acuerdo (dolo conjunto) los intervenientes se reparten las tareas conociendo cada uno (porque lo han acordado así) la voluntad incondicionada de actuar de sus codelincuentes respecto de su respectiva parte del plan. Y con eso basta, con independencia de que luego el primer actuante confíe más o menos en la firmeza o habilidad o tenacidad del segundo para cumplir con su palabra. Es decir, una vez dividido el plan, el grado de voluntad del primero respecto del éxito de los siguientes en la puesta en práctica de su tarea no cambia en nada aquel. Porque la relevancia de la voluntad de actuar radica precisamente en el diseño de la conducta a enjuiciar. Diseñada esta de forma conjunta a través de las voluntades incondicionadas de varios, basta con que todos ellos las tengan y conozcan las de sus socios<sup>11</sup>. Es, por tanto, el acuerdo de voluntades, es decir, la voluntad de actuar conjunta (construida mediante la voluntad incondicionada de actuar propia más el conocimiento de la voluntad incondicionada de actuar de los socios), lo que permite la imputación a todos del hecho conjunto, o la consideración de su parte como una participación en el mismo que merezca en su caso un castigo autónomo (como acto preparatorio). No lo es, entonces, el grado de peligrosidad basado en la seguridad del primero sobre la actuación del siguiente. Quizás el matiz es muy sutil, pero puede tener repercusiones importantes en su aplicación a un caso concreto.

No me parece cierto que con esta postura esté yo renunciando al elemento «voluntad de actuar» en toda clase de dolo, como me critica Alonso, pues parto de que necesariamente el primer actuante conoce la «voluntad de actuar incondicionada del segundo». Así se construye la voluntad de actuar conjunta. Pero la voluntad de actuar es personal, yo no puedo con mi mente mover el cuerpo de otro, solo puedo acordar con él que lo mueva, y con esto ya hemos construido la voluntad de actuar conjunta que permitirá la imputación recíproca de las diversas aportaciones en la codelincuencia, o constatar el dolo total del primero si hablamos de un acto preparatorio, con independencia de la fe del primero en el segundo.

<sup>11</sup> Gil Gil, «Mens Rea in Co-perpetration and Indirect Perpetration According to Article 30 of the Rome Statute. Arguments against Punishment for Excesses Committed by the Agent or the Co-perpetrator»; en *International Criminal Law Review* 14, 2014, pp. 88 y ss.

Añade como argumento contra la postura que defiendo el autor, que, además, el conocimiento de la voluntad de actuar incondicionada del segundo no sería exigible en actos preparatorios como la proposición o la provocación. Quizás lo erróneo sea, sin embargo, equiparar conductas que no son de participación, puesto que, al contrario que la inducción, se consuman antes de que el segundo tome la resolución de voluntad, es decir, sin todavía resolución conjunta.

Con consideraciones principalmente de «signo material» y un amplio repaso de la doctrina, rechaza Alonso Rimo, con razón, que con carácter general la intención trascendente en los tipos preparatorios exija un grado similar al dolo directo en relación con el resultado (o resto de elementos típicos) del delito-fin, rechazando los distintos argumentos esgrimidos contra el dolo eventual (peligro de criminalizar acciones neutras, argumentos gramaticales, etc.).

El capítulo IV de la obra se dedica al delito-fin como objeto de referencia del tipo preparatorio, y en él aborda Alonso Rimo cuestiones como la necesidad de la tipicidad y antijuridicidad del delito-fin, adhiriéndose a la doctrina de la accesoriedad limitada, aquí no compartida<sup>12</sup>. A continuación, se detiene especialmente en el grado de concreción y determinación en relación con el delito-fin que debe estar presente en el elemento subjetivo trascendente. Tras las consideraciones generales nos ilustra el autor con un examen de distintos delitos de la parte especial que presentan especiales dificultades en este tema, advirtiendo de los peligros de ciertas interpretaciones y recomendando soluciones concursales.

El último capítulo está dedicado a los actos preparatorios y la imprudencia. Además de la inviabilidad conceptual de los actos preparatorios imprudentes, se extiende el autor en el tema más interesante y polémico del castigo en nuestro código penal de conductas meramente facilitadoras, de manera imprudente, de un futuro delito. Se adhiere el autor a la idea aquí también compartida de la no punición de la incorrectamente llamada «participación imprudente»<sup>13</sup> para rechazar, con mayor motivo, la «participación imprudente intentada o anticipada». Ello le da pie para criticar algunos supuestos regulados en nuestro código penal que parecen tener tal naturaleza, y, por lo tanto, carecerían de legitimidad, como por ejemplo las conductas imprudentes relacionadas con el favorecimiento o la financiación del terrorismo, pero también otros supuestos «encubiertos» como el enaltecimiento, las falsedades, etc.

<sup>12</sup> Véase Gil Gil, Lacruz López, Melendo Pardos, Núñez Fernández, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2015, pp. 386 y ss.

<sup>13</sup> Ibídem, pp. 269 y ss.

El libro que aquí se recensiona resulta, por todo lo dicho, una lectura obligada para todo interesado en el tipo subjetivo y en la dogmática en general. Aborda un estudio muy completo, de lectura ágil, argumentos claros e inteligentes y mueve sin duda a la reflexión y el replanteamiento de las propias posturas suponiendo, como debe ser, un avance en la discusión científica.

En Madrid, a 2 de enero de 2024

